



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Julio 29 de 2022 n.º 07

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>

**DEMANDA DE CASACIÓN** - Legitimidad para presentarla: el abogado de apoyo no está legitimado / **CASACIÓN** - Legitimación en el proceso: el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto procesal o del derecho de postulación / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa: exige que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído / **DEFENSOR DE APOYO** - Diferente al defensor suplente o sustituto / **DEFENSOR DE APOYO** - No puede actuar de manera simultánea con el abogado principal

La Corte Suprema de Justicia inadmitió la demanda de casación presentada en nombre de C.Q., contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al considerar que incumple los requisitos formales necesarios para un pronunciamiento de fondo.

En este caso, la Sala analizó la figura del defensor de apoyo, su concepto y finalidad, para concluir que, no se encuentra legitimado para presentar el recurso de casación, en tanto, no puede actuar de manera simultánea con el abogado principal por ser diferente al defensor suplente o sustituto.

Sin embargo, como el ad quem pasó por alto tal irregularidad, y avaló las actuaciones presentadas por el mismo abogado, dando prelación al principio de confianza legítima, estudió la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el profesional del derecho.

**AP1907-2022(54049) de 11/05/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

### RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de abril de 2013, la señora C.E.Q. realizó testamento abierto ante la Notaría Octava del Círculo de Medellín, donde designó como única heredera a su madre, con la condición de que, si al momento de su muerte su progenitora ya había fallecido, sus propiedades las heredarían sus hermanos y por representación sus sobrinos, designando como albacea, partidora y administradora de la sucesión a la señora R.E.L.G., produciéndose la muerte de la causante al día siguiente de suscribir el testamento.
2. Antes de su fallecimiento, la señora C.E.Q., había abierto una cuenta de ahorros en el Banco Bogotá, y facultó mediante “carta de autorización de cuenta por apoderado” a su hermana C.Q., para su manejo, sin embargo 7 días después del deceso, la referida se acercó a la entidad bancaria y retiró el dinero que se encontraba allí depositado, transfiriéndolo a su hijo, lo que afectó el activo de la sucesión y motivó a que la albacea interpusiera denuncia penal en su contra.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**DEMANDA DE CASACIÓN** - Legitimidad para presentarla: el abogado de apoyo no está legitimado / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Legítima: caso en que el funcionario judicial avaló la legitimación del abogado de apoyo para presentar los recursos / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Aplicación / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Legítima: se configura / **CASACIÓN** - Legitimación: en el proceso y en la causa, falta de legitimación, efectos / **CASACIÓN** - Legitimación: clases / **CASACIÓN** - Legitimación en el proceso / **CASACIÓN** - Legitimación en el proceso: el recurrente carece en absoluto de la calidad de

sujeto procesal o del derecho de postulación / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa / **CASACIÓN** - Legitimación en la causa: exige que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído / **CASACIÓN** - El defensor principal podrá sustituir el poder con expresa autorización del sindicado / **DEFENSOR DE APOYO** - Finalidad / **DEFENSOR DE APOYO** - Alcance / **DEFENSOR DE APOYO** - Diferente al defensor suplente o sustituto / **DEFENSOR DE APOYO** - No puede actuar de manera simultánea con el abogado principal / **DEFENSOR DE APOYO** - Concepto

«La Sala debe iniciar el estudio de la demanda, indicando que el “abogado de apoyo” carece de legitimación en el proceso para poder presentar la demanda de casación, sin embargo, y dado que el Tribunal pasó por alto tal irregularidad, y procedió a resolver el recurso de apelación sustentado por el mismo abogado, deberán hacerse las aclaraciones de rigor para que tal situación no vuelva a presentarse y tanto abogados como funcionarios judiciales se acojan a las reglas que fija la Corte Suprema de Justicia conforme a las leyes procesales, cumpliendo así su función nomofiláctica.

Se agrega en este primer aspecto, que cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, profirió el fallo, avaló tal irregularidad, generando con esa decisión una confianza razonable en la legalidad de su decisión que no puede ser desconocida ahora en contra de los usuarios del servicio público de administración de justicia especialmente porque reportaría perjuicios graves para el procesado que en todo caso actuó procesalmente de buena fe. Así entonces, esta Sala de Casación en virtud del principio de confianza legítima, estudiará la demanda, aunque advierte que la consecuencia natural de la actuación realizada por la defensora de confianza ha debido ser la de declarar desierto el recurso de apelación.

Aclarada la situación, la Sala estudiará lo atinente a la legitimación en el proceso, y posteriormente referirá los aspectos que desde la formalidad obligan a declarar la inadmisión de la demanda.

En cuanto a la legitimación en el proceso, debe indicarse que los requerimientos propios del recurso extraordinario son una carga que debe asumir un profesional del derecho especialmente reconocido en el proceso bien porque se le otorgara poder por parte del procesado, o porque

lo recibió por sustitución del abogado legalmente reconocido en el proceso para actuar de manera independiente, pues a diferencia de los alegatos o de los recursos ordinarios que las partes realizan en las instancias respectivas, la casación está dotada de una técnica especial y el legislador ha dispuesto reglas más específicas y exigentes para su interposición.

El artículo 182 de la Ley 906 de 2004 establece:

“Legitimación. Están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tenga interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio”.

En relación con la institución jurídica de la legitimación esta Corporación, entre otras, en auto AP6880-2015 (radicado 45897), expuso:

“Considera la Corte importante, de otra parte, recordar aquí el criterio que tiene fijado en torno al alcance de las decisiones inadmisorias sustentadas en la falta de legitimación del recurrente.

Al respecto, se tiene dicho (CSJ AP, 2 de dic. de 2008, rad. 30771) que el artículo 182 de la Ley 906 de 2004 regula dos clases de legitimación, a saber, legitimación en el proceso (o legitimatio ad processum) y legitimación en la causa (o legitimatio ad causam). Sobre estas figuras la Sala comentó lo siguiente en CSJ SP, 23 de feb. de 2005, rad. 22758.

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

“Adicional al anterior también se encuentra la legitimación en la causa, supuesto que exige de manera imprescindible que al impugnante le asista interés jurídico para atacar el proveído, esto es, que la decisión le cause perjuicio a sus intereses, pues no hay lugar a inconformidad frente a providencias que le reporten un beneficio o que simplemente no lo perjudiquen. Sobre el particular, el artículo 186 del estatuto procesal penal dispone que ‘los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico.

“La diferencia entre las dos figuras estriba en que mientras en la primera el recurrente carece en absoluto de la calidad de sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en

la segunda sí ostenta esas condiciones sólo que, por no haber sufrido un perjuicio concreto con el fallo, no está autorizado para interponer el recurso.”

[...]

En el sub examine, se tiene que la abogada a la cual CQ R le otorgó poder en la audiencia de imputación, nunca dejó de asistir a las audiencias que se llevaron a cabo durante todo el trámite procesal. Sin embargo, manifestando problemas de salud, decidió nombrar como “defensor de apoyo”, en las dos últimas sesiones de juicio oral, a otro profesional quien, tomando la vocería de la abogada principal, realizó actos positivos de defensa apoyando a quien así lo designó.

Tal actuación por parte de la defensora contractual está sustentada en el parágrafo del artículo 114 del C.P.P., el cual fue introducido por el artículo 10 de la Ley 1142 de 2007, de la siguiente forma:

“El Fiscal General de la Nación o el Fiscal Delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro Fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa”

La figura que crea los fiscales o defensores de apoyo tiene por finalidad “la conformación de equipos orientados a fortalecer la participación de la parte; estando todos interesados en el éxito de su posición procesal”. Sin embargo, la misma ley restringió de manera absolutamente diáfana la actuación de tales sujetos como una ayuda “tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares de juicio”.

De lo anterior se colige que los fiscales o defensores de apoyo no podrán actuar fuera de las audiencias consagradas en el Sistema Penal Acusatorio. Y tal conclusión se basa en que la figura es creada para entrar al dinamismo propio del proceso penal que se reguló en la Ley 906 de 2004, donde las partes pueden fortalecer sus posiciones con la ayuda de un equipo que trabajará como tal para sacar adelante su teoría del caso.

Los “defensores de apoyo” pueden participar activamente en las audiencias bien sea por motivos de salud del defensor titular, como acá

sucedio, o por pura estrategia defensiva, como en los casos donde abogados expertos en contrainterrogatorio son los que realizan el mismo, o abogados con especiales conocimientos técnicos o artísticos interrogan o contrainterrogan a testigos o a peritos, todo con el fin de buscar el éxito en la gestión defensiva.

Sin embargo, los “defensores de apoyo”, al igual que los fiscales que tengan la misma calidad, deben acudir a la audiencia siempre en compañía del fiscal o el defensor titular (bien sea el contractual o el designado por el Estado), pues no deben confundirse con dos figuras diferentes como los defensores suplentes o con la figura del abogado sustituto.

Las figuras del defensor suplente y de la sustitución del poder también están reguladas en la Ley 906 de 2004 en los artículos 121 y 123 respectivamente:

[...]

Sin embargo, la primera figura está regulada a mayor cabalidad en la Ley 600 de 2000, a la que, debe acudirse en casos de vacíos en su regulación, en virtud al principio de integración consagrado en el artículo 25 del C.P.P. de 2004.

La figura del suplente está consagrada en el artículo 134 de la Ley 600 de 2000, como un defensor que puede actuar cuando el principal no esté o no pueda acudir al proceso (diferencia con el “defensor de apoyo”); la misma norma dispone que “Los apoderados principales y suplentes no pueden actuar de manera simultánea”; En este caso el abogado titular nunca se desprende del mandato conferido por el procesado; y finalmente, la misma ley lo distingue del abogado sustituto porque en el artículo 135 consagra que “El defensor principal podrá sustituir el poder con expresa autorización del sindicado”, donde el titular efectivamente se desprende del poder, con la facultad de retomarlo posteriormente conforme las directrices dadas en los incisos 6 y 8 del artículo 75 del C.G.P.

En este asunto, el Dr. LJBF, solo fue designado por la Dra. BJZ, como “defensor de apoyo”, sin que exista constancia en el expediente de que con posterioridad a tal actuación lo hubiese nombrado defensor suplente conforme el artículo 121 de la Ley 906 de 2004, o que le haya sustituido el poder conforme el artículo 123 del mismo código.

En conclusión, el “defensor de apoyo” carecía de legitimidad para actuar en el proceso como defensor de confianza de la señora CQR, y no tenía facultades ni legales ni contractuales para presentar la demanda de casación.

Sin embargo, y como ya se refirió en líneas previas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pasó por alto que tampoco tenía legitimación para sustentar la apelación, pero como avaló tal irregularidad desatando el recurso, la Sala procederá a realizar un estudio de la demanda formulada».

**DEMANDA DE CASACIÓN**- Principio de claridad y precisión / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **CASACIÓN** - Es deber del casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia / **ERROR DE HECHO** - Modalidades: técnica en casación / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Modalidades: técnica en casación / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Técnica en casación / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Diferencia entre falso juicio de existencia con falso juicio de identidad y falso raciocinio / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No la constituye la discrepancia en la apreciación probatoria / **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - No se configura / **DEMANDA DE CASACIÓN** - Principio de corrección material: se vulnera

«Expuso el defensor que se estableció como estipulación probatoria el “documento contentivo de la CARTA DE AUTORIZACIÓN” en el que la señora CEQ designó a CQG como “TITULAR” de la cuenta bancaria del Banco de Bogotá. Sobre ese documento, en el único cargo presentado, indicó que no fue valorado, que fue recortado en sus expresiones fácticas y que fue tergiversado por las instancias.

Lo que hizo el defensor en resumen, y en un claro desconocimiento a los principios de claridad, debida sustentación, autonomía de las causales y corrección material entre otras, fue mencionar que sobre un documento, que según él se estipuló, las instancias incurrieron al mismo tiempo en un falso juicio de identidad (porque lo recortaron en sus expresiones fácticas), en un falso juicio de existencia (porque omitieron su valoración) y en un falso raciocinio (porque lo tergiversaron en su contenido “intrínseco”).

Con esos argumentos la demanda se torna contradictoria debido a que sobre la misma

prueba no se puede alegar que se dejó de valorar y al mismo tiempo que se tergiversó o se le recortaron expresiones fácticas, pues de verificarse cualquiera de las últimas se significa que sí fue valorada, es decir, que no se omitió su estudio por parte de las instancias.

[...]

Cada uno de los errores que se presentan en el fallo, tanto por la vía directa como por la indirecta, tienen características propias que no pueden confundirse ni entremezclarse so pena de hacer la demanda contradictoria o confusa, yerro en el que incurrió el “defensor de apoyo”.

Pero además, falta al principio de corrección material que impone al recurrente ajustarse al principio de correspondencia objetiva en la enunciación y soporte de los puntos de disenso frente al contenido de la sentencia atacada o al procedimiento realizado en las instancias. Ese deber lógico del censor hace parte de sus obligaciones de lealtad para con la administración de justicia, pues la imprecisión sobre las consideraciones que tuvieron las instancias o acerca del trámite llevado en juicio, vulnera el principio rector procesal consagrado en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, que le manda actuar con “absoluta lealtad y buena fe”.

El error del defensor está dado en sostener que no se valoró el “documento contentivo de la CARTA DE AUTORIZACIÓN”, sin demostrar que ninguna referencia a la misma se consignó en las sentencias pese a su relevancia para la definición del caso.

Obsérvese que tanto la primera como la segunda instancia valoraron el documento teniendo claro que lo estipulado fueron hechos. A folio 8 de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín el 24 de noviembre de 2017, se hizo referencia al documento, entre otras, para aseverar que con el mismo se demostraba que se presentó un contrato de mandato gratuito. También el Tribunal refirió el “documento” a folio 18 y 19 de su decisión.

Otro error de la demanda recae en sostener que se estipuló “el documento” que contiene la carta de autorización para manejo de cuenta bancaria, cuando lo realmente estipulado se precisó así:

“LA FISCALÍA Y LA DEFENSA, HAN CONVENIDO ESTIPULAR LOS SIGUIENTES HECHOS EN EL CASO DE LA REFERENCIA. Se tendrá como un hecho probado y cierto sobre

el cual no habrá controversia probatoria que desde el 25 de noviembre de 2011, la señora CQG estaba autorizada por la señora CEQUS para el manejo como titular de la cuenta [...] del Banco de Bogotá.

Hecho que se prueba con copia del anexo 10 CARTA DE AUTORIZACIÓN PARA MANEJO CUENTA POR APODERADO, del Banco de Bogotá.”

Debe recordarse al recurrente que las estipulaciones siempre recaen sobre aspectos factuales, en este caso, de la lectura y la atenta escucha de la estipulación número 3 realizada, se advierte claramente que se estipuló un hecho: Que la procesada estaba autorizada para el manejo de la cuenta. La estipulación no recayó sobre el documento.

Otra inconformidad de la defensa se finca en el alcance que los sentenciadores le dieron al hecho de que la procesada hubiera sido autorizada por su hermana (ahora fallecida) ante la entidad financiera para manejar libremente los fondos de su cuenta bancaria. Para ello alega una presunta adulteración (recorte) del acuerdo probatorio sin especificar en qué consistió, justamente porque no se trata de la modificación del hecho estipulado, sino de la interpretación que ese suceso le merece el recurrente, al señalar que no se puede hablar de apropiación respecto de un recurso del que se tiene plena disposición.

En tal medida, el ataque no debió encausarse por el camino de la violación indirecta de la ley con el fin de alegar vicios de apreciación probatoria, sino por la senda de la causal primera al centrar la discusión en la adecuación del hecho al tipo penal de hurto agravado por la confianza, del cual expone que es atípico, porque, en su sentir particular, cuando CEQ autorizó a su hermana C para que fuera cotitular de la cuenta bancaria, le cedió el derecho de dominio sobre el dinero.

La cuestión propuesta en sede extraordinaria, tiene que ver con un aspecto estrictamente

jurídico, de interpretación acerca de los efectos que conlleva otorgar poder a un tercero para manejar una cuenta bancaria. Situación resuelta por la primera instancia.

Las falencias de la demanda de casación son nítidas, pues además de la incorrecta selección de la causal invocada, donde desarrolló entremezclados todos los conceptos de la violación indirecta por vías de hecho, tampoco acreditó que la conducta atribuida a la acusada no se ajusta al delito de hurto agravado».

**REPARACIÓN** - Alcance del artículo 269 del Código Penal: el momento procesal en que se materializa es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo / **REPARACIÓN** - Alcance del artículo 269 del Código Penal: requisitos / **REPARACIÓN** - Alcance del artículo 269 del Código Penal: Soporte probatorio

«Finalmente, en el mismo cargo indicó que el Tribunal desconoció el comportamiento post-delictual de la procesada al no reconocer la reparación establecida en el artículo 269 del C. Penal.

Además de no plantear tal situación en un cargo diverso y autónomo, el mismo recurrente precisó que la devolución del dinero apropiado a los herederos de CEQ se realizó luego de interpuesto y sustentado el recurso de apelación contra la sentencia del 24 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín. Esto es, en los meses de abril, mayo y junio de 2018, según consta en los documentos aportados para el efecto.

[...]

La solicitud resulta improcedente al haberse realizado la restitución con posterioridad a la oportunidad que de forma perentoria establece la ley».

---

**HURTO CALIFICADO** - No es delito querellable / **HURTO AGRAVADO** - Cuando se trata de un agravante específico no es delito querellable / **COAUTORÍA IMPROPIA** - Principio de imputación recíproca / **COMUNICACIONES** - Medio de prueba / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: basta con el acuerdo de voluntades y la puesta en peligro del

bien jurídico / **COHECHO PROPIO** - Se perfecciona: desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado J.R.G., contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal

Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad que lo condenó como autor penalmente responsable del delito de hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con los reatos de concierto para delinquir y cohecho propio.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia, al considerar que, se encuentra probado, más allá de toda duda razonable, que el policial condenado aceptó la promesa remuneratoria consistente en el pago del 30% del valor de lo hurtado, a cambio de omitir sus funciones constitucionales y legales.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte analizó las características de los delitos de hurto calificado y agravado, concierto para delinquir y cohecho propio, así como el principio de imputación recíproca en la coautoría impropia.

### **SP1742-2022(57051) de 25/05/2022**

#### **Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En la ciudad de Bogotá, durante el año 2016, existió una organización criminal liderada por J.O.G.S., alias “G”, la cual se dedicaba principalmente a cometer hurtos a residencias y establecimientos de comercio.

2. La referida organización estaba conformada por particulares, quienes se encargaban de ejecutar los hurtos, y, además, por miembros activos de la Policía Nacional, entre ellos J.R.G., quienes bajo la promesa de un pago del 30% del valor de lo hurtado, se apartaban de manera deliberada y dolosa del cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tendientes a proteger la vida, honra y bienes de la ciudadanía, para garantizar la consumación de los hurtos, el acrecentamiento del patrimonio económico de los miembros de la organización criminal, con el correlativo perjuicio para las víctimas, y finalmente, la impunidad total de todos los punibles ejecutados por ellos.

3. Uno de los delitos que cometió esta organización, en el que participó el subintendente J.R.G., ocurrió el 31 de julio de

2016, a partir de las 00:13:20 horas en la ciudad de Bogotá, en un establecimiento de comercio al que ingresaron de manera violenta varias personas y sustrajeron múltiples dijes de plata.

4. El aporte del subintendente J.R.G., a este específico plan criminal consistió, como integrante de la patrulla a cargo del cuadrante en el que se encontraba ubicado el establecimiento de comercio referido, en (i) cooptar a los miembros de la Policía Nacional que también patrullaban esa noche, para que no interfirieran en el plan criminal; (ii) informar y alertar a los otros integrantes de la organización criminal que estaban ejecutando el hurto, sobre los movimientos que se suscitaban al interior de la Policía Nacional; (iii) retardar la reacción de la autoridad; y (iv) alertarlos sobre cualquier movimiento que podría poner en riesgo la operación delincuencia; todo ello con la finalidad de garantizar la ejecución exitosa del delito y evitar que los coautores fueran sorprendidos en flagrancia.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**NULIDAD** - Debido proceso: delitos querellables / **HURTO CALIFICADO** - No es delito querellable / **HURTO AGRAVADO** - Cuando se trata de un agravante específico no es delito querellable / **COAUTORÍA IMPROPIA** - Principio de imputación recíproca

«El defensor del procesado refiere que se violó el debido proceso porque no se formuló querrela dentro del plazo establecido en la Ley, requisito obligatorio dado que la cuantía del hurto fue estimada en la suma de \$3.000.000, por lo que debe declararse la nulidad de lo actuado.

Al efecto, debe partir por señalar la Sala, que el artículo 74 de la Ley 906 de 2004 -aún con las modificaciones introducidas por las leyes 1142/07, 1453/11, 1542/12 y 1826/17-, dispone que se requiere querrela, entre otros, para el delito de «hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C. P. artículo 239 inciso 2º)».

Dicho esto, es necesario precisar que en la audiencia de formulación de imputación se le enrostró a JRG, la comisión del delito de hurto calificado agravado, en calidad de coautor, entre otras conductas punibles, reato que no se encuentra enlistado en el artículo 74 de la Ley

906 de 2004, por lo tanto, no se necesitaba la interposición de la querrela para el inicio de la acción penal.

Ahora bien, el defensor aduce que las circunstancias de calificación punitiva -con violencia sobre las cosas- y de agravación -por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto y en establecimiento público o abierto al público- no le pueden ser atribuidas a su representado, porque él no ejerció ninguna violencia sobre las cosas, ni ingresó al lugar donde ocurrieron los hechos.

Con tal postura, el profesional del derecho olvida que los coautores impropios -grado de participación que se le atribuyó a RG- responden por el resultado común acordado y no por su específica contribución o aporte, de conformidad con el principio de imputación recíproca que gobierna la coautoría impropia.

[...]

Por lo tanto, la censura propuesta por el defensor no está llamada a prosperar».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, efectos de no hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, efectos de no hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros para hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: parámetros para determinarlos en el delito de concierto para delinquir

«El delegado del Ministerio Público solicitó a la Corte que decrete la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de acusación, dado que se violó el debido proceso, pues, en las oportunidades procesales pertinentes no se delimitaron de manera clara y completa las circunstancias de tiempo y modo que relacionan al procesado como vinculado con una organización criminal.

La Corte de manera reiterada ha establecido que, si en las audiencias de formulación de

imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso -congruencia y defensa-, por lo cual, el único remedio posible es la nulidad de la actuación (CSJ SP741-2021, Rad. 54658).

También se ha dicho que para una correcta construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que: (i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación -entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras).

El artículo 340 de la Ley 599 de 2000, inciso primero, describe el delito de concierto para delinquir de la siguiente manera: «Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión...».

Conforme la descripción típica, una adecuada estructuración de los hechos jurídicamente relevantes exige que se constate que cada imputado, acusado o condenado:

«(i) participó del acuerdo orientado a generar una empresa criminal, “con vocación de permanencia y durabilidad”, dispuesta para cometer cierto tipo de delitos; (ii) se trata de delitos indeterminados, así sean determinables -homicidios, hurtos-, lo que se contrapona a los acuerdos esporádicos para cometer un delito en particular -el homicidio de X, el hurto en la residencia de Y, etcétera-; (iii)

el rol de cada imputado, acusado o condenado en la organización -promotor, director, cabecilla, lo que implica suministrar la mayor información posible acerca de la estructura criminal; (iv) la mayor concreción posible sobre el tiempo de existencia de la organización, así como de su área de influencia» (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311).

En la audiencia de formulación de imputación celebrada el 9 de noviembre de 2017, a JRG se le formuló imputación en calidad de autor del delito de concierto para delinquir [...]

Ahora bien, en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 20 de marzo de 2018, JRG fue acusado por los mismos delitos imputados [...]

[...]

Lo anterior obliga concluir que la fiscalía expuso cómo se conformaba la organización ilegal, quiénes eran sus integrantes y líderes, destacó la finalidad de la conducta y el papel que, conforme su teoría del caso, desempeñaba JRG, indicando las específicas funciones y el rol que le correspondía realizar en su condición de miembro activo de la Policía Nacional, por lo que, contrario a lo que manifestó el delegado del Ministerio Público, el Fiscal sí estructuró los hechos jurídicamente relevantes relacionados con el delito de concierto para delinquir, de manera adecuada, lo que obliga desechar la existencia de algún tipo de violación al debido proceso y a los derechos de defensa y contradicción del procesado.

Por lo tanto, la solicitud de nulidad elevada por el delegado del Ministerio Público, no está llamada a prosperar».

**NULIDAD** - Congruencia: acusación y sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Equivalencia personal, fáctica y jurídica: su propósito es asegurar al procesado que no recibirá fallo adverso por aspectos ajenos a los cargos formulados / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Transgresión por acción u omisión / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

«El procurador manifestó que se violó el principio de congruencia con relación al reato de hurto calificado agravado, dado que en el escrito de

acusación «se definió a nivel fáctico fue la ubicación de RG en el lugar de dicho punible, como si hubiera participado en su ejecución material y directa, es decir, como si hubiese sido un ejecutor propio de la conducta»; sin embargo, fue condenado por «facilitar la acción antijurídica de los actores materiales y directos del hecho, demorándose en llegar a la platería afectada con el ilícito, junto con otro compañero de la institución policial igualmente involucrado en los hechos, para procurar la salida de aquellos de manera expedita llevando consigo el botín obtenido», hechos que son disímiles.

La Sala, de manera reiterada, ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913; CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP6354-2015, rad. 44287 - postura reiterada en las decisiones CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273).

Ahora bien, la jurisprudencia también ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, la Corte explicó a partir de la sentencia SP, 27 jul. 2007, Rad 26468, que dicho principio no es absoluto, y que, por tanto, resulta jurídicamente posible variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica



y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.

Con esta claridad, se advierte que en la audiencia de formulación de imputación se le atribuyó a JRG el delito de hurto calificado -con violencia sobre las cosas- agravado -por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto y en establecimiento público o abierto al público- en calidad de coautor, por su participación en el hurto ocurrido el 31 de julio del 2016, [...]

El cotejo de los hechos jurídicamente relevantes enrostrados a JRG, relacionados con el delito contra el patrimonio económico, y aquellos por los que fue condenado como coautor del reato de hurto calificado agravado, tienen plena correspondencia, lo que descarta la violación al principio de congruencia alegado por el Ministerio Público, por lo que su solicitud no está llamada a prosperar.

Y si bien, en un apartado de la acusación, después de referenciar la manera en que ingresaron los sujetos al establecimiento y tomaron los bienes, se anotó de manera escueta “En este hurto participó JRG, entre otros”, ello no significa, como de manera descontextualizada concluye el representante del Ministerio Público, que se le esté referenciando alguna intervención material de ingreso al local. Basta contextualizar la totalidad de la acusación, para verificar cuál es la específica conducta que se le atribuye en su calidad de coautor, desde luego, distinta del ingreso y directa apropiación».

**COMUNICACIONES** - Medio de prueba / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO** – Demostración / **HURTO** - Configuración: acreditación de la existencia y características del bien mueble objeto de apoderamiento

«De la demanda formulada por el defensor de JRG, se logra extraer que, en su sentir, el procesado debe ser absuelto por todos los delitos por lo que fue acusado y condenado, esto es, los reatos de concierto para delinquir, hurto calificado agravado y cohecho propio, dado que no se probó más allá de toda duda razonable su responsabilidad en los mismos.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía solicita a la Corte casar de manera oficiosa la sentencia impugnada, para que se absuelva al procesado, por el delito de concierto para delinquir, porque no se probó más allá de toda duda razonable su pertenencia a la organización criminal liderada por alias “G”.

Y, el delegado del Ministerio Público solicita casar de oficio la sentencia impugnada, para que se absuelva a JRG por los delitos de hurto calificado agravado y cohecho propio, porque no se probó cuál fue su específico aporte en ambos delitos.

Las diversas posturas asumidas por las partes e intervinientes en este asunto, obligan de la Sala examinar y valorar las pruebas en su conjunto, a fin de determinar si el Tribunal erró al emitir la sentencia impugnada, en los términos ya reseñados.

Dentro del presente asunto aparece probado que el 31 de julio de 2016, a partir de las 00:13:20 horas, en la carrera (...) de la ciudad de Bogotá, varias personas ingresaron de forma violenta al Almacén y Platería T, y sustrajeron múltiples dijes de plata, con la aquiescencia y participación de miembros activos de la Policía Nacional.

[...]

En el juicio se reprodujeron algunas conversaciones que la Fiscal consideró relevantes; con el testimonio del policial se introdujeron los CD, documentos que fueron descubiertos, decretados e incorporados al juicio en la forma debida y que al ser valorados de manera completa y conjunta con los otros medios de convicción, le permiten a la Sala recrear los hechos más relevantes ocurridos antes, durante y después del suceso acaecido el 31 de julio de 2016 [...]

Estas dos comunicaciones dejan en evidencia la clara división del trabajo y el aporte específico de cada uno de los coautores al plan criminal, por un lado, los policiales del cuadrante del lugar donde se ejecutaría el hurto, quienes con su participación garantizarían la ejecución exitosa del delito y su impunidad; del otro, las personas que se encargarían de ejecutar el delito, y GS, quien fungía como enlace entre todos los coautores.

[...]

Pues bien, la teoría del caso de la defensa consiste en que el subintendente JRG, no sabía de las actividades ilícitas que desarrollaba su

compañero de patrulla MQB, tesis que no pasa de ser una postura entusiasta del defensor, en todo caso, carente de comprobación y del todo contraevidente.

[...]

Además, las conversaciones analizadas se constituyen en la prueba irrefutable del aporte y del compromiso de los policiales a ese específico plan criminal, que consistía precisamente en (i) cooptar a los miembros de la Policía Nacional que también patrullaban esa noche, para que no interfirieran en el plan criminal; (ii) informar y alertar a los otros integrantes de la organización criminal, sobre los movimientos que se suscitaban al interior de la Policía Nacional; (iii) retardar la reacción de la autoridad; y (iv) alertarlos sobre cualquier movimiento que podría poner en riesgo la operación delincriminal. Todo ello, con la finalidad de garantizar la ejecución exitosa del delito y evitar que los coautores fueran sorprendidos en flagrancia.

Dicha pretensión se concretó cuando los policiales informaron que: (i) iban a pasar por la zona a verificar un caso en la calle (...) con carrera (...); (ii) que la otra patrulla que se movilizaba en un carro marca Duster, iba a verificar un caso en la Caracas con calle (...), pero que no se preocuparan porque estaba cooptada; (iii) que el CDA habían lanzado la alerta en el “Almacén y Platería T”, pero que ellos pasarían despacio; y, (iv) que debían salir inmediatamente con lo que tuvieran, para evitar ser sorprendidos por el teniente.

Y, por último, se acreditó la respuesta tardía de los policiales, pues, la primera alerta ocurrió a las 00:46, y sólo arribaron al lugar de los hechos a las 01:01:10, hora en la que ya tenían la absoluta certeza de que los autores materiales habían abandonado el lugar.

Ahora bien, el delegado del Ministerio Público solicitó a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para absolver a JRG por el delito de hurto calificado agravado, dado que, en su sentir, no se probó: (i) el ingreso de los autores materiales al establecimiento “Almacén y Platería T”; (ii) «las afectaciones que habría sufrido el mismo por el ejercicio de violencia sobre los mecanismos de seguridad existentes para su ingreso»; y, (iii) «la preexistencia material y del valor de los elementos presuntamente hurtados».

Pues bien, en cuanto a lo primero se debe indicar que, contrario a lo referido por el procurador, el

ingreso ilícito de los coautores al establecimiento de comercio “Almacén y Platería T” se encuentra acreditado más allá de toda duda razonable, con las conversaciones sostenidas entre los miembros de la banda, en las cuales dejan al descubierto que ingresaron y salieron del lugar, en el que se apoderaron de múltiples dijes de plata.

Pero, además, se cuenta con los videos de las cámaras de seguridad del establecimiento de comercio, que dejan al descubierto el inicio y la consumación de la actividad criminal.

[...]

Tampoco le asiste razón el delegado del Ministerio Público cuando afirma que no se acreditó el ejercicio de la violencia sobre los mecanismos de seguridad del local, pues, la activación de la alarma se constituye en la prueba evidente de que se violentó la seguridad y los mecanismos que el propietario tenía dispuestos para proteger su patrimonio, sumado a que en la conversación sostenida entre QB y GS, después de ocurridos los hechos, éste último manifestó que los coautores tuvieron problemas para violentar los candados y las cerraduras del lugar.

Por otra parte, no resulta acertado el argumento del delegado del Ministerio Público, según el cual, no se probó «la preexistencia material y del valor de los elementos presuntamente hurtados»; pues, por un lado, las cámaras captaron el momento preciso del apoderamiento de los objetos hurtados, lo que prueba su preexistencia; y, de otro lado, el que no se haya determinado el valor exacto de los objetos hurtados se muestra del todo irrelevante, en este caso, para efectos punitivos y procesales; ello, porque la cuantía del hurto pierde relevancia cuando, como en este caso, la conducta se califica por alguna de las causales establecidas en la ley, misma razón por la que no se exige el requisito de la querrela como condición de procedibilidad.

Por último, el argumento del defensor, según el cual, el procesado debe ser absuelto por el delito de hurto calificado agravado, porque no se probó que hubiese recibido de manera efectiva el 30% del valor de lo hurtado, debe ser desechado, pues, el delito se consuma con el acto del apoderamiento y no con la obtención del provecho económico ilícito pretendido».

**CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda

duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - No se configura si la prueba fue apreciada / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Finalidad / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de peligro / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito autónomo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: basta con el acuerdo de voluntades y la puesta en peligro del bien jurídico / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Se configura: elemento (acuerdo), vocación de permanencia

«El debate que proponen el defensor del procesado y el delegado de la Fiscalía, radica en que no se probó más allá de toda duda razonable que JRG perteneciera a esa organización criminal.

Pues bien, el representante de la Fiscalía refiere que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, al valorar los testimonios de los investigadores JDCHT y JAMM, dado que, concluyó que ambos declarantes manifestaron que JRG pertenecía a la organización criminal liderada por JOGS alias “G”, pese a que ninguno de los dos testigos hizo tal aseveración.

La Corte verifica que los testigos JDCHT y JAMM se refirieron in extenso a los resultados de las labores investigativas que se realizaron en este caso -búsqueda selectiva en base de datos, obtención de documentos, control y monitoreo telemático de las comunicaciones, registro de las comunicaciones del Centro Automático de Despacho de la Policía Nacional, entre otras-, pruebas que fueron introducidas al juicio en la forma debida, con el testimonio del primero.

[...]

Así, entonces, pasó por alto el delegado que la dinámica valorativa emprendida por el Tribunal, para dilucidar la responsabilidad del implicado, no partió de la insular apreciación de los testimonios de los policiales, sino de toda la actividad investigativa que éstos adelantaron, conjugada con los restantes medios de prueba allegados a la actuación, lo que permitió sin lugar a dudas establecer que efectivamente el aquí procesado hacía parte de la organización delinqueñal; valoración que se encuentra acorde con los postulados de la sana crítica.

Por otra parte, el delegado de la Fiscalía manifestó que, si bien, de la conversación sostenida entre GS y MQB, se logra extraer que éste último señaló cómo en el pasado ya había hecho “varias cosas” con él, -refiriéndose al procesado-, no se logró determinar de manera clara y precisa la «participación del acusado en ellos o que indique que hayan sido ejecutados como miembro de un grupo criminal».

Al respecto se debe indicar que la Corte de manera pacífica y reiterada ha señalado que el delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se concierta la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto, se trata de la organización de dichas personas en una sociedad con vocación de permanencia en el tiempo.

También se ha dicho que es un delito de peligro y mera conducta, por lo que, para su configuración basta el acuerdo con dicho propósito, sin necesidad de su ejecución; y, autónomo de los delitos cometidos en virtud del mismo, en razón a la existencia de un concurso material y efectivo de tipos penales, en los términos del artículo 31 del Código Penal, en el que los concertados responderán con sujeción al grado de contribución o aporte en cada uno de los delitos distintos al de la asociación criminal.

Así las cosas, el juicio de reproche por la ejecución del delito de concierto para delinquir, no demanda como presupuesto de su esencia, la atribución coetánea de responsabilidad por los punibles objeto del convenio criminal, en tanto, es una conducta autónoma que únicamente requiere la concertación para la comisión de la infracción penal, independientemente de que ésta alcance o no su consumación.

Por lo tanto, el que no se haya probado la participación de JRG en otros delitos distintos al hurto cometido en el “Almacén y Platería T”, cometidos por la organización criminal, de ningún modo descarta su pertenencia a la banda criminal.

[...]

De otro lado, el Fiscal y el defensor coinciden en manifestar que, con el testimonio rendido por MQB, conforme la comunicación sostenida entre este último y GS el 29 de julio de 2016, se probó que JOGS -alias “G” no conocía a JRG, lo que descarta la pertenencia de este último a la organización criminal.

[...]

Como se ve, estas comunicaciones despejan cualquier duda y evidencian que no se trató de una asociación espontánea y fugaz dirigida a cometer un delito en particular, sino de la existencia de un acuerdo ilegal para cometer delitos, con permanencia en el tiempo.

Ahora, es cierto que quien sostuvo las comunicaciones con GS, fue MQB, sin embargo, en ambos casos éste último se encontraba en compañía de su subintendente JRG, lo que permite inferir razonablemente que el procesado estaba al tanto de todo lo que los otros dos integrantes de la organización criminal conversaban, pues, se insiste, debido a la relación superior - subalterno, el patrullero QB no podía actuar de manera autónoma u oculta y sin la aquiescencia de su comandante de patrulla, el subintendente RG.

[...]

Por último, es preciso señalar que la ejecución efectiva del punible de hurto, en las condiciones analizadas, viene a reforzar que, en efecto, el procesado hizo parte de una estructura criminal, con permanencia en el tiempo, enfocada a la ejecución de delitos atentatorios contra el patrimonio económico (indeterminados).

Por lo anterior, en el presente asunto se probó más allá de toda duda razonable que JRG perteneció a la organización criminal liderada por JOGS, alias “G”, de donde deviene su responsabilidad por el delito de concierto para delinquir».

**COHECHO PROPIO** – Elementos / **COHECHO PROPIO** - Consumación: modalidades / **COHECHO PROPIO** - Delito de ejecución instantánea / **COHECHO PROPIO** - Se perfecciona: desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria

«El defensor solicitó que se absolviera a JRG por el delito de cohecho propio, dado que no se acreditó que su representado hubiera aceptado una promesa remuneratoria a cambio de omitir

un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.

[...]

Pues bien, dentro del presente asunto aparece probado que el 29 de julio de 2016 MQB llamó a JOGS, alias “G” y, además de referirse a los detalles del hurto que se realizaría en el “Almacén y Platería T”, pactaron que él y otros policiales omitirían cumplir con sus deberes oficiales - proteger la vida, integridad física y seguridad de las personas, prevenir el delito y velar por el respeto de los bienes jurídicos- a cambio de recibir un 30% del valor de lo hurtado.

Por lo tanto, a partir del momento en que MQB aceptó la promesa remuneratoria a cambio de omitir un acto propio de sus funciones como policía de vigilancia, se consumó el delito de cohecho propio, pues, como se vio, este reato es una conducta de ejecución instantánea que se consume «con la recepción del dinero o la utilidad o con la simple aceptación de la promesa remuneratoria, sin necesidad de obtener la finalidad propuesta» (CSJ AP1938-2017, Rad. 34282A, CSJ SP14985-2019, Rad. 50366, CJ SP977-2020, Rad. 54509).

Lo anterior, porque a partir del momento en que el servidor público acepta para sí o para otro una promesa remuneratoria, a cambio de retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes, se vulnera el bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, en tanto se deteriora la imagen de irreprochabilidad, impecabilidad y rectitud que debe caracterizar a las instituciones públicas y sus integrantes en un Estado de derecho que tenga la sociedad sobre la administración pública.

[...]

En este punto, no se puede desconocer que, quien se involucra en una estructura criminal, con ánimo de permanencia, con la finalidad de cometer delitos indeterminados de contenido patrimonial, y además, participa activamente en una especie delictiva cometida para la organización, pretende recibir una remuneración a cambio de su contribución, pues, nada distinto explica el riesgo que se corre.

Ello permite dar por probado más allá de toda duda razonable que JRG aceptó la promesa remuneratoria consistente en el pago del 30% del valor de lo hurtado en el “Almacén y Platería T”,

a cambio de omitir sus funciones constitucionales y legales».

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Captura en flagrancia: deber de valoración por parte de la Fiscalía, juicio de ponderación previo a llevarlo al juez de control de garantías / **SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS** - Requisitos: deben ser profundas y extremas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: deber funcional del fiscal de solicitar el control del Juez de Control de Garantías respecto de la incautación de bienes sobre los que recae

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de J.O.B.B., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que lo condenó como autor penalmente responsable de un concurso de delitos de Cohecho Propio y 3 prevaricatos por acción en la modalidad agravada, a las penas de 150 meses de prisión y multa de 350 s.m.l.m.v.

En esta oportunidad, la Corte confirmó la providencia impugnada al concluir que, no se vulneró el principio de congruencia; por el contrario, evidenció una confusión del abogado defensor frente a los conceptos de imputación fáctica, hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, por lo que explicó cada uno de estos conceptos.

Además, consideró que se logró demostrar la configuración de los 3 prevaricatos por acción, a saber: 1) En la expedición de la orden de libertad de uno de los capturados en flagrancia, al no haberlo llevado ante el juez de control de garantías; 2) Por el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad en la formulación de imputación, desconociendo sus requisitos esenciales; y 3) Por disponer la devolución de los dineros incautados, abrogándose competencias que corresponden al funcionario que ejerce control de garantías.

Finalmente, analizó que, de la valoración conjunta de los hechos indicadores, así como de los elementos probatorios estipulados con la defensa, y con base en las pruebas que se

practicaron en la audiencia de juicio oral, era dable concluir que, el fiscal condenado realizó los 3 prevaricatos por acción, motivado por una promesa remuneratoria, incurriendo con ello en el punible de Cohecho Propio.

**SP2129-2022(54153) de 25/05/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En calidad de Fiscal 40 Local de Tumaco (Nariño), adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata, J.O.B.B., conoció las diligencias seguidas en contra de 5 hombres capturados el 16 de diciembre de 2015 a las 20:50 horas aproximadamente, por personal de la Unidad de Guardacostas de la Armada Nacional, en el área denominada Candelilla de la Mar, del municipio de Tumaco, a bordo de dos embarcaciones.
2. En la primera motonave se transportaban C.J.C.Q. y E.E.B.V. a quienes incautaron siete mil novecientos noventa (US\$7.990) y mil novecientos noventa dólares (US\$1.990) dólares americanos, respectivamente, y en la que se encontraron 280 kilogramos de cocaína. A bordo de la segunda embarcación, iban I.M.G., E.A.B. y S.F.O.C. a quienes se les incautaron doscientos sesenta y siete (267) kilogramos de cocaína y cuatrocientos noventa (490) dólares a los dos primeros y ochenta (80) dólares al último.
3. El 17 de diciembre de 2015, el Fiscal B.B., realizó las siguientes actuaciones:
  - a. Concedió libertad a C.J.C.Q., quien inicialmente se identificó como C.C.C., sin presentarlo ante el juez de control de garantías conforme lo ordena el artículo 302 del C.P.P, indicando que en su caso no se configuraba la flagrancia porque en el interrogatorio rendido por E.E.B.V, indicó que aquél, como pasajero accidental, desconocía que en la lancha en la que se transportaba se llevaba la sustancia estupefaciente.

- b. Presentó ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tumaco a E.E.B.V, I.M.G., E.A.B. y S.F.O.C., solicitó legalización de captura y les formuló imputación como presuntos coautores del punible de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes agravado, reconociendo a todos la circunstancia de menor punibilidad de la marginalidad o pobreza extrema consagrada en el artículo 56 del Código Penal. Los cargos fueron aceptados por todos los imputados a quienes se afectó con detención preventiva en establecimiento carcelario.
- c. Sin someter a control judicial la incautación de la moneda extranjera incautada, ordenó la entrega definitiva de once mil cuarenta (US\$11.040) dólares americanos al defensor de los cinco capturados.
4. Las anteriores decisiones fueron adoptadas mediando promesa remuneratoria de la organización criminal.

#### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: eventos en que se vulnera por acción u omisión / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia fáctica: el núcleo central de la imputación es intangible / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: imputación fáctica, no puede ser objeto de modificación sustancial

«En relación con el principio de congruencia, ha dicho la Corte desde la sentencia del 25 de mayo de 2016, SP6808-2016, radicado 43837 que “...es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción”.

Este postulado implica que la sentencia guarde correlación con la acusación en sus tres componentes básicos. Personal: identidad entre los sujetos acusados y los sentenciados (es absoluta). Fáctico: correspondencia en los hechos jurídicamente relevantes fijados en la acusación con los que sirven de sustento al fallo (también es absoluta). Y jurídico: consonancia en

la denominación jurídica de uno y otro acto, tiene carácter relativo (el juez puede condenar por delitos diferentes a los contemplados en los cargos de la acusación, siempre que la pena sea inferior). De manera que el fallador no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica.

[...]

Recientemente esta Sala insistió que “la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, de manera que el núcleo central se mantenga desde la formulación de imputación hasta la sentencia” (SP660-2022, radicado 58850)».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / **SENTENCIA** - Error involuntario e inconsciente (lapsus calami)

«En el presente caso no se observa quebranto alguno al principio de congruencia. Lo que sí se advierte es una confusión del abogado defensor frente a los conceptos de imputación fáctica, hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba.

Para esclarecer las censuras realizadas al fallo de primer grado, en cuanto a las nulidades deprecadas, basta recordar las definiciones que de dichos conceptos dio la Corte en sentencia SP3168-2017 (radicado 44599):

[...]

Los anteriores conceptos son fundamentales para establecer que, frente a los temas de nulidad por vulneración al principio de congruencia fáctica, los argumentos del censor resultan equivocados, y que confunde los hechos indicadores que planteó el A Quo en la sentencia para llegar a las conclusiones de que el procesado incurrió en las conductas punibles imputadas por la Fiscalía con los hechos jurídicamente relevantes que se establecieron en la acusación y que se concretaron en el fallo.

En relación con el error en la fecha de expedición de la orden de libertad de CJCQ, el tema no tiene trascendencia alguna y no deja de ser un argumento inane para la solución del caso, pues si bien es cierto se consignó en la sentencia que tal orden se expidió el 20 de noviembre de 2010, para la Sala, en coincidencia con el Agente del Ministerio Público, es evidente que se trata de un error constitutivo de un lapsus calami, que en manera alguna implica el desconocimiento del principio de congruencia.

[...]

En relación con la solicitud de nulidad estimar que el fallador “sorprendió al procesado con hechos que no le fueron deducidos en el pliego de cargos” y frente a los cuales no tuvo la oportunidad de controvertir, tales como (i) la última ratio de derecho penal, (ii) la duda que se generó sobre la participación del liberado CQ en el delito, y (iii) la información policial que le alertó sobre la posible ajenidad de aquél, debe decirse que el argumento es más que confuso. Sin embargo, la Corte en orden a verificar posibles yerros de la primera instancia, deberá acotar que no se sorprendió al exfiscal BB cuando el Tribunal hizo referencia a tales conceptos, debido a que los mismos están plasmados en el fallo con la única intención de desvirtuar las hipótesis defensivas propuestas a lo largo del proceso.

[...].

Es claro, entonces, que no se presenta la vulneración de garantías procesales alegada por el defensor. En consecuencia, se negará esta solicitud de nulidad.

El hecho indicador construido a partir de la potencia de los motores de las embarcaciones como alerta de que no se trataba de pescadores en condición de marginalidad o pobreza y que debió ser considerado por el Fiscal acusado, nada tiene que ver con una incongruencia fáctica.

Es en este punto donde el recurrente equivoca los conceptos de hechos jurídicamente relevantes con hechos indicadores, pues en la acusación si se plasmó que el Fiscal procesado incurrió en el delito de Prevaricato por Acción al reconocer la marginalidad a quienes resultaron capturados en flagrancia con una gran cantidad de sustancia estupefaciente y de dinero representado en dólares. Ese fue el hecho jurídicamente relevante, el cual se acopla a la hipótesis de hecho general y abstracta consagrada en el artículo 413 del

Código Penal. La potencia de las lanchas las refirió el A Quo para hacer alusión a uno de los varios hechos indicadores que permitieron establecer la consumación de uno de los delitos de prevaricato y del Cohecho Propio.

Además, se observa que lo que por esa errada vía presenta el apelante es un ataque a la valoración de los hechos por parte del Tribunal, que coincidiendo con la Fiscalía cuando acusó al procesado, llegó a una deducción razonable: A partir de las características de los vehículos náuticos no era razonable concluir que sus tripulantes eran unos simples y marginales pescadores, por ende, era contrario a la evidencia estructurar en una circunstancia inexistente el reconocimiento de la atenuante de la marginalidad o pobreza extrema.

[...]

Se reitera, la intención del apelante es controvertir, en sede de nulidad, los indicios estructurados por el Tribunal en la sentencia, a partir de las circunstancias modales de los hechos enrostrados en la acusación. De allí que no se advierta la incongruencia fáctica denunciada».

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo

«De acuerdo con el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comete el ilícito de prevaricato por acción el servidor público que en ejercicio de sus funciones plenamente determinadas, profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

[...]

En ese orden, la manifiesta ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y precisa es posible verificar que lo resuelto es opuesto a lo que revelan las pruebas o a lo que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado, de manera que la determinación que se adopta resulta arbitraria y caprichosa al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público de contrariar la ley.

Por tanto, la discrepancia entre el mandato legal y lo resuelto debe ser notoria, como lo ha dicho reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia “que salte de bulto”, es decir, que sea tan evidente que sea apreciable sin mayores juicios ni

elucubraciones. De tal forma, se excluyen de reproche penal aquellas decisiones respecto de las cuales surja discusión o diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas del ánimo de violar la ley, máxime si la misma se apoya en criterios lógicos y razonablemente admisibles.

El prevaricato por acción únicamente es atribuible a título de dolo, así lo ha reiterado de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Captura en flagrancia: deber de valoración por parte de la Fiscalía, juicio de ponderación previo a llevarlo al juez de control de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Captura en flagrancia: procedimiento / **DETENCIÓN PREVENTIVA** - Procedencia / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Demostración

«En criterio del defensor, el procesado concedió la libertad a CJCQ por considerar, con fundamento en el interrogatorio rendido por el capturado EEBV, que aquel era una persona ajena a la actividad delictiva, pues era simplemente un pasajero que provenía del Ecuador y que regresaba en las lanchas donde fueron incautadas la droga y los dólares, después de vender una embarcación, pero sin tener conocimiento del transporte de la sustancia estupefaciente. Dice el recurrente que por esa situación BB, sostuvo que la captura fue ilegal, al no cumplirse ninguno de los presupuestos de la flagrancia, y que por esa razón se vio compelido a liberarlo sin presentarlo previamente ante el juez de control de garantías.

Refirió también la defensa, que no era cierto que para el momento en el que se le concedió la libertad al señor CQ se le tuviera como jefe de una banda delincuencia, ya que lo único que se tenía probado en ese momento era que se trataba de un pasajero accidental de la embarcación, ajeno a la actividad ilícita que los demás desarrollaban.

[...]

En un sistema donde la fuente formal preferente es la ley, y esta se define como un enunciado de carácter general cuyo fin es mandar, permitir, prohibir o castigar, que naturalmente se expresa en palabras, estas son susceptibles de ser interpretadas. Por eso la misma ley establece reglas de interpretación, una de las cuales señala que cuando el sentido de la norma sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de

consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil Colombiano que fue declarado exequible en sentencia C-054 de 2016).

Lo anterior, para dilucidar que el inciso 4° del artículo 302, establece de forma prístina que cuando no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva en consideración al delito o cuando la captura en flagrancia sea ilegal, el Fiscal podrá liberar al aprehendido sin acudir ante el juez de control de garantías. Sólo establece esos dos eventos de manera objetiva.

Así lo confirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, que declaró exequible esta norma de manera condicionada, justamente para establecer los límites precisos que sobre la captura en flagrancia ejerce la Fiscalía General de la Nación. [...].

De conformidad con las decisiones transcritas, es claro que cualquier cuestión que supere una comprobación meramente objetiva sobre las circunstancias que permiten calificar una captura en situación de flagrancia, escapa del control de la Fiscalía General de la Nación, y debe ser analizada por el respectivo juez con función de control de garantías.

En el presente asunto según consta en la actuación, el 15 de diciembre de 2015, a las 20:50 horas aproximadamente, CJCQ, quien inicialmente se identificó como CCC, y EEBV, fueron aprehendidos por miembros de la Unidad de Guardacostas de la Armada Nacional en altamar, en el sitio denominado Candelillas de la Mar (municipio de Tumaco) cuando se movilizaban en una lancha rápida, en la cual se encontraron 14 costales negros amarrados, que por “la forma de empaque y olor” correspondía a clorhidrato de cocaína, por lo cual se procedió a su captura en flagrancia. Estas personas tenían en su poder USD\$7.990 y 1.990 dólares, respectivamente.

Ante ese escenario el estudio que le correspondía realizar al entonces Fiscal JOBB, se restringía a la verificación de si el delito por el que fueron aprehendidos comportaba detención preventiva y si concurría alguna de las situaciones descritas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal que refiere a la flagrancia:

[...]

En las condiciones señaladas, era obligación del Fiscal realizar de inmediato la solicitud de



legalización captura ante el juez de control de garantías, como lo establece el artículo 302 en cita, para que examinara la legalidad del procedimiento.

Por consiguiente, los argumentos que esgrimió el fiscal acusado para liberar a uno de los indiciados no justifican la decisión en cuestión, como quiera que su conclusión acerca de la presunta ilegalidad de la captura, obedece a la apreciación sesgada de una declaración cuya veracidad habría sido puesta en duda por cualquier otro funcionario judicial. [...].

A tales argumentos debe sumársele que el fiscal BB desde el año 2010 se encontraba vinculado al servicio de la Fiscalía, por lo que sus cinco años de experiencia al servicio de esa entidad le daban el conocimiento suficiente para percatarse que el interrogatorio que rindió EEB era sospechoso debido a que una persona que lleva consigo una gran cantidad de cocaína en sus lanchas no se va a arriesgar a que un tercero extraño a la organización criminal los acompañe en el recorrido criminal, pues esa simple situación generaría un riesgo para los fines delictivos que perseguían.

Además, el fiscal procesado desconoció intencionalmente, que para justificar la ausencia de responsabilidad de CQ se anexó un contrato de venta de una embarcación que resultó contener un nombre diferente al del capturado, y por si fuera poco, también para el momento en que se ordenó la libertad del CQ el fiscal sabía que el capturado se había identificado con otro nombre ante las autoridades colombianas. Esos dos hechos ponían de presente al fiscal, que previamente se estaba tratando de engañar a la Administración de Justicia

[...]

En audiencia de acusación realizada el 29 de agosto de 2017 la Fiscal acusó a BB por el delito Prevaricato por Acción agravado consagrado en los artículos 413 y 415 del Código Penal.

La acusación, acto complejo compuesto por la presentación del escrito y su formulación, son claras en indicar que BB aplicó indebida e ilegalmente el artículo 302 del C.P.P., que ordena siempre la presentación del capturado en flagrancia ante el juez de control de garantías, salvo cuando el supuesto delito no comporte la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, lo que en este caso no ocurría por tratarse de un “delito de Tráfico,

Fabricación o Porte de Estupefacientes, consagrado en los art. 376 del C.P. y agravado por el 384 ibidem, por la incautación superior a 5 kilos (aquí se decomisaron 547 kilogramos)”, el cual tiene pena mínima superior a 4 años de prisión, es investigable de oficio y su competencia radica en los jueces penales del circuito especializado.

[...]

Es decir, el Fiscal no solo dejó libre a CJCQ en contravía del mandato establecido en el inciso 4° del artículo 302 del C.P.P. con la clara interpretación establecida en la sentencia C-591 de 2005, sino que además concedió esa libertad cuando era evidente que la captura en flagrancia fue legal conforme toda la evidencia que hasta ese momento se tenía: (i) captura de 5 personas en dos lanchas rápidas que transportaban 547 kilogramos de cocaína, (ii) incautación de 11.040 dólares americanos, (iii) engaño a las autoridades que capturaron a la persona que precisamente dejó libre el Fiscal, CJCQ, quien en el momento de la aprehensión se identificó como “CCC”, y (iv) engaño a las autoridades con un contrato de compraventa de una embarcación con un nombre distinto al de la persona que resultó capturada.

Todas situaciones que se enmarcan indefectiblemente en el numeral 1°, o en su defecto en el 3°, del artículo 301 del C.P.P.

El juicio de ponderación que debe realizar el Fiscal para dejar libre a quien ha sido capturado en flagrancia, antes de someterlo al control del juez de control de garantías (juicio ex ante) es meramente objetivo para verificar si con los elementos puestos hasta ese momento, el delito comporta medida de aseguramiento de detención preventiva o si la captura en flagrancia fue ilegal (vulneración de derechos fundamentales o vencimiento de términos), y “cualquier discusión que superara una comprobación meramente objetiva como, por ejemplo, la relativa a la eventual vulneración del derecho a la intimidad del capturado, escapaba del control de la Fiscalía General de la Nación, y debía ser resuelto por el respectivo juez con función de control de garantías”.

Es notoria la vulneración directa de la norma por parte del acusado, lo cual edifica el prevaricato activo agravado en el presente asunto, toda vez que el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal no admite diversas interpretaciones que

autoricen al fiscal a hacer valoraciones subjetivas sobre los hechos, con la finalidad de justificar la conducta de una persona que es sorprendida en alguna de las situaciones descritas en el artículo 301 del mismo estatuto.

En esas condiciones, la conducta desplegada por JOBB es objetivamente típica, pues obró en manifiesta contraposición del orden jurídico.

Frente a la tipicidad subjetiva del prevaricato por acción, aunque ya nos adelantamos al tratar el indicio de mentira, debe decirse que son tan evidentes las manifestaciones externas acerca del conocimiento y voluntad que el fiscal JOBB tenía acerca de su actuar contrario al ordenamiento jurídico, que lo expresado como fundamento de la decisión cuestionada sirve para inferir que actuó en forma premeditada.

[...]

Las circunstancias que permiten predicar la conducta dolosa se coligen de: (i) Desconocer que CJCQ fue capturado en una embarcación donde se encontraron 14 bultos que contenían 280 kilogramos de cocina. (ii) Desconocer que CJCQ se presentó ante las autoridades con otro nombre. (iii) Realizar interrogatorio al cocapturado EEBV (a quien se le incautó la suma de 1.990 dólares), en el cual de manera escueta se le preguntó sobre la carga que contenía la sustancia ilegal y sólo se concentraron en tratar de justificar la ausencia de responsabilidad de CJCQ. (iv) Desconocer que la persona que liberó era quien llevaba la mayor cantidad de dólares - 7.990 dólares. (v) Desconocer que el documento que soportaba la venta del supuesto motor fuera de borda y la canoa tipo “metrera”, no contenía el nombre verdadero de CJCQ . El hecho de no dudar de una persona que se identifica de tres formas resulta una posición amañada que refleja el conocimiento de la norma y el querer realizar la conducta punible. Todo ello motivado por promesa remuneratoria (como se explicará al resolver la apelación frente al punible de Cohecho Propio).

Como puede observarse no fue un factor aislado el que permite predicar la intención de delinquir. Al contrario, son varios los componentes que se unieron y de tal claridad, que no se requiere hacer un mayor esfuerzo argumentativo para predicar que JOBB actuó dolosamente.

Así las cosas, la Sala confirma que la infracción al citado artículo 302 fue ostensible y palmaria y

por ende el A Quo no erró al afirmar que la materialidad y la responsabilidad del acusado en esta conducta estaban demostradas, pues no se está frente a un funcionario judicial confundido sobre el alcance de la ley, sino ante uno que intencionalmente quebrantó el derecho en contravía de lo que enseñaban las evidencias que hasta ese momento tenía en su poder para analizar».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: titular de la acción penal, obligación de obrar con objetividad/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: principios que rigen sus actuaciones

«Para resolver este punto se hace necesario recordar que si bien la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y en tal calidad le corresponde adelantar las investigaciones de los hechos que revistan el carácter de delitos, ello siempre debe estar respaldado en suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su existencia, labor en la que además está obligada a obrar con estricta sujeción a los principios de objetividad, transparencia, juridicidad y corrección (Art.115 Ley 906 de 2004).

[...]

Es deber de la Fiscalía obrar con objetividad a pesar de la discrecionalidad que tiene para fijar el marco fáctico de la imputación, ya que siempre debe plegarse al hecho histórico que indican los medios de convicción».

**SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS** - Requisitos: deben ser profundas y extremas / **PREVARICATO POR ACCIÓN** – Demostración

«Al fiscal JOBB se le acusó el quebranto de la ley, por cuanto al formular la imputación reconoció la diminuyente punitiva prevista en el artículo 56 del Estatuto Penal en favor de EEBV, SFOC, IMG y EAB, sin sustento probatorio, ya que se fundó en el mero criterio del funcionario.

[...]

No se trata de simples circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, dado que legislador las cualificó, al disponer que deben ser

“profundas” y “extremas”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad:

“Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “profundas” y “extremas” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.

“En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del principio de proporcionalidad en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.

Dichas situaciones son alternativas, es decir que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso.

La marginalidad implica que una persona está desprovista de unas especiales condiciones de vida que le permiten una calidad de vida digna. Para ser considerado como tal en un proceso penal, es requisito básico demostrar que el encausado se encuentra apartado o alejado de la sociedad o que no haga parte de ella, lo que de

una u otra forma incide en que no pueda comprender en debida forma el injusto penal.

Por su parte la ignorancia se refiere a la falta de conocimiento respecto a un ámbito específico, por lo que el estado de ignorancia exige acreditar que ésta sea de tal grado que impide al inculcado entender el juicio de reproche que genera su conducta, causa determinante que lo llevó a cometer el punible.

La situación de pobreza extrema implica que el infractor carece de recursos mínimos, lo que le impide satisfacer las necesidades esenciales para la congrua y digna subsistencia.

La declaración de cualquiera de estas eventualidades cuando se formula imputación no puede estar sujeta al capricho de los fiscales y debe existir una base fáctica:

[...]

En este asunto, la norma así interpretada fue quebrantada dolosamente por el fiscal BB ya que al formular imputación no expuso cuáles eran los hechos indicativos de que los procesados cometieron el delito bajo la influencia de condiciones de marginalidad, pobreza o ignorancia. Tampoco especificó a cuál de esas situaciones se ajustaban las condiciones de los procesados. Se limitó a decir, para obtener la finalidad ilícita, que el informe de arraigo de todos los capturados daba cuenta de su oficio como pescadores del que derivó la diminuyente punitiva. [...].

Se advierte de la extensa transliteración que el entonces fiscal BB no presentó argumentos fácticos y jurídicos que razonadamente permitieran inferir la incidencia de esas circunstancias en la ejecución del ilícito, pues simplemente aludió a un elemento de comprobación que se contrae a un estudio de arraigo realizado con posterioridad a la ejecución de la conducta, sin explicar cómo esas condiciones individuales, familiares y sociales de los imputados influyeron en la comisión de la conducta punible.

Además, cuando se trata de reconocer la diminuyente debe diferenciarse si es marginalidad, ignorancia y pobreza extrema. Claro, las tres situaciones pueden concurrir en una sola persona, sin embargo, criterios como “ser unas personas que se dedican a la pesca”, no hace per se que el sujeto sea marginado, ignorante o pobre en extremo. Igual análisis debe

pregonarse del “lugar de vivienda, de su residencia”, o “de sus estudios”. Y tampoco explicó el fiscal del caso en la formulación de imputación en qué consistía y cómo estaban razonablemente inferidas “su condición” y “sus características particulares”, al punto que influyeron directamente en la ejecución de la conducta de narcotráfico en cuya actividad fueron aprehendidos en flagrancia.

Se advierte también que el procesado no ejecutó ninguna labor investigativa tendiente a corroborar la supuesta situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en la que a su juicio se encontraban los procesados. Además, el simple hecho de que los procesados aseguraran ser pescadores y pertenecer a una población vulnerable como la del municipio de Tumaco-Nariño, no acredita per se que hicieran parte de una franja de población marginada, pobre o ignorante y que esas circunstancias hayan influido directamente en su determinación de delinquir.

En criterio de la Sala se advierte evidente la inviabilidad de reconocer la diminuyente de pena, como también que fue ese ofrecimiento lo que condujo a que todos los imputados se allanaran a los cargos.

[...]

La defensa aseguró que el reconocimiento de la mencionada circunstancia era una práctica común en el municipio y que el fiscal BB usualmente la reconocía dadas las condiciones evidentes de pobreza de la zona y sus habitantes.

[...]

El argumento anterior es especulativo, pues si bien es cierto en Tumaco se presentan unas condiciones de vida complicadas en algunos de sus habitantes y existe una población que deriva su sustento de la pesca artesanal; dicha situación no puede generalizarse y ser el fundamento para que los fiscales, por costumbre, le reconocieran la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema a todas las personas que cometen conductas punibles en dicha municipalidad, ya que como se ha indicado, para su reconocimiento se debe examinar cada caso en particular y hacer un estudio de acuerdo serio, ex ante, a la formulación de imputación, con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que obren en poder de la fiscalía para verificar que

esas circunstancias deben encontrarse cabalmente acreditadas.

En este caso no se estaba ante unos humildes pescadores artesanales de Tumaco, las lanchas en que fueron capturados, la cantidad de estupefacientes que transportaban, y los dólares que llevaban consigo, permiten derruir la calidad reconocida por el Fiscal, quien desconoció las anteriores circunstancias, las cuales fehacientemente impiden establecer que la conducta se realizó bajo la influencia directa de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema como lo exige el artículo 56 del Código Penal.

Por lo tanto, como acertadamente lo coligió el juzgador, la Sala estima que objetiva y subjetivamente el Fiscal JOBB incurrió en la conducta típica endilgada de prevaricato por acción, pues en contravía de la ley y sin demostrar su injerencia en la ejecución del injusto, ofreció como parte de la imputación la rebaja de pena consagrada en el artículo 56 del Código Penal, con la intención de favorecer ilícitamente a los procesados con una sanción mucho menor a la que se harían merecedores.

Pero además, se advierte que el fiscal BB les reconoció la circunstancia de marginalidad, no porque realmente tuvieran derecho a la misma, sino porque recibió dinero y vendió la justicia, como también se verá más adelante al estudiar el delito de cohecho».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: deber funcional del fiscal de solicitar el control del Juez de Control de Garantías respecto de la incautación de bienes sobre los que recae / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: diferente a los elementos materiales probatorios y evidencia física / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Devolución de bienes: procedencia, se determine que no se encuentre en una circunstancia en la cual procede su comiso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Comiso: la fiscalía no puede disponer de los bienes sobre los que recae

«Según mandato constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 250, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”, y [en] caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá

obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías para poder proceder a ello”.

En relación con los bienes y recursos encontrados en poder de los presuntos responsables del delito la ley procesal penal prevé medidas cautelares orientadas a garantizar que se pueda hacer efectivo el comiso.

[...]

De acuerdo con las anteriores normas es dable concluir que el procedimiento de incautación de los bienes y recursos encontrados en poder de los presuntos responsables de la infracción penal debe ser objeto de control por el juez de garantías, en orden a que sea este funcionario quien verifique la corrección del trámite y se pronuncie sobre la procedencia de la medida jurídica.

Distinto ocurre cuando el fiscal, en el ejercicio de su facultad constitucional de asegurar los elementos materiales probatorios y garantizar la cadena de custodia, aprehende bienes con fines de investigación, caso en el cual la devolución la puede realizar directamente, una vez examinados y levantados los registros correspondientes.

De manera que la devolución de bienes incautados u ocupados con fines de comiso, no puede confundirse con otras actuaciones que permitan al fiscal la devolución de elementos aprehendidos en ejercicio de la potestad constitucional de asegurar los elementos materiales probatorios.

[...]

Teniendo en cuenta esos elementos de juicio, se estaba claramente ante una de las circunstancias previstas en la ley para que procediera la figura del comiso en el caso, pues era razonable inferir que los valores incautados provenían de la ejecución del delito o eran producto directo o indirecto de esa actividad ilícita, o sería destinados para ser utilizados en delitos dolosos (Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes).

Por ende, en relación con esa medida, de conformidad con el mandato del artículo 84 de la Ley 906 de 2004, la decisión del fiscal BB no podía ser otra que solicitar audiencia ante el juez de control de garantías para la revisión de la legalidad de incautación y solicitar la suspensión del poder dispositivo del dinero; y no disponer la entrega de los recursos al abogado de los capturados, abrogándose competencias que

corresponden al funcionario que ejerce control de garantías.

[...]

Es evidente entonces que el procesado BB obró con dolo, en tanto que sus calidades personales, profesionales y experiencia laboral de más de cinco años vinculado a la entidad, le permitían comprender la ilegalidad de la decisión que estaba adoptando.

En consecuencia, ante este escenario, en relación con la conducta de prevaricato por acción por la entrega directa de las divisas incautadas, el fallo impugnado se mantendrá incólume».

**COHECHO PROPIO** - Bien jurídico tutelado: administración pública / **COHECHO PROPIO** - Configuración: requiere que el servidor público acceda a la propuesta ilegal que se le formula aceptando contravenir sus funciones oficiales

«La conducta punible de Cohecho Propio protege el bien jurídico de la Administración de Pública, entendida de manera amplia como la actividad funcional del Estado en todas sus ramas del poder público, en las entidades autónomas e independientes y en los órganos de control.

[...]

El punible busca, como debe ser en un Estado Social de Derecho, que el servidor público actúe siempre con imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones. Al pertenecer al Estado en sus diferentes organismos se obliga a actuar conforme a la ley, que es poder y límite de su función. Es por ello que el servidor público no solo responde ante las autoridades por infringir la ley, sino que también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme lo dispone el artículo 6 de la Constitución Política.

Para que el delito se configure no es requisito sine qua non que el servidor reciba el dinero o la utilidad que persiguió, pues lo que se protege son los principios de transparencia y moralidad que orientan la administración pública establecidos en el artículo 209, y en este caso, en concordancia con el 228 de la Constitución de 1991 dado que la Administración de Justicia es una función pública quebrantada por un funcionario judicial perteneciente a la Fiscalía General de la Nación. [...]

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indicio: Validez probatoria / **INDICIO** - Apreciación probatoria: convergencia y concordancia de los datos / **COHECHO PROPIO** - Demostración

«En el presente evento la incriminación por este delito al acusado JOBB surgió de las interceptaciones telefónicas realizadas a la organización criminal dedicada al tráfico de narcóticos a la que pertenecían los capturados judicializados por el fiscal. Este procedimiento permitió la contención de dos lanchas cargadas con cocaína y la captura de sus tripulantes, al tiempo que se logró conocer que la organización emprendió gestiones con el defensor de los aprehendidos para obtener la libertad de uno de ellos y rebajas punitivas para los restantes capturados, bajo la promesa de entregar la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000), y si bien en dichas interceptaciones no se menciona concretamente el nombre del fiscal BB, su proceder estuvo de acuerdo a las expectativas del conglomerado delictivo, pues liberó a uno de sus líderes, ofreció a los restantes una rebaja de pena claramente improcedente y devolvió sin condicionamiento alguno los dólares incautados.

[...]

La defensa aseguró que en ningún momento el señor JOBB exigió dinero para tomar las decisiones ya mencionadas, tal y como lo manifestaron el abogado JONM y el mismo procesado en audiencia de juicio oral, quienes también aseguraron que en el municipio de Tumaco los abogados suelen decirle a sus representados que los jueces y fiscales piden dinero a cambio de tomar decisiones favorables a sus intereses.

Para soportar dichas manifestaciones se valió de los testimonios de los doctores MMMC, EAVC y FORC, quienes dieron cuenta de las prácticas irregulares de los abogados de Tumaco, situación que en algunas oportunidades los ha afectado directamente.

[...]

A pesar de que es evidente que tanto en el municipio de Tumaco, como en gran parte del país algunos abogados inescrupulosos se atreven a asegurarle a sus clientes que para conseguir cierto tipo de beneficios o para que salgan adelante sus intereses deben darle dinero a jueces y fiscales, se advierte que en esta oportunidad no se trata de un señalamiento sin ningún fundamento, o un hecho aislado, dado que frente

a esta realidad, es una razón lógica que efectivamente existió el acto de corrupción referido en las conversaciones telefónicas, que desencadenó las conductas irregulares atribuidas a JOBB, pues no de otra forma se entiende que adoptara decisiones abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico atendiendo peticiones del abogado de los capturados, por lo cual resulta un despropósito afirmar que el acusado actuó con el convencimiento errado de que obraba conforme a los mandatos legales.

[...]

El indicio es “...todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”.

Sabido es que un solo hecho indicador no puede conducir a través del raciocinio a la certeza absoluta, en caso de Ley 906 de 2004, al conocimiento más allá de toda duda (artículo 381). Sin embargo, cada hecho indicador va sumando confianza y acercándose a un todo, excluyendo la aparición de diferentes explicaciones del hecho que se quiere conocer. Es por eso que se considera que “cada nuevo indicio que concurre aumenta por extremo el grado de certeza, pudiendo ser tanto el número que, si no a la evidencia, se llegue a una convicción tal que permita obrar sin temor a engaño”

En el sub examine, concurren varios hechos indicadores que van aumentando la probabilidad sobre la configuración del delito de Cohecho Propio, y que disminuyen la posibilidad de que se esté frente a una cadena de acontecimientos aislados difíciles de compaginar. [...]

Se tienen diez hechos indicadores que están debidamente probados en la actuación. Ahora debe mirarse si se acoplan entre ellos para después saber si realizando una inferencia se llega a una conclusión razonable que excluya la casualidad y nos lleve a la causalidad necesaria para establecer que los mismos son hechos accesorios al hecho principal que se quiere dilucidar en el presente caso, que no es otro que conocer si JOBB realizó o no la conducta punible de Cohecho Propio.

[...]

Por eso resulta importante en el caso concreto, destacar que en los 10 hechos indicadores coinciden circunstancias de tiempo, modo y

lugar, cuestión que permite pregonar la concordancia requerida para acercarnos el hecho principal.

[...]

Si se toma cada una de las circunstancias indiciarias de manera aislada pues difícilmente puede arribarse a esa conclusión. Sin embargo, lo que olvidaron recurrente y el propio agente del Ministerio Público, que solicitó absolución por este cargo, es que el grado de convencimiento más allá de toda duda razonable para demostrar la responsabilidad penal del acusado se obtiene de apreciar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, como lo dispone el artículo 380 C.P.P. de 2004.

[...]

Importante es resaltar que si bien en las interceptaciones telefónicas no se menciona directamente al funcionario BB, si se hace alusión al apoderado de los capturados, resultando incuestionable que ocurrió así, dada la evidente conexión causal entre el ofrecimiento de dinero que el defensor propondría al funcionario y los actos manifiestamente ilegales realizados por el entonces fiscal.

De ahí que no quepa duda acerca de la tipificación del delito, dado que la situación fáctica se ajusta al supuesto de hecho definido por el legislador para el punible de Cohecho Propio previsto en el artículo 405 de la Ley 599 de 2000.

Así las cosas, las alegaciones del apelante no logran derruir la argumentación y solidez de la sentencia recurrida lo que impone su confirmación».

**JUSTICIA TRANSICIONAL** - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, no se aplican de manera inmediata sino que deben de cumplirse los requisitos (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005) / **SUBROGADO PENAL** - Requisitos: pago de la multa, no supedita el otorgamiento del subrogado penal / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Multa: su concesión no está supeditada al pago de la multa (Ley 1709 de 2014)

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación presentado por la Procuradora 163 Judicial II de Santa Marta contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, mediante la cual confirmó la proferida en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en la que D.A.T.L. fue condenado como autor de concierto para delinquir agravado.

La Sala casó parcialmente la sentencia de segunda instancia, en el sentido de: redosificar la pena impuesta al procesado y, en consecuencia, concederle el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Lo anterior, dado que, la motivación de la individualización de la pena fue deficiente en relación con los criterios de gravedad de la

conducta y la magnitud del daño causado, al mencionar indistintamente y, de cualquier manera, los parámetros previstos en el artículo 61, inciso tercero, de la Ley 599 de 2000.

Sin embargo, la Corte consideró impróspero el cargo principal formulado, ya que, en la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, no existe disposición que consagre como beneficio la concesión de sustitutos de la pena intramuros para quienes hayan sido condenados o estuviesen siendo procesados por el delito de concierto para delinquir agravado. Además, los beneficios de indulto, auto inhibitorio, preclusión de la instrucción y cesación de procedimiento, requerían de un trámite administrativo previo por parte del interesado ante el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, que no fue adelantado.

**SP1511-2022(61499) de 15/06/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Fernando León Bolaños Palacios**

## ANTECEDENTES RELEVANTES

1. A la fiscalía sexta delegada ante los jueces promiscuos municipales de Ciénaga (Magdalena), con sede en la vereda Quebrada El Sol, corregimiento de Guachaca (Santa Marta), se presentó el 29 de enero de 2006, D.A.T.L., quien informó que desde el año 2002 pertenecía al Bloque Resistencia Tayrona de las Autodefensas Unidas de Colombia (como operador de radio), y que deseaba abandonar esa organización voluntariamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 3360 de 2003.

2. El 22 de julio de 2007, un Fiscal Seccional de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, al considerar que de conformidad con el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, la acción ilegal confesada por D.A.T.L. configuraba el delito de sedición, profirió resolución inhibitoria con sujeción a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 782 de 2002, prorrogado por el artículo 1° de la Ley 1106 de 2006.

3. Antes de que quedara en firme esa decisión el agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, y mediante pronunciamiento de 31 de mayo de 2011, la Fiscal Treinta y uno Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, acogió el criterio del impugnante y revocó la resolución inhibitoria, para, en su lugar, ordenar la continuación de “la investigación por el delito de concierto para delinquir agravado, con la posibilidad de dar aplicación a la Ley 1424 de 2010; de modo que la determinación de inhibirse, nunca cobró firmeza material.

4. Al regresar la actuación a primera instancia, el funcionario al que le fue asignada, el 3 de agosto de 2012, abrió formalmente la instrucción y ordenó vincular mediante indagatoria a D.A.T.L., diligencia que se practicó el 24 de junio de 2016, tras conocerse que este renunció voluntariamente al trámite que se le adelantaba para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

5. En la injurada, asistido por un defensor público, aquel, por un lado, ratificó su militancia en el grupo armado ilegal, en funciones de operador de radio de comunicaciones (“radio chispa”); y de otra parte, al informarle que según la actividad confesada el delito atribuido era el de concierto para delinquir agravado, descrito en

el artículo 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002, artículo 8, se declaró culpable, y manifestó acogerse a la figura de sentencia anticipada .

6. El mismo 24 de junio de 2016 le fue resuelta de manera provisional la situación jurídica a D.A.T.L., por la conducta punible endilgada en la indagatoria, decisión en la que el instructor se abstuvo de imponer detención preventiva por no estar satisfechos los fines que con apego a la Ley y la Constitución hacen necesaria esa medida cautelar.

7. Luego de esa actuación, el 21 de julio de 2016, el fiscal instructor celebró con el citado la diligencia de aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, trámite en el que fueron reiterados, en los términos ya puntualizados, los condicionantes fácticos y jurídicos frente a los cuales el procesado, en forma consciente, libre y voluntaria, asistido por un defensor, reconoció su responsabilidad en el injusto imputado.

8. A raíz de medidas de descongestión adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue remitido para fallo al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, cuyo titular, el 13 de septiembre de 2019, emitió sentencia condenatoria contra D.A.T.L., en calidad de autor del delito por el que aceptó cargos; y, en tal virtud, le impuso las penas principales de cuarenta (40) meses de prisión y multa equivalente a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad.

9. Respecto de los mecanismos sustitutivos de la pena intramuros el juez de primer grado: (i) Negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción prevista en la Ley 1424 de 2010, artículo 8; (ii) Tampoco le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la condena desde la perspectiva del artículo 63 de la Ley 599 de 2000; y (iii) Finalmente, negó también el subrogado de la prisión domiciliaria.

10. El agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, en esencia, por considerar que debió concedérsele al procesado la condena de ejecución condicional, de conformidad con el artículo 63



del Código Penal, con la modificación de la Ley 1709 de 2014, artículo 29, pero sin tener en cuenta la restricción que para ese beneficio prevé el artículo 32 del citado compendio por ser norma posterior a los hechos y desfavorable al acusado, inconformidad que no halló eco, pues mediante fallo de 15 de noviembre de 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta confirmó integralmente la sentencia de primera instancia.

11. Contra el citado fallo de segundo grado el delegado del Ministerio Público, en la oportunidad prevista en la ley, interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**JUSTICIA TRANSICIONAL** - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, indulto, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación y cesación de procedimiento (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005) / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, no se aplican de manera inmediata sino que deben de cumplirse los requisitos (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005) / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia: beneficios, proceden para delitos políticos y aquéllos descritos en la norma (Leyes 418 de 1997, 548 de 1999, 782 de 2002 y 975 de 2005)

«[...]», es palmar que la inconformidad planeada en el reproche analizado carece de precisión y fundamento objetivo, dado que la censora no atinó a puntualizar si la solicitud de quebrar la declaración de justicia, tiene como finalidad que la Corte, u otra autoridad, otorgue al procesado alguno de los beneficios previstos en la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002, vigentes para el 28 de enero de 2006, fecha en que individual y voluntariamente se entregó a las autoridades TL y, por tanto, dejó de pertenecer al grupo de autodefensas en el que militaba.

O si lo pretendido es una casación parcial con el fin de que, con base en el mismo marco normativo, se revoque el fallo en cuanto negó al

citado procesado los subrogados penales y, en su lugar, se le conceda uno cualquiera de ellos.

13. Con todo, una u otra aspiración deviene inconsistente. La última, fundamentalmente, porque en la legislación citada por la recurrente no existe disposición que consagre como beneficio la concesión de sustitutos de la pena intramuros para quienes hayan sido condenados o estuviesen siendo procesados en ese entonces por las conductas punibles a las que les es aplicable el régimen jurídico supuestamente pretermitido.

En efecto, los beneficios contemplados en el aludido marco legal, son, exclusivamente, el indulto, la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento, según el estado de la actuación, y únicamente son procedentes para delitos políticos y por los de: concierto para delinquir simple (artículo 340-1°, Ley 599 de 2000); utilización ilegal de uniformes e insignias (346 ídem); instigación a delinquir simple (348-1 ídem), y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones (365 ídem).

Dicho con palabras más directas: aquellas subvenciones no las contempló para el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340-2°, Ley 599 de 2000), el marco legal que la actora califica de pretermitido por los juzgadores.

14. Además, también carece de fundamento la afirmación de la actora relativa a que para cuando se desmovilizó el procesado y en versión libre confesó su militancia en las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia, existía un acuerdo en virtud del cual, y por mandato legal, las autoridades judiciales estaban obligadas, sin ninguna otra verificación, a adoptar una decisión distinta a la que fue declarada en las sentencias de primera y segunda instancia.

Los aludidos beneficios (indulto, auto inhibitorio, preclusión de la instrucción y cesación de procedimiento) pasibles de emitir con sujeción a lo dispuesto en los artículos 57 y 60 de la Ley 418 de 1997, en armonía con el 69 de la Ley 975 de 2005, requerían de un trámite administrativo previo por parte del interesado ante el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, tal y como esta Corporación lo tiene pacíficamente decantado en criterio sentado desde el año 2007, el cual se encuentra vigente y ha sido reiterado en diferentes decisiones:

[...]

Ahora bien, de cara a lo anterior, la revisión objetiva del devenir procesal permite constatar que los funcionarios que impulsaron las fases de instrucción y juzgamiento, tampoco desconocieron la garantía de favorabilidad, ni el principio de confianza legítima, ni la teoría de los derechos adquiridos, sencillamente porque TL no adelantó las diligencias que le correspondían para obtener del entonces el Ministerio del Interior y de Justicia el pronunciamiento respectivo.

Y es igualmente claro que aquel no podía promover un trámite semejante en atención a la naturaleza del delito por él cometido, consistente en concierto para delinquir agravado, ya que, de acuerdo con decantado criterio de esta Sala, como coincidieron en indicarlo las instancias, la simple “pertenencia a un grupo armado ilegal se entiende como concierto para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley. Así lo aseveró en auto de 17 de octubre del 2001 (radicado 18.790), auto de 18 de abril de 2007 (radicado 26.470) y sentencia de 12 de septiembre de 2007 (radicado 24448)”.

Por esa razón debía, entonces, esperar a ser postulado por la Fiscalía General, con sujeción a su desmovilización individual y en armonía con el artículo 11 de la Ley 975 de 2005, a la obtención de la pena alternativa establecida para ese trámite, la cual no podía ser inferior a cinco (5) ni superar los ocho (8) años de prisión.

[...]

Sin embargo, dado que el aquí procesado, como lo dejaron explicado los juzgadores en sus fallos con apoyo en las constancias procesales, renunció al trámite adelantado con sujeción a la Ley 975 de 2005, tampoco se hacía mecedor a reclamar un específico beneficio con base en esa legislación.

De suerte que para regular y resolver la situación jurídica de TL resultaba perentoria la aplicación de la Ley 1424 de 2010, tal y como en este asunto, con razonado criterio y abundante fundamento jurídico y jurisprudencial, lo dejó resuelto la Unidad de Fiscalías Delegada en Segunda Instancia, en decisión del 31 de mayo de 2011, al revocar la resolución inhibitoria que se había emitido en favor del precitado con estribo en el marco normativo que ahora pretende la demandante nuevamente sea considerado.

En suma, como el trámite y beneficios previstos en ese compendio normativo fue el aplicado a la actuación adelantada contra TL, y con sujeción a sus lineamientos, en armonía con las normas pertinentes de la Ley 600 de 2000, se consolidó legalmente la decisión condenatoria, la Sala advierte que la pretensión de la censora, inherente a la indeterminada solicitud de casar el fallo atacado con base en la alegada violación directa de la ley, carece de fundamento jurídico, motivo por el que se impone la improsperidad de la respectiva queja».

**DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Motivación / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: criterios de valoración / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único: ministerio público / **PENA** - Debido proceso sancionatorio: se vulnera, cuando el fallador estando obligado a ello, no expresa con claridad y precisión los factores que tuvo en cuenta para fijarla / **CASACIÓN** - Redosificación punitiva

«En el reproche subsidiario la vía de cuestionamiento invocada fue la prevista en el artículo 207, numeral primero, inciso segundo, de la Ley 600 de 2000, y se relaciona con desatinos protuberantes en el ejercicio de valoración de los medios de prueba, los cuales habrían determinado la violación indirecta de la ley.

Desde ya la Sala advierte que, a pesar de la explícita vía de ataque seleccionada por la recurrente, con la cual, también, coincidió el agente del Ministerio Público Delegada ante esta Corporación, en los respectivos argumentos que sustentan la queja —y el concepto— se percibe, con absoluta objetividad, que la inconformidad estriba en la errada dosificación punitiva por ausencia de una adecuada motivación.

En efecto, según se lee en el fallo de primer grado, avalada tácitamente en segunda instancia, el respectivo funcionario aseguró acoger las reglas de graduación de la pena previstas en los artículos 60 y 61 de la Ley 599 de 2000, y tras aludir la ausencia de causales específicas de agravación, se situó en el primer cuarto mínimo.

Luego de ello, con referencia al inciso tercero del último precepto, advirtió que en atención a: “la gravedad de la conducta que le fue endilgada, que a no dudarlo causó grave estado de zozobra en el conglomerado social, no sólo por la afectación directa al bien jurídico de la seguridad pública, sino también por el potencial daño que esta clase

de comportamientos generan a otros bienes jurídicos”, no podía imponer el mínimo de setenta y dos (72) meses, sino ochenta (80) meses, monto que, con base en la actitud procesal del encausado, al acogerse a la sentencia anticipada (Ley 600 de 2000, art. 40), redujo a la mitad, gracias a la aplicación que por favorabilidad, de antaño, la jurisprudencia había reconocido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Como se advierte, la referida motivación, en cuanto hace a la individualización del condigno castigo, resulta deficitaria por cuanto los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del Código Penal brindan al funcionario un conjunto de factores o criterios, con el objeto de que el ejercicio de esa labor devenga acertado por la expresa y suficiente ponderación, sino de todos, de aquellos que el caso amerite resaltar.

[...]

Como lo ha venido precisando la Sala, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de montos mínimos de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

[...]

La motivación del proceso de individualización de la pena —en lo cuantitativo y lo cualitativo— no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3° y 4° ídem. La simple transcripción de éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto sub júdice es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.

20. Al aplicar el anterior marco teórico al asunto debatido la Sala constata que el fallador de primer grado, en el ejercicio de individualizar la pena para el procesado, como ya se indicó (supra 19), se limitó justificar el distanciamiento en ocho (8) meses del mínimo (72 meses), con la precaria afirmación en el sentido de que ese incremento

obedecía a “la gravedad de la conducta que le fue endilgada, que a no dudarlo causó grave estado de zozobra en el conglomerado social, no sólo por la afectación directa al bien jurídico de la seguridad pública, sino también por el potencial daño que esta clase de comportamientos generan a otros bienes jurídicos”.

Con tal razonamiento el fallador, al parecer, quiso aludir, simultáneamente, a “la mayor o menor gravedad de la conducta” y al “daño real o potencial creado”. Sin embargo, la consideración transcrita carece de idoneidad para justificar, per se, el distanciamiento del mínimo.

20.1. En cuanto tiene que ver con la gravedad de la conducta, no reparó el fallador en que era su deber explicar por qué el obrar delictivo atribuido al procesado merecía un reproche adicional al que es inherente al mismo injusto, pues, en el tipo penal de concierto para delinquir vigente al tiempo de los hechos, el legislador establecía una progresión en la severidad de la sanción, dependiendo si se trataba de una concertación simple para cometer delitos indeterminados (inciso primero), o si el convenio criminal era para realizar unas especiales conductas punibles, entre ellas, la de “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley” (inciso segundo), hipótesis que fue la atribuida al procesado, y en la que la mayor gravedad, desde la perspectiva de la compensación, quedó expresada, justamente, en su punición más severa, en contraste con la del primer supuesto básico reseñado en la norma.

Luego, si el fallador, por el criterio inherente a la gravedad quería incrementar la sanción, separándola de los límites mínimos, estaba obligado a justificar por qué razón la específica conducta reprochada al acusado, caracterizada por sus particulares circunstancias de configuración, requería un mayor grado de reproche en términos retributivos, ejercicio de ponderación que no se satisface con la huera y redundante afirmación de que la conducta, en abstracto, “causó grave estado de zozobra en el conglomerado social”.

20.2. Acerca del “daño real o potencial creado”, va de suyo que, en tratándose de los tipos penales que causan afrenta a la seguridad pública, y que se caracterizan por ser de peligro presunto por la amenaza que representan para ese bien jurídico, esa sola característica también ya ha sido tomada en consideración por el legislador al momento de erigir o definir la respectiva conducta como

antijurídica, dado que por la especial connotación de aquella garantía social —la seguridad pública—, se anticipa su protección y no se espera a que devengan efectivamente destruidos o disminuidos.

De suerte que tampoco era suficiente frente al caso debatido la incierta aseveración del juez en cuanto a que el obrar del acusado representó “un potencial daño”, bien para la seguridad pública, ya “para otros bienes jurídicos”, pues, lo primero, se insiste, ya ha sido estimado por el legislador desde la perspectiva preventivo general al elevar el comportamiento a la categoría de delito, y lo segundo requería de agotar un ejercicio argumentativo que hiciera evidente cómo, en el caso particular, el actuar del acusado puso en peligro o amenazó en forma real o concreta otras garantías del conglomerado social.

[...]

Como en el asunto analizado es evidente que la motivación del fallo, en cuanto hace al proceso de individualización de la pena fue indebida al ser deficiente en relación con los criterios de gravedad de la conducta y magnitud del daño causado, expresamente, lo anterior constituye vulneración del debido proceso sancionatorio y de vela que los juzgadores, consideraron que estaban facultados para individualizar la pena discrecionalmente o a su arbitrio, bajo el pretexto de aludir o mencionar indistintamente y de cualquier manera los parámetros previstos en el artículo 61, inciso tercero, de la Ley 599 de 2000.

En consecuencia, por una indebida motivación, el aumento en el término de prisión y el monto de multa en este caso devienen ilegítimos, motivo por el que en cumplimiento de su función constitucional y legal esta Sala debe corregir ese agravio atendida la prosperidad del cargo segundo subsidiario.

21. Por lo tanto, como la Corte no puede desmejorar la situación del procesado, pues la impugnación extraordinaria fue elevada a su favor por el agente del Ministerio Público, y en esa medida está amparado por la prohibición de reforma en peor, la Sala impondrá los mínimos punitivos previstos para las sanciones privativa de la libertad y de carácter pecuniario previstas en el artículo 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, con la reforma que a ese precepto introdujo la Ley 733 de 2002, artículo 8, esto es, setenta y dos (72) meses de prisión, y multa en

cuantía equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ahora bien, con observancia del mismo razonamiento expuesto por el juez de primera instancia, dado que el procesado se acogió a la figura de sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, por favorabilidad, según la doctrina jurisprudencial en vigor para cuando expresó esa voluntad de sometimiento (el 24 de junio de 2016), le es aplicable el máximo descuento para los casos de allanamiento a cargos regulado en la Ley 906 de 2004, artículo 351, es decir, el cincuenta por ciento (50%), luego, en definitiva, se impondrá a T.L. las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión, y multa equivalente a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época de los hechos.

La pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas igualmente se ajustará al lapso señalado para la sanción privativa de la libertad».

**SUBROGADO PENAL** - Requisitos: pago de la multa, no supedita el otorgamiento del subrogado penal / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Multa: su concesión no está supeditada al pago de la multa (Ley 1709 de 2014) / **FAVORABILIDAD** - Aplicación de norma sustancial permisiva o favorable

«Con ocasión de la redosificación de la pena privativa de la libertad, la viabilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción debe analizarse desde la perspectiva del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, con la modificación del artículo 4 de la Ley 890 de 2004, en vigor para la época de los hechos, es decir, para el 29 de enero de 2006, fecha en que el procesado se entregó a las autoridades.

Acerca de la modificación legislativa últimamente aludida, la Sala reitera el criterio recientemente expresado, según el cual:

[P]ese a que el art. 4° de la Ley 890 de 2004, que adicionó el inciso penúltimo al art. 63 del C.P., preceptúa que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena estará supeditada al pago total de la multa, por favorabilidad (Cfr. CSJ SP16180-2016, rad. 46.755) ha de darse aplicación al art. 3° de la Ley 1709 de 2014, que modificó el art. 4° de la Ley 65 de 1993. Esta última norma señala: “En ningún

caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo podrá estar condicionado al pago de la multa”.

Por lo tanto, como en el presente caso se cumple a cabalidad el primer requisito señalado en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 —pena impuesta no superior a 36 meses—, y respecto del segundo, esto es, que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la gravedad y modalidad de la conducta punible, no sean indicativos de que existe necesidad de ejecutar la pena, la Sala encuentra que también está satisfecha esa exigencia.

Con referencia al primer aspecto, de acuerdo con informe rendido en la fase instructiva por un investigador de la Fiscalía General de la Nación, el procesado no tiene registros por antecedentes penales o policivos, ni cuenta con otras investigaciones en curso; además, el mismo documento refiere la constatación de las actividades lícitas para entonces desarrolladas por aquél en aras de proveer el sustento propio y el de su núcleo familiar, situación que igualmente fue puesta de presente por aquel en su injurada, circunstancias positivas a las que se les suma la conducta procesal del sentenciado, quien, debe resaltarse, se desmovilizó de manera individual y, tras su vinculación a este trámite, al acogerse a sentencia anticipada, observó una conducta de cooperación con la Administración de Justicia, no solo por ese acto, sino porque desde entonces ha estado pendiente del desarrollo de su situación, con lo cual ha evitado un mayor desgaste de aquella.

Y en cuanto a la modalidad y gravedad de la conducta, aun cuando el acusado hizo parte de una organización criminal, de acuerdo con su relato, en ausencia de pruebas que lo desvirtúen, su función dentro de la misma se limitó a ser un operador de radio, sin que se sepa de su participación en algún concreto proceder delictivo —secuestro, homicidio, extorsión, narcotráfico, etc.— de los que comúnmente desplegaban esas organizaciones en ejecución del concierto para delinquir.

En suma, la ponderación positiva de los antecedentes de todo orden del sentenciado permite colegir la viabilidad de favorecerlo con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, subrogado que estará supeditado a que el procesado garantice el cumplimiento de las siguientes obligaciones previstas en el artículo 65 de la Ley 599 de 2000, mediante caución prendaria que, atendidas sus condiciones económicas, la Sala fija en cuantía de doscientos mil pesos:

- (a) No cambiar de residencia, sin autorización previa del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad;
- (b) Observar buena conducta;
- (c) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo;
- (d) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello; y
- (e) No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena».

---

**CONCUSIÓN** - Elementos: abuso del cargo o de la función / **INFORMÁTICA FORENSE** -

Análisis link: de información extraída de teléfono celular / **GRABACIONES** - Apreciación probatoria: Cuando su contenido se ratifica por testigos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Grabación: whatsapp / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Declaraciones rendidas antes del juicio:  
testimonio adjunto, requisitos

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Y.L.H.A. y coadyuvado por ella, contra el fallo proferido

por el Tribunal de la misma ciudad, que la condenó como autora del delito de concusión.

En esta oportunidad, la Corte confirmó la providencia recurrida, al encontrar demostrada la responsabilidad de la procesada en la comisión del delito por el que fue condenada.

Para ello, la Sala analizó los elementos y características del punible de concusión, así como la debida valoración probatoria de la información extraída de un teléfono celular y de las grabaciones.

De otra parte, consideró que algunas de las entrevistas previas al juicio, fueron

indebidamente incorporadas a la actuación y finalmente apreciadas por el Tribunal en el fallo, como si se tratara de testimonios adjuntos, sin haber observado las reglas para conseguir tal condición; empero, a su juicio, se cumplieron las exigencias para que tales exposiciones previas sirvieran a la Fiscalía para impugnar credibilidad a los declarantes, dada la ambigüedad e imprecisión de sus relatos en la vista pública.

**SP2084-2022(60917) de 15/06/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. La Fiscalía recibió de una fuente no formal, en medio magnético, una conversación del 7 de septiembre de 2016 entre una mujer y un hombre, en la cual se alude a que, al individuo, le era exigida a través de tres o cuatro personas, una suma de dinero supuestamente para una subdirectora seccional de fiscalía, a fin de que no le fuera imputada la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y no se le privara de la libertad.

2. Se estableció que la mujer era la Fiscal 17 de Infancia y Adolescencia de Sincelejo.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CONCUSIÓN** - Elementos: abuso del cargo o de la función / **CONCUSIÓN** - Metus publicae potestatis / **CONCUSIÓN** - Demostración

«El delito de concusión requiere constreñimiento, inducción o solicitud por parte del servidor público, pero la defensa parte de un supuesto falso y no acreditado dentro de la actuación, al decir que la acusada no actuó con abuso de su cargo o funciones, pues a lo sumo como ciudadana particular pretendió servir de intermediaria entre MC y FS, Subdirectora Seccional de Fiscalía, para que dialogaran.

Tal afirmación no se compadece con la transliteración de la conversación telefónica, pues no se trata de la solidaria colaboración de una funcionaria para que un individuo se entrevistara con su jefe en la Fiscalía, sino de la respuesta a quien desesperado por varios mensajes recibidos de diversas personas acerca

de que le eran solicitados ilegalmente 60 millones de pesos, se comunica con quien está a la cabeza de tal entramado de presiones, y aquella, sin negar de manera alguna que le haya enviado emisarios para tal fin, se muestra solícita a promover su entrevista con FS, lo cual descarta la desinteresada, inocente e ingenua intervención de la Fiscal YH al respecto.

Desde luego, en la conversación grabada, la acusada no solicitó dinero a su interlocutor, pues el proceder fue pedirlo para ella o su jefe, a través de terceras personas y por eso MC decidió grabar la conversación junto con su amigo OG, charla en la cual se refirió a la suma solicitada y frente a ello la procesada no se inmutó ni se opuso vehementemente como sería lo obvio si fuera ajena a la concusión, mostrándose eso sí molesta por abordar tal temática a través de la vía telefónica.

No se afectó el derecho a la defensa de la doctora YH al ser acusada por constreñir, pero condenársele por solicitar, pues lo que finalmente importa conforme al principio de congruencia entre acusación y fallo es que se mantenga el núcleo fáctico, esto es, la conducta de enviar emisarios a MC solicitando inicialmente 100 millones de pesos, luego 80 y finalmente 60, con el propósito de evitar que le fuera imputado el delito de enriquecimiento ilícito y se le privara de la libertad, lo cual no negó en la conversación telefónica grabada por la víctima, máxime si en este caso se condenó por el mismo delito que fue acusada y conlleva igual sanción.

La afirmación del defensor referida a que la Fiscal HA no abusó de sus funciones y tampoco constreñió a MC, pues no se utilizaron medios coactivos o la amenaza de un acto de poder, no se corresponde con lo demostrado en la actuación.

En efecto, basta con leer con detenimiento el texto de la conversación tantas veces mencionada, para advertir que la víctima fue amenazada con ser imputada y privada de su libertad si no entregaba el dinero que a través de terceras personas fue solicitado por la Fiscal YH en nombre de su jefe, la Subdirectora de Fiscalía FS.

Sin duda alguna, tal proceder configura un escenario de evidente intimidación ante la amenaza de un mal, es una coacción para conseguir el dinero solicitado, el llamado metus publicae potestatis, que lleva a la víctima a

rendirse ante las pretensiones del agente, pues quedó demostrado que CS contactó a la acusada para lograr una reunión con el fin de concretar esas solicitudes, pues se le amenazaba que de no acceder a la entrega de la suma pretendida en una semana, se le formularía imputación y se le privaría de libertad.

Además, tal sería el temor de CS, que decidió grabar la conversación telefónica, procedimiento que no es utilizado por regla general entre las personas respecto de conversaciones corrientes y despojadas de cualquier entidad delictiva.

Contrario a lo expuesto por el recurrente, no es ilógico que si su asistida solicitó el dinero, promoviera una charla entre la víctima y la Subdirectora de Fiscalía sobre el tema, pues está claro que con tal respuesta pretendía dar seguridad a MC acerca de la posibilidad de contactarlo con aquella y sacar avante su proceso por el delito de enriquecimiento ilícito una vez recibida la ilegal prestación económica, asegurando que no sería privado de su libertad.

Acerca de que no fue probado el abuso del cargo por parte de la procesada, concretado en acceder al sistema informático SPOA de la Fiscalía específicamente a los trámites adelantados contra MC, ajenos a su función como Fiscal de Infancia y Adolescencia, en cuanto la defensa adujo que tales consultas las efectuó JGM, lo cierto es que WP, Ingeniero del CTI, declaró en el debate oral de qué forma consiguió constatar que con el usuario de la doctora HA se realizó la consulta de trámites adelantados contra MC el 15 y 19 de mayo de 2016, específicamente respecto de dos noticias criminales: Una, en la cual es denunciante JRD, y en la otra, PTMI, con mayor razón si fue ella quien a través de intermediarios y aludiendo a tales procesos, uno de ellos cursante contra CS en la Fiscalía 22 de Sincelejo, solicitó el dinero a dicho indiciado, además de que se molestó por hablar del tema con aquél a través del celular e insistió en que todo el asunto era promovido por su jefe FS y a ella le correspondía colaborarle sobre el particular».

### **CONCUSIÓN** - Demostración

«[...] no puede deducirse que la solicitud del dinero era realizada por la doctora YH a instancia de su jefe FS, pues por tratarse de una Fiscal, esto es, de una servidora pública, no solo no estaba obligada a cumplir órdenes manifiestamente ilegales, sino que además tenía la obligación de denunciar tal comportamiento

punible (artículo 67 de la Ley 906 de 2004), so pena de incurrir en el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia (artículo 417 de la Ley 599 de 2000), sin perjuicio de la respectiva acción disciplinaria por no cumplir con el deber de denunciar. En todo caso y tal como se expresó en el fallo impugnado, será en el proceso adelantado contra FS que se dilucide su responsabilidad por estos sucesos.

Es verdad que no se estableció quiénes fueron los terceros que llevaron las razones a MC sobre la petición de dinero, pero de la charla se infiere que tales solicitudes ilegales no eran ajenas a la acusada, quien para dar fuerza a la intimidación y capacidad para resolver el problema judicial en el cual estaba inmerso aquél, le insistió en que el asunto era liderado por su jefe FS con quien debía reunirse.

[...]

Sí se demostró que fue la acusada quien a través de terceras personas solicitó dinero a MC para que hablara con su jefe y recibiera un tratamiento especial en el proceso adelantado en su contra por enriquecimiento ilícito, pues pese a que CS se lo mencionó en la conversación grabada, ella no se opuso de manera alguna ni negó tal proceder.

Es cierto que no se probó que la procesada «tuviera un contacto corrupto con el tal P y menos aún con el Fiscal que llevaba el caso MCI», ni siquiera se acreditó quién era «P», pero tales omisiones de la Fiscalía no dan al traste con la acreditación de la materialidad del delito de concusión, ni con la responsabilidad penal de la acusada como autora del mismo».

**INFORMÁTICA FORENSE** - Análisis link: de información extraída de teléfono celular / **GRABACIONES** - Apreciación probatoria: Cuando su contenido se ratifica por testigos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Grabación: whatsapp / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: corresponde al juez

«Como el apelante cuestionó el análisis link realizado al celular de la doctora YH por la perito SS, baste resaltar que la intervención de MC y la procesada en la conversación telefónica que obra como prueba fundamental en este proceso, no fue desconocida por ninguno de los dos, de manera que más allá de si antes de estos hechos se comunicaban desde sus abonados celulares o no, o si la acusada hablaba por tal medio con PM

o no, tales circunstancias no restan fuerza demostrativa sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal objeto de este diligenciamiento.

Si PM no fue llevado por la Fiscalía al juicio, tal omisión no tiene la virtud de acreditar la atipicidad de la conducta o la inocencia de la procesada.

Como el defensor aseveró que si CS expuso a la Fiscal acusada el tema de las comunicaciones recibidas de terceros acerca de un dinero solicitado por las directivas de la Fiscalía, ella no cometió delito alguno al decirle que hablara directamente con la Dirección o Subdirección de Fiscalía de Sincelejo, advierte la Sala que la defensa ensaya sin éxito una lectura sesgada del acontecer acreditado en el proceso, pues como se constata en la conversación telefónica, MC es contundente al decirle que ella sabe del dinero que se le está pidiendo a cambio de no seguir con el proceso adelantado en su contra y no “ponerlo preso”, luego no se trata de la charla entre un ciudadano y una funcionaria de la Fiscalía que le brinda su apoyo desinteresado en orden a comunicarlo con sus superiores.

De otra parte, se tiene que, si entre la acusada y CS existieron o no comunicaciones previas a la del 7 de septiembre de 2016, lo que importa es que la de esta fecha fue la conversación grabada, en la cual se entiende que además de la molestia de ella por abordar temas tan delicados por vía telefónica, no hizo el menor esfuerzo por negar a MC que varias personas le habían solicitado a instancia suya el dinero para su jefe, la Subdirectora de Fiscalía.

De igual manera, si la operadora Claro Móvil informó que el abonado [...] del que supuestamente se comunicó con el celular de la acusada MC, estaba desactivado para el 7 de septiembre de 2016, lo cierto es que no se configura duda alguna que deba ser resuelta en favor de la Fiscal HA. Es decir, seguramente se trató de un error de la mencionada empresa de telefonía celular, que como toda prueba es susceptible de valoración por parte del fallador sin que su contenido lo obligue a tenerla como verdad absoluta, yerro suplido por el Tribunal y en esta sede con la grabación de la llamada telefónica y con el análisis link de SS, funcionaria del CTI, quien expuso en el debate oral que entre los celulares de MC y la acusada se realizaron dos comunicaciones el 7 de septiembre de 2015.

También se tiene que si los documentos sobre búsqueda selectiva de datos del celular [...] de la procesada YH, sobre los cuales la defensa se opuso a su incorporación, no ingresaron al juicio por no haber sido decretados, su aporte demostrativo es irrelevante acerca de la materialidad del delito y la responsabilidad de la procesada, pues más allá de establecer cuáles abonados celulares se comunicaron con ella o hacia cuáles efectuó llamadas, se cuenta con la grabación de la conversación que sostuvo con MC».

**GRABACIONES** - Valoración probatoria / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Grabaciones de audio: incorporación

«Si bien el defensor dedicó parte importante de su escrito de apelación en procura de demostrar que el audio origen de este proceso fue cortado, olvidó demostrar que el real o supuesto recorte recayó sobre apartes importantes de la conversación, pese a lo cual insistió en que fue cercenado el fragmento final cuando CS le ofreció disculpas a la Fiscal HA por el mal entendido.

Al respecto, es pertinente indicar que aún si efectivamente tuvieron lugar las disculpas, no se descarta el tema abordado en la conversación telefónica que él grabó, en el cual la víctima le hizo alusiones directas e inequívocas a la acusada, que de ninguna manera negó, mostró sorpresa, se enojó o dijo ser ajena a los hechos, pues por el contrario, se ubicó en la posición de quien servía de puente entre MC y FS para que abordaran el tema relativo al monto de la suma solicitada para “arreglar” sus dificultades judiciales y librarlo de la privación de libertad.

Ninguna trascendencia tiene la queja de la defensa referida a que respecto de la grabación no se practicó cotejo de voces para establecer si la interlocutora era YH pues, de una parte, MC dijo que se trataba de ella, y de otra, ni la acusada ni su defensor manifestaron que no fuera la voz femenina que aparece en la transliteración de la conversación telefónica, todo lo cual la dota de autenticidad.

[...]

Si en el análisis link realizado por la mencionada experta SS se estableció que la llamada del 7 de septiembre de 2016 entre MC y la procesada duro 3 minutos y 10 segundos , pero la apreciada en el proceso duró 2 minutos y 51 segundos, según lo declaró el Ingeniero WP, podría aceptarse que



faltan 19 segundos, pero ello no descarta de manera alguna la ocurrencia de la conversación, el tema tratado, los asertos de MC y las respuestas de YH, de modo que, contrario al planteamiento del recurrente, no se encuentra mermada la credibilidad que pueda otorgarse a tal grabación.

[...]

Asunto diverso es que el recurrente pretenda, mediante la lectura sesgada de algunos apartes, mostrar a la acusada como una simple colaboradora de buena fe de la Fiscalía, para con un ciudadano que solo la consultaba, circunstancia que descarta vicios de autenticidad o mismidad reclamados por el apelante, aún si hay ruidos de fondo e interferencias sonoras.

No sobra recordar que MC no sabía cómo grabar la conversación telefónica con su celular, motivo por el cual acudió a su amigo de la infancia OG, quien luego de colocar el dispositivo de aquél en altavoz, procedió con su celular a grabar la charla, para acto seguido enviársela por whatsapp».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: cuando se utilizan para impugnar credibilidad o como testimonio adjunto, diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, valoración probatoria

«Dado que también el defensor se quejó de la indebida incorporación de testimonios adjuntos, referidos a las entrevistas previas al juicio de MC y OG, pues no fueron sentadas las bases para ello, la Fiscalía le puso de presente en el juicio al primero tal exposición y fue leída en su totalidad y algo similar ocurrió con la segunda, para entonces ser introducidas, no como medios de impugnación de sus declaraciones, sino como testimonios adjuntos, en contra de lo dispuesto por la jurisprudencia al respecto (SP, 25 oct. 2017. Rad. 50876), [...]

La Sala ha diferenciado las entrevistas anteriores al juicio cuando son incorporadas al debate como testimonios adjuntos, de cuando son utilizadas como medios para impugnar credibilidad, [...]

Para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto es necesario que: (a) El declarante se retracte en la vista pública de lo narrado antes, (b) Ese testigo esté disponible para declarar en el debate oral, (c) La declaración anterior sea incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o a qué segmentos otorga valía, motivando su decisión, (d) La parte interesada solicite la incorporación de la declaración anterior al juicio como prueba, esto es, como testimonio adjunto. Desde luego, en un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior, (e) Si el juez admite su incorporación excepcional, entonces tiene el carácter de testimonio adjunto o complementario, lo cual permite diferenciar tal exposición previa al juicio de otras figuras, como la prueba de referencia, las declaraciones anteriores para refrescamiento de memoria o para impugnación de credibilidad.

[...]

En las mismas providencias ha señalado la Sala que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, pues la necesidad de acudir a ellas surge en el curso del interrogatorio y se encuentra establecida expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

Entonces, la jurisprudencia ha dispuesto ciertas reglas en orden a evitar que, pretextando la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, en realidad se proceda a su indebida incorporación como pruebas, afectando el debido proceso probatorio. En tal sentido, de un lado, corresponde a la parte interesada demostrar que ese uso resulta necesario conforme a los fines señalados en los artículos 391 y 403 ya mencionados, esto es, sentar las bases.

Y de otro, utilizar tales declaraciones para demostrar contradicciones u omisiones importantes en el relato, con el propósito de menguar la verosimilitud y/o la credibilidad del testigo.

Las mencionadas reglas son:

“(i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii)

darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma , sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas”.

En suma, la impugnación de la credibilidad corresponde a un procedimiento distinto de la incorporación de una declaración anterior como testimonio adjunto. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al declarante, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una versión rendida antes del juicio, cuando el testigo se ha retractado en el debate oral, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como prueba al dictar el fallo.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, considera la Corte que le asiste razón al recurrente, pues las entrevistas previas al juicio de MC y OG, utilizadas para impugnar su credibilidad en el debate oral, fueron indebidamente incorporadas a la actuación y finalmente apreciadas por el Tribunal en el fallo, como si se tratara de testimonios adjuntos, sin haber observado las reglas para conseguir tal condición.

Sin embargo, constata la Sala que más allá del mencionado error del Tribunal, se cumplieron las exigencias para que tales exposiciones previas sirvieran a la Fiscalía para impugnar credibilidad a los referidos declarantes, dada la ambigüedad e imprecisión de sus relatos en la vista pública, en especial en cuanto se refiere a CS, por las siguientes razones:

(1) En el interrogatorio del mencionado ciudadano en el juicio, la Fiscalía manifestó que las entrevistas previas serían utilizadas para impugnar su credibilidad pues “en desarrollo de

la deposición rendida ha incurrido en ciertas imprecisiones en atención a la información que suministró el 15 de octubre de 2016, el propósito es, en algunos temas puntuales impugnar su credibilidad y como ha anunciado que recuerda exactamente lo que dijo en la entrevista, en atención a eso se le formularán las preguntas”, es decir, indicó que entre la versión anterior al debate y la rendida dentro de él había contradicciones específicas, sin que correspondiera en su integridad a una nueva versión distinta de la anterior, pues allá refirió que las solicitudes de dinero a través de terceros eran promovidas por YH, mientras que luego aseveró que eran dispuestas por CB y FS, luego sentó las bases.

(2) En el interrogatorio se le dio el chance de pronunciarse sobre la contradicción determinada, sin que fuera claro al respecto, pues se limitó a decir que luego de rendir la entrevista hizo averiguaciones privadas y llegó a la conclusión de que YH no era quien solicitó por medio de terceros el dinero y, por el contrario, él acudió a ella para que lo ayudara a grabar una charla con las referidas directivas de la Fiscalía de Sincelejo, luego es necesario tener en cuenta el tema específico y atinente de la entrevista anterior.

(3) Como CS no aceptó la impugnación de credibilidad, la Fiscalía solicitó que leyera en voz alta el apartado pertinente de su declaración anterior, a lo cual procedió.

[...]

Descartados los precisos temas declarados por MC sobre los que versó la impugnación de credibilidad, encuentra la Sala que a partir de la prueba sobre el acceso del usuario de la acusada al sistema informático SPOA en orden a averiguar por las actuaciones penales adelantadas contra MC, además de las razones que éste recibió sobre la solicitud de dinero y, de manera especialmente importante, con la grabación que él mismo efectuó en asocio con OG, se consigue reconstruir el cuadro conjunto en orden a establecer que la doctora YH solicitó a CS, a través de terceras personas, una suma de dinero pretextando que su jefe FS conseguiría favorecerlo dentro del proceso adelantado en su contra por la Fiscalía 22 Seccional de Sincelejo por el delito de enriquecimiento ilícito cuando se desempeñó como alcalde del municipio de [...], además de asegurarse de que no sería privado de la libertad,

temática abordada a espacio en la referida conversación telefónica grabada».

**LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, imposibilidad de investigar nuevamente por los mismos hechos / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, sólo puede ser revocada de constatarse que el nombrado delinquirió dentro de los dos años siguientes a su emisión

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de J.A.M.L., condenado en ambas instancias como autor del delito de concierto para delinquir agravado., la Corte Suprema de Justicia concluyó que, como el procesado no cometió ningún delito en los dos años siguientes a haberse proferido resolución inhibitoria, su situación quedó definida y no era posible revocar de oficio esa decisión para investigarlo por los mismos hechos.

En consecuencia, la Corte casó la sentencia impugnada para, en su lugar, dejarla sin efecto y anular el trámite desde la resolución que inició la instrucción contra J.A.M.L., inclusive, de manera que quede a salvo y produciendo plenos efectos jurídicos la resolución de 24 de noviembre de 2006, por la cual la Fiscalía resolvió inhibirse de abrir investigación formal contra el recurrente.

**SP2227-2022(59734) de 29/06/2022**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

#### **RELACIÓN DE ANTECEDENTES**

1. J.A.M.L. militó como patrullero del Bloque Mineros de las Autodefensas Unidas de Colombia hasta principios de 2006, cuando se desmovilizó voluntariamente para acogerse a las previsiones de la Ley 782 de 2002.

2. Mediante resolución No. 198 de 2005, el entonces ministro del interior designó a R.V.M. como representante del Bloque Mineros de las A.U.C. y éste, en tal calidad, presentó al comisionado de paz el listado de integrantes de esa organización, uno de ellos, J.A.M.L.

3. Consecuente con lo anterior, J.A.M.L. concurrió voluntariamente ante las autoridades el 16 de enero de 2006 y manifestó su intención de reincorporarse a la vida civil bajo las condiciones de la Ley 782 de 2002.

4. En decisión del mismo día, la Fiscalía dispuso la apertura de investigación preliminar contra el nombrado y ordenó escucharlo en versión libre. En esa diligencia, que se llevó a cabo en horas de la tarde, J.A.M.L. reconoció haber sido patrullero de la aludida estructura delictiva por más de seis años.

5. El 24 de noviembre de 2006, el despacho profirió resolución inhibitoria en favor de J.A.M.L.

6. Pasados más de seis años, el asunto fue reasignado a otro despacho instructor, el cual, mediante decisión de 12 de marzo de 2013, resolvió revocar de oficio la resolución inhibitoria de 24 de noviembre de 2006 y, en su lugar, iniciar la instrucción contra J.A.M.L.

7. Luego de declarar a J.A.M.L. persona ausente y una vez resuelta su situación jurídica, la Fiscalía, en resolución de 18 de septiembre de 2017, lo acusó como autor del delito de concierto para delinquir agravado definido en el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, tal como fue modificado por la Ley 733 de 2002. El pliego de cargos quedó en firme el 9 de noviembre siguiente.

8. Agotada la fase de conocimiento, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia profirió la sentencia de 21 de marzo de 2019, por la cual condenó a J.A.M.L. a la pena de 72 meses de prisión.

9. El fallo de primer grado fue apelado por la defensa y el Tribunal de Antioquia, en decisión mayoritaria de 29 de enero de 2021, lo confirmó, con la modificación de reconocer al procesado una rebaja de una sexta parte de la pena impuesta por razón de su confesión. En tal virtud, la fijó en 60 meses de prisión.

10. El mandatario de J.A.M.L. presentó y sustentó el recurso extraordinario de casación.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**LEY 782 DE 2002** - Beneficios jurídicos / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, naturaleza / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, imposibilidad de investigar nuevamente por los mismos hechos / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, sólo puede ser revocada de constatarse que el nombrado delinquirió dentro de los dos años siguientes a su emisión / **LEY 782 DE 2002** - Cesación de procedimiento: resolución inhibitoria, diferente a la resolución inhibitoria contemplada en la Ley 600

«Desde ya la Sala anticipa que le asiste razón al demandante en su censura. En consecuencia, se casará la sentencia impugnada para dejarla sin efectos y se declarará la nulidad de la actuación desde la resolución de 12 de marzo de 2013, por la cual la Fiscalía, con ostensible violación de los derechos del procesado y de la estructura del procedimiento, dejó sin efectos la inhibitoria emitida en beneficio de J.A.M.L. más de seis años antes.

Mediante la Ley 782 de 2002, el Congreso de la República prorrogó la vigencia de la 418 de 1997 (ya extendida anteriormente con la Ley 548 de 1999) y modificó algunas de sus disposiciones.

Con ello, y en cuanto interesa resaltar ahora, quedó establecido en el artículo 60 de la norma base que se proferiría «resolución inhibitoria a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título - es decir, delitos políticos - y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada». De igual manera, el artículo 61 ibidem previó que esa determinación «(quedaría) sin efecto alguno si el beneficiario cometiere cualquier delito doloso dentro del término que dure su proceso de reintegración», en cuyo evento entonces "el funcionario judicial (revocaría) la providencia y (abriría) el proceso".

Después, con el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 se modificó el 468 del Código Penal y se fijó como regla que "incurrirá(n) en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos de guerrilleros o autodefensa".

El propósito de esos mandatos no era otro que el de «promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la

paz» y establecer las condiciones jurídicas para «entablar conversaciones y diálogos con las Organizaciones Armadas al margen de la ley», o lo que es igual, "facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley". En otras palabras, impulsar la finalización consensuada del prolongado conflicto que por décadas ha sufrido esta la nación.

De acuerdo con ese sistema normativo, la Fiscalía favoreció a J.A.M.L. con resolución inhibitoria.

[...]

En el estado actual de la discusión, ninguna duda cabe de que esa resolución fue equivocada, pues la aplicación por favorabilidad del desaparecido artículo 71 de la Ley 975 de 2005 (así en la sentencia que lo declaró inconstitucional no se le hayan dado efectos retroactivos a la decisión) no era admisible. Ello lo dejó decantado la Sala tiempo atrás (aunque mediante providencias posteriores a la emisión de la resolución inhibitoria acá examinada [...])

Sin embargo, más allá de la admitida incorrección de tal determinación, lo cierto, como atinadamente lo manifiesta la procuradora que intervino en esta sede, es que la misma, luego de transcurridos dos años, no podía ya ser revocada porque la situación jurídica de M.L. se encontraba consolidada, así fuere mediante una decisión cuyas premisas normativas ahora puedan afirmarse equivocadas.

[...] en la Ley 418 de 1997 la condición fijada por el legislador para la revocatoria de dicha resolución es que "el beneficiario cometiere cualquier delito doloso dentro de los dos (2) años siguientes a su concesión". En cambio, en el procedimiento ordinario puede rescindirse "de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriada, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla".

Por último - y esto es lo más importante para el caso que acá se examina -, en la legislación transicional se establece inequívocamente que de transcurrir dos años desde la emisión de la resolución inhibitoria sin que la persona investigada cometa otro delito de doloso «no (podrá) ser procesad(a) o juzgad(a) por los mismos hechos que dieron lugar a su otorgamiento». La decisión, pues, tiene ejecutoria material y

produce efectos análogos a los de la cosa juzgada. Ninguna regla similar existe en el sistema de la Ley 600 de 2000, en el cual, por el contrario, la inhibición no consolida ningún derecho sustancial para el procesado, de modo que su revocatoria procede en cualquier momento, sin otro límite temporal que el impuesto por la prescripción de la acción penal.

Así, la decisión de inhibición establecida en la Ley 418 de 1997 no es, aun cuando tenga igual denominación, la misma figura consagrada en el trámite penal ordinario. Se trata de una resolución inhibitoria sui generis, a la cual, valga enfatizar, se le atribuye legalmente el efecto diferenciado y especial de impedir definitivamente la investigación cuando, transcurridos dos años desde su emisión, la persona beneficiada con ella no ha cometido otro delito.

[...]

De lo expuesto deviene evidente la violación del debido proceso de J.A.M. - al igual que la perversión de la estructura del proceso - porque, como ya se dijo, una vez proferida la resolución inhibitoria, sólo podía ser revocada de

constatarse que el nombrado delinquirió dentro de los dos años siguientes a su emisión. Ello no sucedió. En el expediente no existe ninguna indicación de que M.L. haya incurrido en comportamientos delictivos luego de su desmovilización; por el contrario, y como lo anota acertadamente la procuradora, se constató que no registra ningún antecedente. En esas condiciones, no había lugar a revocar la inhibición - así quien asumió el caso después la reputare incorrecta o equivocada -, pues para entonces ya se encontraba en firme y produciendo el efecto jurídico atribuido por la ley (cual es, se reitera, el de truncar terminantemente la investigación por los mismos hechos).

El Tribunal reconoció la ocurrencia del vicio ("... el ente investigador... había revocado el auto inhibitorio anteriormente proferido por ilegalidad, toda vez que el delito que debía investigarse era el de concierto para delinquir... como lo dejó claro la jurisprudencia") pero no le atribuyó el efecto anulatorio que le corresponde, por el cual sí propugnó con tino la magistrada disidente».

---

**LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709):

valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, la readaptación y resocialización del interno, prevalecen sobre la gravedad de la conducta

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de M.P.H.A., contra el auto proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que denegó, por segunda vez, la libertad condicional.

La Corte revocó el proveído impugnado para, en su lugar, conceder la libertad condicional a M.P.H.A., previo pago de la caución y la suscripción del acta de compromiso.

En tal sentido, sostuvo que, aun cuando se trata de conductas graves, el propósito resocializador de la pena se satisfizo, por lo que era imperioso que, el Ejecutor, hubiese tenido en cuenta además de lo concerniente a la gravedad de la conducta, el proceso de resocialización de la

privada de la libertad, quien ha estado recluida desde el 31 de enero de 2015, mostrando allí, un buen desarrollo intracarcelario, sin reporte de incidentes disciplinarios; y, además, desempeñándose en programas de trabajo y estudio, todo lo cual apunta a afirmar que, su comportamiento, mientras purgó su sanción, fue ejemplar; razón por la que, estimó no necesaria la culminación del cumplimiento de la pena en establecimiento de reclusión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014..

**AP2977-2022(61471) de 12/07/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Fernando León Bolaños Palacios**

**RELACIÓN DE ANTECEDENTES**

1. Mediante sentencia SP5065-2015, Rad. 36784, de 28 de abril de 2015, la Sala de

Casación Penal declaró penalmente responsable a M.P.H.A., en su condición de Directora del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), como autora de los delitos de peculado por apropiación, concierto para delinquir agravado, concurso de dos falsedades en documento público, coautora de plurales delitos de violación ilícita de comunicaciones y varios delitos de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

2. Le impuso una sanción de 14 años de prisión; multas principal y accesoria por valor equivalente a 43.33 y 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes; inhabilitación intemporal de derechos y funciones públicas, de acuerdo con lo previsto en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política e inhabilitación de los demás derechos políticos, conforme lo prevé el artículo 44 del Código Penal, por idéntico término de la sanción privativa de la libertad. En el mismo fallo le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

3. Por los hechos que dieron origen a la condena, M.P.H.A., ha estado privada de la libertad desde el 31 de enero de 2015.

4. Por concepto de redención de pena, el Juzgado Ejecutor ha reconocido a M.P.H.A. 31 meses y 20,715 días.

5. El 11 de octubre de 2018, el apoderado de M.P.H.A., solicitó se le concediera el permiso administrativo de hasta 72 horas, el cual fue concedido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, el 19 de noviembre de 2018.

6. Previa solicitud elevada por el apoderado de la condenada, el 14 de octubre de 2020, mediante auto interlocutorio número 812, el Juez executor negó la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del Código Penal (Ley 599 de 2000), por expresa prohibición legal.

7. La solicitud de la defensa, en la que pretendía se le concediera a M.P.H.A., la prisión domiciliaria en calidad de madre cabeza de familia, fue resuelta el 6 de noviembre de 2020. Contra esa decisión, su apoderado judicial interpuso recurso de reposición, que fue resuelto con auto 1009 del 28 de diciembre de 2020, en el que se confirmó la negativa.

8. Con memorial radicado el 25 de febrero de 2021, el apoderado de M.P.H.A., solicitó al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas

de Seguridad de Bogotá, la libertad condicional en su favor.

9. La solicitud fue resuelta mediante auto del 7 de abril de 2021, en el que se le negó la pretensión y se reconoció redención por el equivalente a 1 mes y 7,81 días.

10. El defensor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, exclusivamente en cuanto a la negativa de la libertad condicional.

11. Mediante auto del 15 de septiembre de 2021, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la negativa de conceder la libertad condicional.

12. El 3 de diciembre de 2021, el abogado que representa los intereses de M.P.H.A., solicitó por segunda vez, se le concediera la libertad condicional.

13. Mediante auto del 14 de enero de 2022, el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, se pronunció sobre el cómputo de la restricción efectiva de la libertad, redención de la sanción por trabajo y negó nuevamente la libertad condicional.

14. Contra esa determinación, el 18 de enero de 2022 la defensa interpuso recurso de apelación, únicamente en lo atinente a la negativa de la libertad condicional.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Finalidad/ **PENA** - Fines / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Aplicación Ley 1709: Favorabilidad

«En este caso, los hechos por los cuales fue condenada M.P.H.A., se ejecutaron entre los años 2007 y 2008, lo que en principio impondría la aplicación de la modificación introducida por la Ley 890 de 2004, en tanto que era la norma vigente para esa época.

Sin embargo, por favorabilidad, el estudio de la libertad condicional deprecada se abordará de acuerdo con los parámetros contenidos en el artículo 64 del Código Penal (Ley 599 de 2000) con la modificación introducida por el artículo 30

de la Ley 1709 de 2014, tal como lo ha sostenido pacíficamente esta Corporación.

[...]

Ha indicado la jurisprudencia de esta Sala, que la concesión de la libertad condicional depende del cumplimiento de todos los requisitos enlistados en el precepto transcrito; pues, en su examen, el juez no puede prescindir de ninguna de las condiciones fijadas por el legislador, incluida, la valoración de la conducta, cuyo análisis es preliminar.

En torno a la valoración previa de la conducta punible, resulta pertinente recordar que es el fundamento basilar del recurso de alzada, pues fue este el requisito por el que el Juez ejecutor negó el subrogado.

En consecuencia, se ofrece pertinente tener en consideración lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-757 de 2014, mediante la cual examinó la constitucionalidad de la anotada expresión. [...]

Así las cosas, bien puede afirmarse que, la finalidad de la previsión contenida en el artículo 64 del Código Penal con sus respectivas modificaciones, no es otra, que relevar al condenado del cumplimiento de una porción de la pena que le hubiere sido impuesta, cuando el concreto examen del tiempo que ha permanecido privado de la libertad, de sus características individuales y la comprobación objetiva de su comportamiento en prisión o en su residencia, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar con la ejecución de la sanción.

[...]

Así, se tiene que: i) en la fase previa a la comisión del delito prima la intimidación de la norma, es decir la motivación al ciudadano, mediante la amenaza de la ley, para que se abstenga de desplegar conductas que pongan en riesgo bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal; ii) en la fase de imposición y medición judicial debe tenerse en cuenta la culpabilidad y los derechos del inculpaado, sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual; y iii) en la fase de ejecución de la pena, ésta debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción sociales.

[...]

Lo anterior, está indicando que el solo análisis de la modalidad o gravedad de la conducta punible no puede tenerse como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal, como pareció entenderlo el A quo, al asegurar que “no se puede pregonar la procedencia del beneficio denominado Libertad Condicional, pues ese pronóstico sigue siéndole desfavorable, en atención a la valoración de la conducta, circunstancia que no cambiará, (...) su comportamiento delictivo nació grave y no pierde sus características con ocasión del proceso de resocialización y rehabilitación dentro del tratamiento penitenciario”.

Por el contrario, se ha de entender que tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad actual y los antecedentes de todo orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social; por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el “impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes”.

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Resocialización del interno: prevalece sobre la gravedad de la conducta/ **PENA** - Funciones: prevención general y especial / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, la readaptación y resocialización del interno, prevalecen sobre la gravedad de la conducta/ **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: se aplica a un sujeto que recibió una condena, pero, del que se concluye que en su caso no es necesario la ejecución, o continuidad de la ejecución de la pena

«Aclarado tal aspecto, entra la Sala a estudiar todos y cada uno de los requisitos establecidos por el legislador para la concesión de la libertad condicional, en el caso concreto de M.P.H.A., anticipando que, la decisión objeto de impugnación, será revocada.

Análisis previo de la gravedad de la conducta

Conforme se estableció en el auto del 15 de septiembre de 2021, en la sentencia CSJ SP5065-2015, Rad. 36784 mediante la cual la

Sala condenó a M.P.H.A., para el ejercicio de individualización e imposición de la sanción, fueron tenidos en cuenta aspectos como la naturaleza de los punibles, la intensidad del dolo y el daño causado [...]

Elementos que sin duda han de ser considerados en la ponderación de la necesidad de continuación de la privación de la libertad.

Sin embargo, como ya indicó, el análisis de la modalidad de las conductas no puede agotarse en su gravedad y tampoco se erige en el único factor para determinar la concesión o no del beneficio punitivo, pues ello contraría el principio de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento penal, dado el carácter antropocéntrico que orienta el Estado Social de Derecho adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991; y al mismo tiempo desvirtuaría toda función del tratamiento penitenciario orientado a la resocialización.

La anterior es una de las maneras más razonables de interpretar lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-757 de 2014 (declaró exequible la expresión: “previa valoración de la conducta” del artículo 64 del Código o Penal), en el sentido que al analizar la procedencia de la libertad condicional el Juez de Ejecución de Penas deberá:

“establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado.”

Es así como el examen de la conducta por la que se emitió condena debe ponderarse con el fin de prevención especial y el de readaptación a la sociedad por parte del sentenciado, pues no de otra forma se cumple con el fin primordial establecido para la sanción privativa de la libertad, que no es otro distinto a la recuperación y reinserción del infractor, tal como lo estipulan los artículos 6° numeral 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10° numeral 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrados a nuestro ordenamiento interno por virtud del Bloque de Constitucionalidad (Artículo 93 de la Constitución Nacional).

Corolario de ello, un juicio de ponderación para determinar la necesidad de continuar con la ejecución de la sanción privativa de la libertad, debe asignarle un peso importante al proceso de readaptación y resocialización del interno, sobre aspectos como la escueta gravedad de la

conducta (analizada en forma individual); pues si así no fuera, la retribución justa podría traducirse en decisiones semejantes a una respuesta de venganza colectiva, que en nada contribuyen con la reconstrucción del tejido social y anulan la dignidad del ser humano.

[...]

Bajo ese entendido, la prisión debe entenderse como parte de un proceso que busca, no solamente los aspectos draconianos de las sanciones penales; entre ellos, que el conglomerado se comporte normativamente (prevención general); y que, tras recibir la retribución justa, el condenado no vuelva a delinquir (prevención especial); aunado a tales aspectos, las penas, en especial las restrictivas de la libertad, también se deben encaminar a que el condenado se prepare para la reinserción social, fin este que conlleva necesariamente a que el tratamiento penitenciario y el comportamiento del condenado durante este, sea valorado, analizado, estudiado y tenga consecuencias en la manera en que se ejecuta la sanción.

Lo anterior, justamente con el fin de incentivar en el infractor, esperanza y motivos para participar en su proceso de reinserción, asegurar la progresividad del tratamiento penitenciario, así como para brindar herramientas útiles al penado que le permitan prepararse para retornar a la vida en sociedad cuando recobre la libertad.

Entenderlo de otra manera, sería tanto como establecer una prohibición generalizada que no ha sido prevista por el legislador para todos aquellos eventos en los que la conducta se evidencie objetivamente grave.

En efecto, la exclusión de subrogados y beneficios para algunas conductas punibles ha sido materia de legislación expresa cuando así lo ha determinado la política criminal del Estado. A manera de ejemplo, el artículo 68 A del Código Penal (Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014), contiene una lista de delitos afectados por esas restricciones; norma que, en este aspecto concreto, no aplica al caso de M.P.H.A., por lo siguiente:

Es cierto que en el artículo 68 A, se excluye, entre otros delitos, al concierto para delinquir agravado, que es una de las conductas por las cuales se condenó a la implicada. No obstante, el parágrafo 1° de la misma norma establece:



“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el Art. 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el Art. 38G del presente Código.”

De igual manera, lo consideró la Sala de Casación Penal en auto CSJ AP3439 de 25 de junio de 2014, radicado 41752.

En ese orden de ideas, entender que la gravedad objetiva de la conducta es sinónimo de negación de la libertad condicional, equivaldría a extender los efectos de una prohibición normativa específica, sobre todos los casos que se estimen de notoria gravedad, sin haber sido así previsto en la ley; y tal expansión no es compatible con los derechos fundamentales de los condenados; pues los dejaría sin la expectativa de que su arrepentimiento e interés de cambio sean factores a valorar durante el tratamiento penitenciario, erradicando los incentivos y con ello, el interés en la resocialización, pues lo único que quedaría, es el cumplimiento total de la pena al interior de un establecimiento carcelario».

**LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): factor objetivo, que la persona haya cumplido las tres quintas partes de la pena, acreditación / **REDENCIÓN DE PENA** – Cómputo

Esta exigencia no es otra que el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena. En el caso en concreto, la condena impuesta fue de 14 años o lo que es lo mismo, 168 meses de prisión; por consiguiente, las tres quintas partes de 168 meses, equivale a 100,8 meses.

La procesada se encuentra privada de la libertad desde el 31 de enero de 2015, por lo que ha purgado en tiempo físico un total de 89 meses y 7 días.

Por redención de pena de conformidad con el cuadro incorporado en esta providencia, le han sido reconocidos un total de 31 meses y 20.715 días.

En suma, la procesada ha purgado un total de 120 meses y 27.715 días de prisión, por lo que, se concluye, que M.P.H.A., cumple con el requisito objetivo previsto en la normatividad».

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Factor subjetivo / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: factor subjetivo, reparación del daño a la totalidad de las víctimas / **LIBERTAD CONDICIONAL** – Procedencia

«[...] en lo que tiene que ver con el factor subjetivo, consistente en que de su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario pueda el Juez suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar ejecutando la pena, se anticipa que tal exigencia también concurre.

Lo anterior, en razón a que el tratamiento penitenciario que ha enfrentado M.P.H.A., ha cumplido con la finalidad resocializadora fijada al momento de la imposición de la sanción privativa de la libertad, pues durante el tiempo que ha permanecido recluida se ha dedicado a la reconstrucción de sus acciones mediante el trabajo y el aprendizaje.

En efecto, de lo consignado en el expediente se advierte que, estando en el establecimiento carcelario (desde el 31 de enero de 2015), la sentenciada ha desarrollado labores de agricultura urbana de manera continua (desde el mes de julio de 2015), lo que le ha representado redención de la sanción.

De manera responsable, adelantó el trabajo comunitario autorizado para amortizar la multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta por la comisión del delito de acto arbitrario e injusto; labor que desempeñó en la Secretaría de Integración Social con la modalidad de teletrabajo.

Aunado a lo anterior, como muestra de su interés por reintegrarse a la sociedad, efectuó labores artesanales en la confección de “Rosarios”, que donó a diferentes Parroquias de esta ciudad; y participó en cursos ofrecidos por el SENA, sobre “mentalidad de líder, formulación de proyectos en mi profesión, formación de líderes con talento, integrales y competitivos, manejo herramientas Microsoft office 2010 y catedra virtual de pensamiento empresarial”, actividades que, aun cuando no le han sido reconocidas para redimir la sanción, sí fueron consideradas por las autoridades penitenciarias como condiciones de “interés personal y enriquecimiento intelectual”.

En las certificaciones de conducta expedidas por las autoridades penitenciarias la han calificado como buena, sobresaliente y ejemplar, lo que sumado a la demostrada existencia de arraigo familiar y social, le ha permitido disfrutar del beneficio administrativo consistente en el permiso de salida del sitio de reclusión por 72 horas, desde el 19 de noviembre de 2018, tiempo en el que ha acogido los lineamientos

establecidos sin transgredir las normas de la autorización.

Del contenido de los autos de 23 de mayo y 20 de junio de 2017, se colige que pidió excusas públicas por los hechos en que se involucró y pagó los daños morales causados a Y.M.P., circunstancias que en la decisión pasada, se extrañaron y llevaron a que, junto con la valoración de la gravedad de la conducta, el beneficio se negara.

[...] como en párrafos anteriores se expresó, ella ya consolidó su proceso de readaptación y resocialización, al haber satisfecho la reparación del daño a la totalidad de las víctimas, requisito éste que, en su momento, la Corte analizó para concluir que su proceder no generaba un pronóstico favorable para su reintegración social.

En consecuencia, luego del análisis que de cada uno de los requisitos se ha adelantado, para la Sala, si bien la gravedad de la conducta resulta clara, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 4° del Código Penal, según el cual, la prevención especial y la reinserción social son las finalidades que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión;

las exposiciones sobre la prevención general y la retribución justa hacen parte del análisis que debe atender el fallador en escenarios previos.

Y ello es así, ya que acoger los planteamientos formulados en la providencia recurrida, apuntaría a la imposibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo en todos aquellos eventos en que la actuación se siga por delitos contra la administración pública; pues, precisamente, la tipificación hecha por el legislador de estas conductas como delitos, obedece a ese decoro y reproche que merece a quien se confiere la posibilidad de representar al Estado y que, pese a ello, actúa en contra de la institución que representa.

[...]

En esos términos, al no estimarse necesaria la culminación del cumplimiento de la pena en establecimiento de reclusión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, se revocará la decisión de primera instancia; y, en su lugar, se concederá la libertad condicional en favor de M.P.H.A».

---

**Diana Marcela Romero Baquero**  
**Relatora**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá