



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Agosto 08 de 2023 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>

DELITO - Elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto: concepto / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE**

ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, intención de suministro, sin fines de comercialización / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE**

ESTUPEFACIENTES - Se configura: con el suministro a cualquier título -gratuito u oneroso- de la sustancia estupefaciente / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE**

ESTUPEFACIENTES - Consumidor: dosis compartida / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida, no hay afectación a la salud pública / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo,

intención de suministrar y compartir la sustancia, puede ser conducta atípica

La Sala de Casación Penal, resolvió el recurso de casación promovido por el defensor de L.C.I.G. en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual confirmó -con modificaciones- el fallo emitido por el Juzgado 27 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, condenando a la mencionada procesada como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Lo anterior, al considerar que, la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada, generándose una duda sobre su responsabilidad.

Para el efecto, la Sala, reiteró su jurisprudencia relativa al porte de estupefacientes con fines de suministro, sin intención de distribución ni comercialización, en el que la conducta resulta atípica debido a la ausencia del elemento subjetivo diverso al dolo exigido para su tipicidad.

Al respecto, sostuvo que, el suministro a la persona con quien se posee una estrecha relación vital o el suministro para consumo compartido, son equiparables al consumo individual, debido al carácter autónomo y espontáneo de los consumidores y a la relación horizontal existente entre ellos.

Ello por cuanto, el peligro generado para la salud es meramente individual, y por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza al bien jurídico protegido por el artículo 376 del Código Penal.

SP228-2023(60332) de 21/06/2023

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 22 de julio de 2018, en la Estación de Policía Laureles, agentes de la Policía Nacional sorprendieron a L.C.I.G. llevando oculta entre su cabello una sustancia estupefaciente que resultó ser cocaína y sus derivados en un peso neto de dos gramos, cuando se dirigía a visitar a su novio, que se encontraba privado de la libertad en ese lugar de reclusión transitoria.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITO - Elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto: concepto / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Configuración: el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución /

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la carga de la prueba radica en la Fiscalía General de la Nación / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, si es para el consumo, la conducta es atípica / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: consumidor, la dosis se determinará en cada caso concreto (puede ser superior a la legalmente establecida, siempre que sea necesaria para el consumo del sujeto) / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la cantidad de alucinógenos no es el factor determinante, pero se valora como indicador de la finalidad del agente

«[...] ha sido pacífica la jurisprudencia actual de la Corte, respecto del delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes del artículo 376 del Código Penal, en cuanto a que el verbo rector «llevar consigo» exige para la configuración del hecho punible de un elemento subjetivo especial o finalidad específica, diversa del dolo, relativa a que el porte tenga como propósito la venta, distribución o suministro a cualquier título, de suerte que la sola conducta de llevar consigo es por sí misma atípica, mientras la Fiscalía no demuestre alguna de aquellas finalidades. Además, en virtud de la misma estructura del proceso penal, la carga de probar ese propósito especial del porte del estupefaciente recae sobre la Fiscalía.

Así mismo, la Corte ha precisado que los problemas relativos al porte de estupefacientes deben ser resueltos dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad y no en el de la antijuridicidad, entendiéndose con ello que el ánimo que alienta la realización de esa conducta, como elemento subjetivo adicional del tipo penal, está condicionado por los fines que se persiguen con su ejecución. [...]

En esa medida, la Sala ha consolidado la tesis de que en aquellos casos en los cuales el porte de estupefacientes este destinado al consumo personal, la conducta es atípica, pues de la Constitución (particularmente, de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana) se deriva un permiso al

respecto, razón por la cual, el tipo penal no puede cobijar el uso individual de alcaloides.

[...]

Así mismo, se ha precisado que, aun cuando se reputa como categoría vigente el concepto de dosis personal, aparte de su función reductiva (será impune portar cantidades que no superen ese rango, a excepción de los casos asociados al tráfico o distribución), no es un criterio suficiente para determinar la prohibición inserta en el tipo penal, cuando se admite que independientemente de la cantidad de sustancia estupefaciente que un individuo lleve consigo, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir el psicotrópico.

De esta manera, ha cobrado importancia la orientación que frente al delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala, en el sentido de considerar el ánimo -de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición. Se trata, se reitera, de un problema de tipicidad de la conducta, en tanto opera, dentro del injusto típico, como circunstancia excluyente del tipo indiciario.

Así, la Corte ha reconocido la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto, que se relaciona con aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita, con lo que se completa su tipicidad del comportamiento en el plano material.

En suma, ha dicho la Sala, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas

sintéticas, se ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarlas a su distribución o comercio, como fin de la norma.

Igualmente, se ha recalcado que ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado, dentro del principio de la libertad probatoria, a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal»

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, intención de suministro, sin fines de comercialización / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Se configura: con el suministro a cualquier título -gratuito u oneroso- de la sustancia estupefaciente / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Consumidor: dosis compartida, no hay afectación a la salud pública / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de suministrar y compartir la sustancia, puede ser conducta atípica

«[...] la Sala debe dejar por sentado que, contrario a lo sostenido por el recurrente, con respaldo de los demás sujetos procesales intervinientes en la audiencia de sustentación, en este caso en particular, la Fiscalía sí demostró, más allá de cualquier duda razonable, que la sustancia incautada a la acusada tenía como propósito el suministro a FR, su compañero sentimental, a quien pretendía visitar.

A falta de una prueba testimonial que así lo demuestre, como pareciera reclamar el demandante, las instancias llegaron a esa conclusión por vía inferencial. Así, resulta razonable que del hecho constatado de que IG se aprestaba a visitar a su novio FR, recluso de manera transitoria en la estación de policía, para llevarle sus alimentos, se puede inferir que la sustancia que portaba oculta entre el cabello tenía como destinación su suministro. Obviamente, esa intención no se deriva del simple nerviosismo advertido en la mujer, como lo supone el Tribunal, pues acaso esa circunstancia apenas pudo hacer sospechar a los

uniformados en la posibilidad de que portara algún elemento prohibido que quería ingresar a ese lugar.

Lo que en verdad sí resulta revelador frente a los fines del porte del psicotrópico es que se intentara por la portadora su ingreso a un lugar que por sus propias características disciplinarias era de visita restringida y que en ese establecimiento se sometía a los visitantes a estrictas medidas de registro y control, como claramente lo relataron los patrulleros YJA y GJVM.

No resulta razonable que en esas condiciones la procesada IG, cuya visita estaba estimada en 15 minutos, portara dos gramos de cocaína y sus derivados para su exclusivo consumo dentro del centro de reclusión. Ese no es el escenario regularmente empleado para la ingesta individual y exclusiva de un visitante que porta consigo, al ingresar, la sustancia estupefaciente. Al contrario, del hecho indicador referido se puede inferir razonablemente que no podía tener otro propósito diferente a suministrar, a cualquier título, la base de cocaína escondida en su cabello.

Ahora, también es cierto que no existe ninguna evidencia en el sentido de que su intención fuera la de un suministro generalizado dentro del centro de reclusión, por ejemplo comercializando el psicotrópico entre el personal confinado. Lo más probable, sin duda, de acuerdo a las circunstancias vistas, es que se propusiera suministrar las siete papeletas contentivas del alucinógeno a su compañero sentimental FR, tal y como fue planteado por las instancias al valorar los hechos indicadores derivados de los medios de conocimiento incorporados a la actuación, o que en esa acción de portar buscara compartir con él su consumo.

[...]

No existe una explicación alternativa diversa que pudiera resultar plausible, como por ejemplo que la portara para su exclusivo consumo personal dentro del penal o que la llevara consigo, de paso, para su propio consumo una vez abandonara el lugar de reclusión.

En esas condiciones, se tiene por probado que la procesada portaba sustancia estupefaciente que superaba la prevista como dosis para el consumo personal, conforme a las definiciones del literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986; y, según se infiere razonablemente, se puede concluir que su

intención era la de compartir su consumo y/o suministrar la droga a su compañero. En este caso, las dos son formas de suministro. No hay evidencia, se reitera, en el sentido de que se propusiera distribuir el alucinógeno a un mayor grupo de personas.

Así, entonces, se ofrece indubitada la intención de la acusada de suministrar el estupefaciente incautado, sin que, en principio, pueda resultar relevante como manifestación de atipicidad de la conducta el hecho de que en ese propósito no quisiera derivar algún lucro económico para ella, como lo asegura el recurrente, puesto que el tipo penal se estructura con el suministro a cualquier título -gratuito u oneroso- de la sustancia estupefaciente.

De igual manera, debe subrayarse que, en principio, la acreditada condición de consumidora habitual de la procesada IG, según fue estipulado entre las partes, no la exime de responsabilidad penal cuando, como en este caso, se demostró por la Fiscalía que el propósito de portar el estupefaciente en esa oportunidad estribó en el ánimo de suministrarlo.

Ahora bien, bajo el sentido las dos hipótesis referidas -consumo compartido y/o suministro a su compañero-, que pueden ser concurrentes o disyuntivas, como probables en relación con el suministro de la sustancia incautada, es que la Corte dejó planteada en la decisión atrás mencionada la posibilidad de que el exceso de los límites cuantitativos de la dosis personal de la sustancia llevada consigo podría responder, a más del consumo personal para la persona adicta o dependiente, a otros factores que igual no son representativos de afectación a la salud pública, entre los que se mencionó el consumo propio de carácter recreativo, el consumo de iniciados y de no iniciados, el abastecimiento para consumos futuros o el consumo en dosis compartidas:

[...]

Este contexto se identifica, generalmente, con el riesgo o no de un consumo general e indiscriminado, por lo que quedan fuera del alcance de la prohibición penal diversas circunstancias que, miradas en concreto, no poseen la misma naturaleza del porte de una persona que se propone destinar la sustancia para satisfacer su deseo de consumir el estupefaciente como manifestación del ejercicio de su libertad individual y, concretamente, del derecho del libre desarrollo de su personalidad.

Así, existe un elemento común a cada uno de esos propósitos, formulados en su momento por la Corte a manera de ejemplo, no en orden taxativo: el portador, como consumidor habitual u ocasional, no se plantea la distribución de la sustancia a sujetos indeterminados; y, lleva consigo la droga para su consumo personal o para suministrarla y compartirla, sin ánimo de lucro, con un estrecho círculo de individuos con los que detenta una relación personal, permanente u circunstancial. De allí que la Corte dejó planteados conceptos tales como la dosis de aprovisionamiento y la dosis para el consumo compartido, como circunstancias con características similares, desde el tipo penal, al consumo exclusivo y personal de las sustancias psicotrópicas.

De ese modo, se subraya, en cada contexto es posible advertir situaciones como las de quienes adquieren sustancias estupefacientes destinadas para su exclusivo consumo personal o para compartir su ingesta con un grupo de amigos, allegados o conocidos, de manera ocasional y en un círculo íntimo (dosis compartida), sin que exista algún riesgo de difusión generalizada.

En rigor, diversos eventos en que las personas entregan estupefacientes o los comparten, pueden corresponder a formas de suministro, que, sin embargo, tampoco encajan dentro de la estructura típica del artículo 376 del Código Penal.

Se trata, por ejemplo, de relaciones entre personas que mantienen una estrecha comunidad de vida, siempre y cuando ese suministro del estupefaciente ocurra entre adultos, bajo una mutua voluntad y un definido propósito de quien la recibe para su exclusivo consumo, lo que es posible entenderlo como un criterio extensivo de la ausencia de tipicidad, en tanto se mantiene el espectro de la configuración constitucional del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de ellos.

De esa manera, en el presente caso, quedó claro que la acusada IG se proponía ingresar al centro donde se encontraba recluso su compañero sentimental -mayor de edad- una cantidad de estupefaciente que, aunque pequeña, superaba la reglada como dosis para el consumo personal. Además, por lo que atrás se ha reseñado, carece de sustento la tesis presentada por la defensa referida a que dicha droga la portaba con el único fin de su exclusivo consumo personal.

Sin embargo, como se ha resaltado, perviven dos hipótesis, plausibles por igual: la primera, que su intención haya sido ingresar la sustancia para compartirla con su novio FR; y/o, la segunda, que quisiera suministrársela a él para su consumo personal.

Cualesquiera de las dos posibilidades resulta atípica, debido a la ausencia del elemento subjetivo diverso al dolo exigido para la tipicidad de la conducta, en tanto, de acuerdo a lo que fue probado en la actuación, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza al bien jurídico protegido por el artículo 376 del Código Penal.

La primera de esas posibilidades, por cuanto, según se ha referenciado, el consumo compartido termina por equipararse al individual, debido al carácter autónomo y espontáneo de los consumidores y a la relación horizontal existente entre ellos, no obstante la naturaleza colectiva de la actividad.

La segunda, porque el suministro a la persona con quien se posee una estrecha relación vital, en cuanto sea un acto libre y voluntario e igualmente horizontal, se encuentra asociada a relaciones de confianza y responsabilidad mutua que hacen propio el peligro para la salud personal asumidos como parte de su vida común.

En suma, para la Sala es evidente que a la procesada la alentaba el interés de suministrar la droga que le fue incautada, en tanto resulta irrazonable que su propósito estuviera trazado por el ingreso del alucinógeno a la estación de policía que cumplía las funciones de centro carcelario con el objeto de satisfacer de manera excluyente en ese lugar sus necesidades de consumo durante una visita programa para 15 minutos.

Sin embargo, a partir de las hipótesis alternativas que se vienen planteando como razonables -la posibilidad de compartir su consumo con su compañero sentimental o de, simplemente, suministrar a éste la sustancia para su consumo dentro de la estrecha comunidad de vida que compartían-, debe concluirse que la Fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada, generándose una duda sobre su responsabilidad, por lo que la Sala la absolverá en aplicación del principio in dubio pro reo - artículo 7 Ley 906 de 2004-.

Así, develados los errores de raciocinio en la decisión confutada, tiene que declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7° y 381), en razón a que debe concluirse en la atipicidad del comportamiento desplegado por LCIG».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), evolución normativa, municipios del Valle del Cauca / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), no se hace extensiva a la segunda instancia, en la que debe atenderse el factor territorial / **COMPETENCIA** - Excepcional: Respeto el factor territorial, segunda instancia

La Sala de Casación Penal definió que, la autoridad judicial competente para conocer el recurso de apelación instaurado por la defensa de C.A.G.O. contra la decisión emitida por el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Guadalajara de

Buga, a través de la cual negó la libertad por vencimiento de términos, es el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali.

Dicha decisión se fundamentó en que: i) es el superior del Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante que profirió la decisión recurrida; ii) el juzgamiento se desarrolla en la ciudad de Cali, ante el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado, en etapa de audiencia preparatoria; y, iii) la sede judicial de Cali está incluida en el Acuerdo PSAA10-7495, para la resolución de los asuntos de control de garantías de primera instancia, designados al juez ambulante de Buga.

AP1813-2023(63985) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Ante el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Cali, se adelanta el proceso penal en contra de C.A.G.O. y otros, a quienes se les atribuyó su pertenencia a un Grupo Delictivo Organizado -GDO-, por los delitos de concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, este último simple y agravado.
2. El 28 de abril de 2023, la defensa de C.A.G.O. radicó solicitud de libertad por vencimiento de términos ante los Juzgados Penales Municipales de Cali con Función de Control de Garantías.
3. El asunto le fue repartido al Juzgado 21 de esa especialidad y ciudad que, el 11 de mayo siguiente, lo remitió por competencia a los Juzgados de su misma categoría Ambulantes de Buga, por involucrar a un Grupo Delictivo Organizado.
4. El caso se asignó al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Guadalajara de Buga, el cual, en audiencia celebrada el 16 de mayo de 2023, le negó a C.A.G.O. la libertad por vencimiento de términos. La decisión fue apelada por la defensa.
5. El recurso se concedió ante los Jueces Penales del Circuito de Buga con Función de Conocimiento, correspondiéndole al Juzgado 1° Penal del Circuito de Buga que, el 17 de mayo, rehusó la competencia. En sustento, expresó que, si bien el Juzgado de Control de Garantías Ambulante de ese lugar llevó a cabo la audiencia preliminar, esa competencia especial no puede hacerse extensiva a la segunda instancia, ni tergiversar la competencia objetiva territorial del asunto, que se ubica en Cali donde se desarrolla el juzgamiento. En consecuencia, envió el asunto a los juzgados de esa ciudad.
6. Repartido al Juzgado 4° Penal del Circuito de Cali, por medio de auto del 26 del mismo mes expresó que, a su juicio, la competencia radica en el juzgado remitente, de conformidad con la asignación especial de segunda instancia

prevista en el artículo 20 del Acuerdo PSAA10-7495 de 2010.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), evolución normativa, municipios del Valle del Cauca / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), no se hace extensiva a la segunda instancia, en la que debe atenderse el factor territorial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez Penal del Circuito: competencia, en segunda instancia, factor territorial / **COMPETENCIA** - Excepcional: Respeto el factor territorial, segunda instancia

«Para la solución del caso particular, en el que la controversia en segunda instancia se presenta entre juzgados de Cali y Buga, debe partirse por precisar que, el artículo 15 del Acuerdo PSAA10-7495, creó un Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante "con sede en la ciudad Cali, para atender la función de control de garantías en los municipios de El Dovio y Versalles".

Posteriormente, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PCSJA17-10750 de 2017, el cual, en su artículo 13 adicionó el Acuerdo PSAA10-7495, en el sentido de extender la competencia del "Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulantes con sede en la ciudad de Cali (...) para atender la función de control de garantías en los municipios de Buenaventura, Cartago, Cali, Jamundí, Jumbo, además de los señalados en el artículo quince del Acuerdo No. PSAA10-7495 de 2010".

Luego, el Acuerdo PCSJA19-11379 del 6 de septiembre de 2019, modificó, nuevamente, la competencia de dicho despacho judicial.

Allí se dispuso "Adicionar el artículo 15.º del Acuerdo PSAA10-7495 de 2010, en el sentido de que el Juzgado Penal Municipal con Función de

Control de Garantías Ambulantes con sede en la ciudad de Buga tendrá competencia para atender la función de control de garantías en los municipios de Buga, Tuluá, Calima, Restrepo, Yotoco, Caicedonia, Alcalá, Ansermanuevo, Argelia, El Águila, El Cairo, La Victoria, Obando, Ulloa, Guacarí, Ginebra, La Unión, Toro, Roldanillo, Bolívar, El Dovio, Sevilla, Andalucía, Bugalagrande, Riofrio, San Pedro, Trujillo y Zarzal, además de los ya señalados en ese acuerdo y en el artículo 13 del Acuerdo PCSJA17-10750 de 2017".

Y finalmente, a través de oficio CSJVC-VEVM-0311, el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca determinó que la función de control de garantías ambulante es desempeñada "en el Valle del Cauca", únicamente, por el Juzgado Penal Municipal con función de control de garantías ambulante de Buga, quien atiende los asuntos relacionados con integrantes de GAO y GDO en los distintos municipios de ese departamento, incluyendo los de Cali, justamente, en acatamiento de los Acuerdos previamente citados.

Tal fue la razón para que el titular del Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Buga admitiera en la decisión del 16 de mayo de 2023 estar facultado para tramitar en primera instancia la solicitud de libertad por vencimiento de términos, frente a la cual se instauró el recurso de apelación.

En esencia, porque tales actos administrativos enseñan que su competencia se extiende, entre otras localidades, a la ciudad de Cali, sin que para ello sea óbice que no pertenezca al mismo distrito judicial, ni se encuentre en esa sede territorial.

Lo anterior, como base esencial para determinar que, conforme a la atribución especial que quedó explicada, es claro el alcance de la competencia del juzgado de control de garantías ambulante con sede en Buga para los asuntos que se desarrollan en Cali.

A partir de allí, advierte la Corte que ello no implica per se que en la ciudad de Buga deba concentrarse la resolución de absolutamente todos los asuntos de control de garantías que comprometen a miembros de GAO o GDO en el Valle del Cauca.

Emerge evidente que los mencionados Acuerdos destinan la competencia en Buga de los asuntos de Ley 1908 de 2018 que se desarrollan en

diferentes lugares del Valle del Cauca, pero, eso es claro, exclusivamente para el juzgado penal de control de garantías con categoría de Ambulante.

Sin que ello deba hacerse extensivo, de plano, al juzgado penal del circuito que ejerce la función de segunda instancia, pues, frente a este, en particular, sí debe atenderse el factor objetivo territorial de competencia.

Para ello, el mismo Acuerdo PSAA10-7495 de 2010, en su artículo 20, dispone: "la segunda instancia de las actuaciones realizadas por los juzgados municipales con función de control de garantías creados en este Acuerdo, será ejercida por los jueces penales del circuito de las sedes judiciales establecidas en este Acuerdo para los jueces ambulantes, por reparto".

Por su parte, funcionalmente, el artículo 36 de la Ley 906 de 2004, confiere la competencia a los jueces penales del circuito para resolver los recursos de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales con función de control de garantías.

Y a su turno, el artículo 178 del mismo Estatuto, especifica que la apelación contra autos se concederá ante el superior.

A partir de ese marco normativo, concluye la Sala que la competencia para conocer el recurso de apelación recae en el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cali, con fundamento en tres razones.

La primera, de carácter jerárquico y funcional, debido a que es el de categoría superior al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante que profirió la decisión recurrida.

La segunda, de carácter objetivo territorial, en razón a que el juzgamiento se desarrolla en la ciudad de Cali, ante el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado, en etapa de audiencia preparatoria.

Y, la tercera, acorde con la norma especial de competencia territorial prevista en el Acuerdo PSAA10-7495, en el entendido que, la sede judicial de Cali está incluida en el mismo, a la cual, para la resolución de los asuntos de control de garantías de primera instancia, se le designó el juez ambulante de Buga.

Por consiguiente, la actuación será devuelta al Juzgado 4º Penal del Circuito de Cali, para que

asuma el conocimiento del recurso de apelación instaurado contra la decisión del 16 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Penal Municipal

con Función de Control de Garantías Ambulante de Guadalajara de Buga».

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

EN SALUD - Recursos: su recaudo y administración se hace por medio de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) /

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

EN SALUD - Recursos: son parafiscales /

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

EN SALUD - Empresa prestadora de salud:

puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado la prestación de servicios de salud, el contratista no adquiere la calidad de servidor público / **SISTEMA GENERAL DE**

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa

prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, sin que de ello se derive delegación o sujeción legal de los contratistas respecto de la

prestación del servicio de salud / **SISTEMA**

GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

- Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, los contratistas no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD**

SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de

salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el pago por la prestación ingresa al peculio privado del contratista y pierde la connotación de parafiscal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD**

SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de

salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el régimen contractual es privado, no se les puede vincular con los delitos de contratación estatal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL**

EN SALUD - Empresa prestadora de salud:

requisitos generales de contratación indicados por la Ley 100 de 1993, prohíbe la intermediación innecesaria

Examinó la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, a través de la cual confirmó, con modificaciones en la institución a favor de la cual se deben pagar los perjuicios, la emitida en primera instancia, por el Juzgado 12 Penal del

Circuito de esta ciudad, que condenó a MLFT, JLNG, JHCI, MHLA, CAPO, MCCJ, JAEM y ÉARG, los dos primeros en calidad de determinadores y los demás a título de coautores, como responsables de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación, a la pena principal de 90 meses de prisión, multa en cuantía de \$4.317.146,799.84, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la privación de libertad.

La sala casó parcialmente para: (i) revocar la condena por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, a favor de todos los acusados y por virtud de demostrarse atípica la conducta; (ii) modificar la calidad en que responden EARG, MCCJ y JAEM, para definirlos intervinientes del delito de peculado por apropiación en favor de terceros; y (iii) reducir el valor de los perjuicios con directa incidencia en la pena de multa, a la suma de \$ 3,411.367. 363,84.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala de Casación Penal redosificó la pena impuesta a los procesados y negó los subrogados de suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, por no cumplirse los presupuestos que los gobiernan.

En esta oportunidad, la Corte analizó la condición de servidores públicos de los acusados y la naturaleza de los contratos celebrados por las Empresas Prestadoras de Salud con Instituciones Prestadoras de Salud o privados, temas respecto de los cuales concluyó:

1. No se discute que los dineros destinados a la prestación del servicio básico de salud, a través del SGSSS, de conformidad con lo que expresamente dispone la Ley 100 de 1993, corresponden a bienes parafiscales, en seguimiento de lo establecido en el artículo 338 de la Carta Política.

2. Acorde con ello, las personas que se ocupan de su recaudo o administración, sea por vía directa por tratarse de una entidad pública o

por delegación expresa de la ley, se entienden servidores públicos para esos específicos efectos.

3. En consecuencia, esas personas o entidades están obligados, con imperativo directo, a recaudar y administrar esos dineros dentro de la estricta sujeción legal que, para el caso, detalla la Ley 100 de 1993.

4. A su vez, dada la calidad de servidor público, atada al recaudo y administración de dineros parafiscales, dichas personas responden penalmente, en caso de distracción o mal uso de ellos, a título de autores del delito de peculado por apropiación, acorde con lo que disponen los artículos 20 y 397 del C.P.

5. La Ley 100 de 1993, solo delega el recaudo y la administración de los dineros destinados a la salud, provenientes del SGSSS, a las EPS, en tratándose de entes privados, sin que igual ocurra con las IPS privadas o profesionales independientes, en quienes no se subdelega dicha tarea u obligación solo porque contratan con las EPS.

6. Los contratos que celebran las EPS privadas, con IPS de igual naturaleza, se regulan por el derecho privado y obedecen a sus normas.

7. En consecuencia, dado que se trata de un contrato de prestación de servicios entre dos entidades privadas, o entre una EPS de esta calidad y un profesional independiente, el pago por la prestación, recibido por la IPS o el profesional, ingresa a su peculio privado, momento en el cual pierde su connotación de parafiscal.

8. Sólo pueden reputarse contratos estatales y, en consecuencia, signados por la Ley 80 de 1993 y normas subsecuentes o, cuando menos, pasibles de atender sus principios, aquellos en los cuales interviene, a título de contratante, una entidad pública.

9. En consideración a esto, los contratos celebrados entre EPS e IPS privadas, no son estatales y, consecuentemente, a quienes los celebraron no se les puede vincular con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

SP064-2023(61125) de 01/03/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Salvamento parcial de voto

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. LNG, Gerente General de C COOPERATIVA, se propuso favorecer a los asociados a esta, para lo cual estimó necesario entregarles contratos de prestación de servicios de salud, que se pagaban con fondos parafiscales a cargo de la EPS C.

2. Con tal cometido, conformó un equipo de trabajo liderado por MLFT, a quien se asignó el cargo, recién creado, de Gerente Corporativo de Salud, e integrado con MHLA, Director Nacional de Salud y CAPO, Jefe Nacional de Alto Costo.

3. En seguimiento de las directrices trazadas por el Gerente General de la COOPERATIVA, la EPS pactó dos contratos con MO, cuyos socios, habían pasado a ser, a la vez, seis meses antes, socios de la COOPERATIVA: el primero, para la atención integral de pacientes de VIH SIDA, y, el segundo, carta-acuerdo, para realizar cirugías represas de implantación de prótesis de cadera y rodilla.

4. Ambas negociaciones fueron realizadas a partir de la orden de MLFT y la concurrencia de su equipo, en particular, CAPO y MHLA, contando también con la conformidad del Gerente de la EPS, JHCI, quien firmó el primer contrato y cohonestó el efecto de la Carta-acuerdo.

5. En esas negociaciones, se pasó por alto que MO no cumplía con los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, y los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 41 del Decreto 2309 de 2010, para actuar como contratista de servicios de Salud adquiridos por las EPS en aras de cubrir las necesidades básicas de sus afiliados, pues, a más de carecer de habilitación legal para actuar como IPS, no contaba con medios patrimoniales y logísticos que le permitieran atender a la población beneficiaria.

6. En atención a estas limitaciones patrimoniales y logísticas, finalmente, MO terminó realizando una indebida e ilegal intermediación que representó un enorme detrimento respecto de los recursos de la salud manejados por la EPS, pues, esta se hallaba en

posibilidad de atender por sí misma las prestaciones contratadas -tanto que, finalmente, su red fue la utilizada para materializar la prestación de los servicios o contratarlas con sus proveedores directos.

7. Además del detrimento patrimonial inserto en la intermediación, la prestación del servicio de salud por parte de MO implicó recibir pagos con sobrecostos, doble facturación respecto de gastos y prestaciones no adelantadas efectivamente -pacientes ya fallecidos, no registrados, que no pagaron sus cuotas de afiliación o fueron atendidos por otras IPS-, e incluso, respecto de cuentas glosadas.

8. Ello, pese al control que de la prestación del servicio debían realizar los altos empleados de la EPS, esto es, JHCI, CAPO y MLA, quienes, además, habilitaron el pago de esas cuentas cumpliendo órdenes verbales de LNG y MLFT.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Recursos: su recaudo y administración se hace por medio de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Recursos: son parafiscales / **APORTES PARAFISCALES** - Concepto / **SERVIDOR PÚBLICO** - Concepto: en penal, las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política, contribuciones fiscales y parafiscales

«A lo largo del proceso se ha discutido la naturaleza jurídica de la labor que presta la [...], pues, pese a tratarse de una entidad privada, aspecto que no es objeto de controversia, en tanto, pertenece al conglomerado [...] y se registra en la Cámara de Comercio como sociedad anónima, ha sido advertido que en razón a la labor concreta desarrollada y, particularmente, por virtud de que se le ha delegado la administración de dineros públicos, esto es, fondos parafiscales, debe entenderse servidores públicos transitorios a quienes se encargan de esa tarea administrativa.

En el fallo de segundo grado, por razón de similar discusión planteada por la defensa, se hizo claridad al respecto, con cita adecuada de las normas consignadas en la Ley 100 de 1993, y de

la jurisprudencia expedida por esta Corte y la Constitucional.

En este sentido, para no reiterar la argumentación, la Sala verifica que, en efecto, las cuotas que recibe la [...] de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, corresponden a dineros parafiscales, dada su destinación específica.

Sobre el particular, el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, modificado por el artículo 2° de la Ley 225 de 1995, detalla:

Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.

Acerca de las características de las contribuciones parafiscales, así se pronunció la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 182 de la Ley 223 de 1995 (“Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”):

según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son éstas: (...)

1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa.

5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

Y esto dejó sentado la Corte Constitucional, respecto de los recursos del SGSSS:

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación que ha manifestado precisamente que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son parafiscales en la medida en que se cobran de manera obligatoria a un grupo de personas cuya necesidad en salud se satisface con tales recursos. Las contribuciones parafiscales han sido definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado grupo y se utilizan en beneficio de ese mismo sector. Se trata de una forma de intervención del Estado en la economía destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional. Es su afectación dirigida a un propósito específico la característica fundamental de estos recursos.

A su turno, los artículos 156, literal d, 177, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993, que regulan en su integridad la prestación del servicio de salud, determinan con claridad que los dineros entregados como aportes por los beneficiarios del mismo, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS, pero se delega su recaudo a las EPS.

La dinámica del sistema dispone, de igual manera, que de esos dineros recaudados de sus afiliados, las EPS tomen lo correspondiente a la Unidad de Pago por Capitación, no otra cosa que la suma individual reconocida por el Estado a la entidad, por cada afiliado, para que con ella atienda sus necesidades integrales de salud; la diferencia entre lo captado por cada afiliado y la UPC, debe entregarse por la EPS al Sistema.

Como quiera que los dineros recibidos de los afiliados necesariamente deben destinarse a los servicios integrales de salud, la EPS solo puede adelantar una administración restringida de ellos, al punto que han de ser consignados en una cuenta especial, distinta de las propias de la empresa.

El artículo 20 del C.P., establece:

Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Respecto del último grupo citado en la norma, esto es, "personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política", es preciso señalar que en este se mencionan las "contribuciones fiscales y parafiscales".

Entonces, como lo advierten los juzgadores ordinarios en sus fallos, en tratándose de [...], dada su directa función de recaudo y administración de bienes públicos, en este caso, de recursos parafiscales propios del SGSSS, las personas que al interior de la empresa cumplen con esa específica tarea han de estimarse servidores públicos "para todos los efectos de la ley penal".

Cuando se trata del recaudo y administración de recursos parafiscales, la razón de que se estime servidores públicos a dichas personas, no surge de cualquier tipo de actividad contractual en la que determinada entidad pública delegue esa administración o le obligue a cumplir específico

servicio público a cargo de la misma, sino de la naturaleza de la empresa y las atribuciones que directamente le entrega la normatividad legal, Ley 100 de 1993.

Por ello, precisamente, la función pública no puede definirse transitoria, como cuando deriva de un contrato, sino permanente, mientras la empresa actúe como EPS, pues, en atención a la razón de su creación y funcionamiento, habrá de cumplir con la tarea de recaudo y administración dentro de esos límites atemporales.

Aquí, la Corte debe significar que, si bien, los dineros no ingresaron al patrimonio estatal, en un plano material, dada la intermediación de la EPS en el recaudo, ello no significa que jurídicamente esos dineros dejen de pertenecer, o mejor, no hayan ingresado al patrimonio público, pues, expresamente el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, detalla que los ingresos, entregados a dichas empresas, pertenecen al SGSSS.

Se erige este, así, en un primer factor, de origen legal, que habilita la condición de servidores públicos de quienes administran los fondos parafiscales en la entidad privada, EPS, en tanto, la actividad de recaudo y administración desarrolla una labor eminentemente estatal, por delegación»

SERVIDOR PÚBLICO - No se acredita la calidad

«Acorde con lo anotado, la Corte debe significar que, en efecto, quienes se encargan de la labor de recaudo y administración de los dineros entregados por los cotizantes o beneficiarios del SGSSS, entendidos parafiscales, al interior de una EPS privada, en lo que se estudia, efectivamente deben ser considerados servidores públicos para efectos penales.

[...]

La Corte considera, así, que NG y FT, no fueron ni actuaron como servidores públicos.

No sobra precisar, eso sí, que esta manifestación, en la práctica, carece de efectos respecto de la condición penal y consecuente responsabilidad que se atribuye a ambos acusados, como quiera que, se reitera, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, la Fiscalía y los mismos falladores asumieron y así expresamente lo consignaron, que estos responden en calidad de determinadores, calidad jurídica que mantendrá la Corte».

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado la prestación de servicios de salud, el contratista no adquiere la calidad de servidor público / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, sin que de ello se derive delegación o sujeción legal de los contratistas respecto de la prestación del servicio de salud / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado la prestación de servicios de salud, el contratista no adquiere la calidad de servidor público / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, los contratistas no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el régimen contractual es privado

«Como se detalló en el acápite precedente, es la Ley 100 de 1993, de forma expresa y exclusiva, el cuerpo normativo que delega en las EPS, la función específica de recaudar y administrar fondos parafiscales que, además, se precisa, debe destinar únicamente a gastos médicos y administrativos propios de la prestación del servicio público de salud en favor de sus afiliados.

En ese mismo cuerpo normativo se alude a quienes, en tercer nivel, contratan con las EPS para cubrir en concreto la prestación, a través de distintas modalidades, todas, se destaca, de naturaleza contractual eminentemente civil, frente a las cuales se verifica un tratamiento completamente diferente al que se realiza con las EPS o las ESE.

Entiende la Sala, respecto de ese tratamiento diferenciado, que las EPS operan como organismos delegados directos, de primer nivel, en los cuales reposa expresamente la función obligación de recaudo, administración y prestación del servicio de salud.

[...]

Resalta la Corte, de lo transcrito, cómo las IPS o personas independientes, privados, carecen de delegación o sujeción legal respecto de la prestación del servicio público de salud, pues, respecto de ellas opera una tarea material específica de atención, sea que se hallen vinculados a la EPS la norma detalla que estas entidades pueden actuar a través de sus propias IPS o que se les contrate para ese efecto.

En ese tercer nivel, entonces, las IPS o profesionales privados no adelantan tareas de recaudo o administración de bienes parafiscales, ni tampoco han sido delegadas, por disposición expresa de la ley y con criterios de obligatoriedad, para adelantar el servicio en cuestión.

Como la Ley 100 viabiliza que la EPS adelante la prestación del servicio de salud de forma directa o por medio de contrato con entidades diferentes, es claro que la obligación de entregar o realizar determinada labor médica, necesariamente surge, para las IPS y los profesionales independientes, del pacto suscrito con la EPS.

Se destaca, así, que la relación surgida entre la EPS y la IPS, las dos privadas en este caso, deriva exclusivamente de la decisión voluntaria de ambas partes para avenirse a celebrar un contrato de prestación de servicios, que se regula, así se trate del servicio de salud, por normas privadas de contratación y, respecto de la segunda, no representa de ninguna manera la delegación de funciones públicas, pues, entre otras razones, los dineros que se pagan a la IPS por entregar el servicio (médico que cobra por la consulta, empresa que entrega alimentos a los enfermos, etc.) ingresan a su peculio personal y pueden utilizarse como a bien quieran, pues, sobraría decir, resulta un contrasentido que el origen de tales sumas pagadas al particular, signe ad infinitum su uso.

Por lo demás, con independencia de qué tipo de contrato celebra la EPS con determinados profesionales o una IPS en particular, su naturaleza, precios y efectos, es lo cierto que la obligación directa de garantizar la atención integral de sus afiliados, sigue corriendo de cargo de la Entidad Promotora de Salud, acorde con el recaudo, administración y Unidad de Pago por Capitación que para el efecto se le entrega.

Así lo define expresamente el literal e) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, antes transcrito.

Se entiende, así, que por las características mixtas del Sistema de Seguridad Social en Salud buscado aplicar por el Estado, la delegación del recaudo, administración y prestación del servicio básico de salud que, en principio, corresponde al mismo Estado se ha hecho radicar en cabeza de entidades privadas, EPS, o públicas, denominadas ESE (Empresas Sociales del Estado).

En ambos casos, a dichas entidades se les ha otorgado un amplio campo de acción respecto de la manera en que prestan el servicio básico de salud, al punto de permitirles adelantar directamente o mediante terceros esa labor fundamental, en un marco privado y de libre competencia que permita cubrir máximos de universalidad e idoneidad.

Se reitera, la contratación que haga la EPS con un tercero, para que este realice determinada prestación médica, no desplaza en este tercero la obligación legal de asegurar, cuando menos, el Plan Obligatorio de Salud, ni determina que la IPS contratada, o los profesionales, se hallen administrando fondos parafiscales, pues, los dineros que perciben corresponden al pago por la prestación específica, directa e inescindiblemente relacionado con lo pactado.

El artículo 20 del C.P., en un plano de estricta tipicidad, no relaciona la asunción de la condición de servidor público, solo por el origen del dinero fondos parafiscales, sino que reclama una concreta sujeción entre la persona y el mismo, derivada de la administración, de conformidad con la destinación de esas sumas.

Independientemente de que esos dineros tengan como fin la prestación del servicio esencial de salud, es lo cierto que solo poseen la calidad de administradores, acorde con la expresa delegación legal, las EPS, en tanto, por mucho ejercicio dialéctico que se haga, el pago que reciben la IPS o el profesional independiente, en razón de una prestación específica, cuando se trata de una persona jurídica privada, se aleja con mucho de cualquier obligación de administrar dineros públicos e ingresa directamente a su peculio.

Al administrador se le exige determinar en qué, con quién y cómo destina los fondos parafiscales, acorde con su origen y destinación legal.

Pero, cuando esos dineros se entregan a un tercero como pago de una labor, no es posible sostener que este tercero sigue siendo

administrador de los mismos ni mucho menos, que sin la existencia de norma legal que así lo disponga, ha sido delegado por el directamente delegado, sencillamente, porque se ha agotado su función.

Sostener lo contrario crea una verdadera paradoja jurídica en la que, ad infinitum, siempre será posible encontrar en cabeza de cualquier persona la calidad de servidor público, cuando por alguna razón recibe o usa los dineros parafiscales.

Entonces, para concluir este tópico, aunque las IPS o profesionales privados, contraten con la EPS la prestación de un servicio concreto de salud, ello no los convierte en servidores públicos, dentro de la arista propia de los fondos parafiscales, simplemente, porque no han sido delegados ni adelantan materialmente la administración de esos recursos.

Y, además, el solo hecho de prestar materialmente el servicio público de salud, no verifica cubierta la exigencia del artículo 20 en mención, que alude a los “particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”, pues, como se anotó antes, la delegación de dicha prestación ha sido encomendada expresamente, en norma legal, a las EPS, en quienes radica la obligación de, cuando menos, atender con el POS a sus afiliados, sin que la contratación de un tercero las despoje de la misma.

Cierto que son dineros públicos y que se destinan al servicio de salud, pero es la misma ley la que ha determinado que las EPS, no solo recaudan y administran esos dineros, sino que son las encargadas de realizar la prestación directamente o por interpuesta persona, razón por la cual, ese tercero no adquiere una condición ya establecida, por delegación, en la Entidad Promotora de Salud.

El contrato privado entre dos instituciones del mismo orden, ni transfiere la función pública, ni muta la obligación, pues, el contratista, en este caso, solo está obligado a cumplir con lo que el contrato consagra.

No se desconoce, eso sí, que la Ley 100 contempla una serie de requisitos y exigencias de habilitación y formas de contratación con las IPS y profesionales independientes, derivados de la naturaleza del servicio y la necesidad de garantizarlo.

Pero, precisamente, ese régimen administrativo que, incluso, consagra sanciones para el incumplimiento de las obligaciones, no contempla, ni expresa, ni tácitamente, alguna referencia normativa al Código Penal y, en particular, al artículo 20 en reseña; ni es posible verificar la condición de servidor público en la sola importancia o trascendencia del servicio.

La Corte entiende que la calidad de servidor público deriva de una directa atribución legal, como aquí sucede con la Ley 100 y las obligaciones que asisten a las EPS, o de la delegación que surge por ocasión de que un este estatal contrate con un particular o entidad privada la ejecución de ese tipo de tareas»

SERVIDOR PÚBLICO - Particulares: pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: requisitos / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: requisitos, delegación contractual / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: no pueden delegar la calidad de servidor público

«En conclusión, la determinación de que se ejercen funciones públicas de forma permanente o transitoria, para efectos del apartado correspondiente del artículo 20 del C.P., reclama de dos condiciones, en tratándose de delegación contractual: (i) que esas funciones hayan sido delegadas por un este estatal, a título de contratante, de manera directa; (ii) que la labor deferida corresponda efectivamente a la esencia de un servicio público no un servicio de utilidad pública o una obra material, que deja de prestar directamente el Estado y asume el particular.

Para evitar equívocos, la Corte precisa que lo definido en precedencia dice relación exclusiva con el apartado del artículo 20 del C.P., en el cual se relaciona que se entienden “servidores públicos”, entre otros a los “particulares que ejerzan funciones públicas en forma transitoria o permanente”, en el entendido que estos solo pueden adquirir esta condición, cuando se trata de delegación contractual, cuando es la entidad pública encargada de la función, la que directamente realiza el contrato con el particular»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el pago por la prestación ingresa al peculio privado del contratista y pierde

la connotación de parafiscal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

- Empresa prestadora de salud: puede contratar con una Institución Prestadora de Salud o un privado, el régimen contractual es privado, no se les puede vincular con los delitos de contratación estatal / **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** - Empresa prestadora de salud: requisitos generales de contratación indicados por la Ley 100 de 1993 / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contrato estatal: aquellos en los cuales interviene, a título de contratante, una entidad pública / **SERVIDOR PÚBLICO** - Particulares: cuando ejercen funciones públicas, su responsabilidad penal varía según los alcances de las funciones delegadas / **SERVIDOR PÚBLICO** - Concepto: para fines penales, es distinto al que tiene la Ley 80 de 1993

«La Corte, respecto del tema en discusión, debe partir por significar conceptos diferentes y diferenciables, los de la calidad de servidor público establecida para los particulares en condiciones excepcionales, y aquel referido a la naturaleza de los contratos que la persona realiza.

Esto es, de ninguna manera se hace factible señalar que por el solo hecho de haber sido investido de funciones públicas en determinados asuntos, por vía legal o contractual, los contratos que en desarrollo de ello realiza el particular, derivan en estatales, exigen cumplir las normas de la Ley 80 de 1993, o sus principios, o lo determinan pasible de cometer los delitos contractuales en cita.

En un clima de estricta legalidad, se hace imposible expandir los efectos de una calidad o condición excepcional, hacia ámbitos diferentes a los que se busca proteger con esa adscripción.

Esto para significar, en primer lugar, que, si bien, tanto el delito de peculado, como los propios de la contratación, se representan cometidos contra la administración pública, su materialización y efectos operan en niveles distintos, que pueden delimitarse en relación género especie.

De esta manera, cuando a un servidor público transitorio o excepcional, se le confía la administración de dineros, su responsabilidad por la pérdida o distracción de los mismos dimana de la obligación de cuidado que surge directamente de la tarea confiada, hasta derivar en responsabilidad por alguna de las aristas del

delito de peculado, acorde con lo establecido expresamente en el artículo 20 del C.P.

Pero, si el particular investido de tales funciones, utiliza la forma contractual privada para efectos de distraer el dinero que sigue siendo público o apenas se interesa en que sea favorecido determinado contratista, ello obliga verificar si se cumplen los presupuestos típicos que gobiernan los delitos insertos en el Capítulo Cuarto rotulado “De la celebración indebida de contratos” del Título XV del C.P. (arts. 408 a 410 A), pues, ellos no se suplen apenas con la consideración de la calidad especial del contratante, ni tampoco, por el hecho que lo contratado sea considerado un servicio público, entre otras razones, porque ello no convierte, per se, los contratos civiles o privados, en estatales.

A este efecto, es evidente que el servidor público especial, esto es, el particular al cual se atribuye determinada función, solo actúa en tal virtud, dado su carácter excepcional, de lo expresamente delegado por la ley o el contrato suscrito con el Estado.

De ello se sigue, que si lo buscado es atribuir responsabilidad penal a un particular por los delitos contractuales del Capítulo Cuarto antes referenciado, derivada de las funciones que le han sido delegadas, es necesario demostrar que estas funciones incluyen, de forma expresa, la capacidad de actuar como reemplazo del ente estatal en sus tareas contractuales -pese a las limitaciones legales establecidas para el efecto, entre ellas, que la delegación solo puede operar respecto de un subordinado del delegante-.

Se precisa, contratos estatales solo pueden realizar, en principio, las entidades estatales, cuando actúan como contratantes, pues, aun si los particulares se hallan investidos de determinada actividad puntual, digase, la de administrar fondos parafiscales, lo que se haga con estos dineros, si ellos se distraen en determinada contratación privada, no registra que la misma derive estatal o demande cumplir con sus obligaciones, ni mucho menos, que la celebración del pacto pueda derivar en los delitos examinados, pues, para ello se reclama, no que se trate de dineros públicos, sino que el particular haya recibido la delegación expresa para realizar contratos estatales.

Junto con lo anotado, es necesario relevar que la consideración de si un contrato es estatal o no, esto es, si debe regirse por las normas y

principios establecidas en la Ley 80 de 1993 cuerpo normativo en el que hacen radicar el fiscal y los juzgadores, el incumplimiento de obligaciones o postulados generales, obedece a un criterio eminentemente orgánico, no subjetivo o finalista, que de manera expresa e inconcusa obliga del contratante su condición de entidad estatal.

No es, así, que baste con advertir del contratante la condición de servidor público menos, si la misma deriva de circunstancias excepcionales, referidas a administrar fondos parafiscales, sino que se obliga actuar en nombre de una entidad estatal.

[...]

Ahora, la necesaria e inescindible ligazón entre el cumplimiento de los presupuestos y normas de la Ley 80 de 1993, con la posibilidad de incurrir en los delitos contractuales insertos en el Capítulo Cuarto del Título XV del C.P., surge del texto mismo de la ley.

[...] el examen concordante de los artículos citados conduce a concluir que los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, operan solo cuando la parte contratante es una entidad estatal.

De la misma manera, si resulta que el contratante no es una entidad pública sino, dígame, un particular investido de la función pública, no es posible endilgarle alguna de estas dos ilicitudes, específicamente, porque ello escapa al ámbito principalístico y normativo de la Ley 80 de 1993.

Y, en este mismo orden de ideas, los particulares solo responden por dichas conductas, entendidos servidores públicos, solo cuando actúan como contratistas en contratos celebrado con una entidad estatal.

En otros términos, conjugados el artículo 20 del C.P., con lo contemplado en los artículos 56 y 57 de la ley 80 de 1993, no basta con que a un particular se le defieran o deleguen funciones públicas, ni que tenga asignada la prestación de un servicio público, para que los contratos que celebre en calidad de contratista adquieran la categoría de oficiales o públicos y, en consecuencia, operen bajo la órbita de los artículos 409 y 410 del C.P.

El panorama no cambia, resalta la Corte, si se mira bajo la óptica de la Ley 100 de 1993, como

quiera que en este cuerpo normativo no se establecen sanciones penales, ni se fija algún tipo de modificación que extienda los efectos de la Ley 80 de 1993 o, siquiera, del artículo 20 del C.P.

Todo lo contrario, como de forma amplia se ha relacionado a lo largo del proceso por los distintos actores del mismo, en la Ley 100 de 1993 se ha institucionalizado una especie de carácter mixto en la atención de la salud, pues, aunque se faculta la intervención de prestadores privados en el SGSSS, a la vez, dado el carácter esencial y público que encierra la prestación, se establecen criterios regulatorios que buscan cumplir con los propósitos de universalidad, solidaridad y eficiencia, consustanciales a la principalística que gobierna esa normativa.

[...]

Para la Sala es claro, a partir de lo anotado, que no existe una libertad absoluta de contratación entre las EPS y las IPS o los profesionales independientes, pues, las partes deben adaptar el convenio de prestación de servicios a esos mínimos regulatorios de la ley, que dicen relación con el carácter del servicio y el origen de los dineros involucrados.

Ello no significa, sin embargo, que esos convenios entre entidades privadas sin desconocer la existencia de entes públicos en el sistema, deriven en contratos públicos o se hallen delimitados por los principios y normas concretas de la Ley 80 de 1993 y complementarias.

El límite de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las EPS y las IPS o profesionales independientes, lo marca, precisamente, la Ley 100 de 1993, sin que en esta se haga algún tipo de remisión, así sea tácita, a la regulación pública referenciada.

Por el contrario, el sistema legitima que tanto las EPS, como las IPS, se constituyan por empresas privadas, en cuyo caso, huelga recalcar, los contratos celebrados entre ellas se rigen por el derecho privado, civil o comercial.

Ello, se ha dicho también a lo largo del trámite procesal, obedece al que entendió el legislador mejor modo de asegurar la prestación del servicio, a través de medios de competencia que garanticen la libre empresa y la iniciativa privada, de cara a los postulados de universalidad, solidaridad y eficiencia ubicados en la cúspide del SGSSS, en el entendido, además, que la urgencia y características propias del servicio de salud exigen de respuestas rápidas

y eficaces, de alguna manera opuestas a los trámites y requisitos insertos en la contratación estatal.

Por lo demás, en ese esquema mixto que contempla la Ley 100 de 1993, si bien, se establecen requisitos y obligaciones que buscan cumplir con el cometido básico de la prestación del servicio de salud a toda la población, no se puede desconocer que, a la par, a las EPS, IPS y los profesionales independientes con excepción de los entes públicos o mixtos y las entidades sin ánimo de lucro, las anima un interés legítimo de obtener ganancias.

Es por esta razón que no es posible hacer radicar en quienes actúan como contratantes o contratistas, las calidades del servidor público que, sujeto directamente a claras finalidades del servicio público, se interesa de forma indebida en el contrato o pasa por alto determinados requisitos del mismo, pues, como ya se dijo, no solo se trata de exigencias diferentes a las que regulan la contratación pública, sino que cumple propósitos distintos que, cuando menos, matizan o eliminan el efecto concreto de los principios insertos en aquella.

Cuando los artículos 409 y 410 del C.P., que diseñan los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, respectivamente, aluden al “servidor público” y a los contratos en los que interviene por razón de sus funciones, necesariamente están haciendo referencia, dado el bien jurídico tutelado, a aquellos casos en los que actúa en nombre y representación exclusiva de la entidad estatal en concreto, sujeto, también de forma exclusiva, a los intereses generales y de servicio público que regulan su función.

Esa sujeción directa e ineludible a cometidos eminentemente públicos, en la que radica la esencia del reproche penal, no puede predicarse de quienes en el orden eminentemente privado de la contratación, en ambos extremos de la ecuación, prestan un servicio público, pero obedecen a razones de mercado, libre competencia y ganancias.

[...]

En consecuencia, la Corte tiene que declarar que en los casos de contratación privada entre una EPS de esta naturaleza y las IPS o profesionales independientes privados, la conducta que ejecuten los intervinientes en ella no configura

los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos: sujeto activo calificado: servidor público / **INTERVINIENTE** - Concepto / **INTERVINIENTE** - Evolución jurisprudencial / **INTERVINIENTE** - Presupuestos

«En un plano abstracto, entonces, solo los empleados al servicio de [...] EPS, pueden ser sujetos del delito de peculado en el caso concreto, al tanto que los socios de [...], cuando más, en tratándose de un delito de sujeto activo calificado, deben estimarse intervinientes o cómplices.

[...]

Respecto del contenido y alcances del último inciso del artículo 30 del C.P., la Corte ha desarrollada amplia jurisprudencia que, en su esencia, se caracteriza por dos momentos claramente diferenciables; uno inicial, en el cual se partía del criterio amplio del término, hasta concluir que incluye toda forma de participación en el delito; y, otro, vigente, que parte de un concepto restringido, hasta asimilarlo sólo a quien actúa como verdadero coautor en delitos de sujeto activo calificado, pero no posee las calidades del mismo.

Bajo este criterio, para la Corte es incuestionable que los socios de la entidad contratista, [...], intervinieron de forma activa y decisiva en la ejecución y consumación del delito de peculado, pues, no sobra recalcar, gracias a su cercanía con los directivos de la COOPERATIVA determinadores del delito, para lo cual, incluso, se afiliaron a ella, fue posible que se realizaran los contratos en las ventajosas condiciones ya referenciadas, a manera de indispensable contraparte, de lo cual se sigue evidente el codominio funcional respecto de la ejecución del ilícito examinado.

Pero, como no son, ni puede entenderseles, servidores públicos sujeto activo calificado respecto del delito de peculado, no es posible entenderlos coautores, tal cual reclama su intervención material efectiva, y, en consecuencia, se debe asumir la calidad de intervinientes, en el entendido que se trata de personas que desarrollan directamente la conducta punible, pero carecen de las calidades

especiales demandadas por el tipo penal, como se despejó en la jurisprudencia antes citada»

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Empresa prestadora de salud: requisitos generales de contratación indicados por la Ley 100 de 1993, prohíbe la intermediación innecesaria / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Disponibilidad jurídica y material: respecto de los parafiscales que manejan las EPS se adopta el criterio material, dada la dificultad de aplicar el jurídico / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría

«[...] en tratándose de las funciones específicas de administración y custodia de dineros públicos, esta Sala y la Corte Constitucional han adoptado un criterio expansivo o, mejor, material, al amparo del cual, incluso en los casos en los que la ley o el reglamento no atribuyen de forma expresa o directa las tareas en cuestión, si en la práctica, por ocasión del reparto de funciones en la entidad u orden concreta, se desarrollan las mismas, el servidor público debe responder, dentro de la órbita del peculado, por el mal uso o distracción del bien a su cargo.

Ello tiene su fundamento, cabe agregar no solo en la naturaleza del bien objeto de apropiación, sino en la condición de servidor público de la persona que despeja una sujeción particular con deberes anejos al servicio y la disponibilidad material o jurídica, en cuanto, le permite o facilita ese apoderamiento.

Junto con lo anotado, la Corte no duda en torno de la posibilidad de intervención de varias personas, como coautores, esto es, en calidad de sujetos activos calificados que de forma directa realizan la conducta, en el delito de peculado por apropiación.

Esto, en el entendido que dentro de las entidades públicas puede presentarse un trabajo compartimentado que obliga, para la materialización del delito, de la conjunción de varias voluntades y tareas subsecuentes, complementarias o coincidentes, sin las cuales no podría consumarse la pretensión.

En estos casos, se agrega, la disponibilidad opera conjunta (siempre y cuando, desde luego, todos posean la calidad de sujetos activos calificados), como quiera que un solo acto o voluntad, individual, no permite la disposición material o jurídica del bien.

Las precisiones anteriores se hacen necesarias para determinar cómo debe operar el análisis del caso concreto, pues, no es posible, tal cual se anotó antes, hallar una adscripción normativa o reglamentaria concreta, que permita disponer sin ambages y con carácter absoluto, a qué empleado de [...] EPS le competen las tareas de recaudo, administración y custodia de los fondos parafiscales, o, dentro de otra arista, cuál de ellos posee la disponibilidad sobre los mismos.

El tema, así, debe abordarse desde una perspectiva eminentemente material, que diga relación con la forma en que se distrajeron los dineros públicos y la intervención específica que en ello tuvieron los acusados, bajo el criterio, indiscutible, de que las EPS, necesariamente y dentro de su esencia, desarrollan una tarea delegada por el Estado, que implica indispensable la administración de fondos parafiscales, de lo cual se sigue, para lo debatido, que sus empleados guardan una sujeción directa con la debida custodia, administración y disposición de los mismos, cometido que no asoma aislado, coyuntural o excepcional.

[...] en un plano enteramente dogmático, si se dice que la Ley 100 de 1993 prohíbe a las EPS contratar servicios de simple intermediación médica, entre otras razones, porque ello constituye un indebido encarecimiento de la prestación, que repercute directamente en el uso, disponibilidad y finalidades de los recursos parafiscales, perfectamente puede concluirse que aquellos contratos celebrados con determinadas IPS, entidades privadas o profesionales independientes, que destinen dichos dineros a pagar la prohibida intermediación, determinan objetiva la apropiación indebida que rotula el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, limitada, cabe precisar, al monto que perciben esos terceros, se le puede llamar ganancia, por la innecesaria tarea.

En estos casos, es pertinente relevar, no se trata de sostener que la prestación médica no fue cubierta o que la totalidad de los dineros entregados al contratista constituyen la indebida apropiación, pues, es claro que otro tercero sí prestó el servicio o entregó los medicamentos, sino de hacer radicar el daño en la diferencia entre la suma pagada por la EPS y el dinero entregado a quienes efectivamente realizaron la prestación, pues, emerge elemental, si [...] hubiese acudido directamente a estos, esa sería la suma ahorrada.

Bajo estas consideraciones, no cabe duda de que al gerente de la EPS [...] en este caso, JHCI, en cuanto, encargado de suscribir los contratos con las IPS o los prestadores independientes de servicios de salud, le cabe directa responsabilidad en el delito de peculado por apropiación, dado que la indebida distracción del dinero, se repite, ocurre necesariamente por la forma de contratación y sus efectos específicos.

Pero, ya en lo que toca con la segunda de las modalidades de apropiación expuesta sobrecostos, pagos injustificados, etc. es factible advertir la presencia de otros actores directos, que con su acción u omisión propiciaron dichos pagos indebidos.

Es lo que ocurre con CAPO y MHLA, en tanto, a más de advertirse su tarea directa en la determinación de requisitos básicos a fin de escoger a los contratistas y, consecuentemente, la vinculación con los dineros distraídos en la labor de intermediación atribuida a [...], también se significó en los hechos jurídicamente relevantes delimitados por la Fiscalía, acogidos por los falladores de las instancias ordinarias, que realizaron actividades relacionadas con la aprobación de pagos por actividades médicas puestas en entredicho.

En este sentido, a través de lo declarado por auditores y empleados de la EPS [...], se concluyó que ambos procesados pertenecían al equipo conformado por la acusada MLFT, para seleccionar los contratistas y tipos de servicios entregados a estos.

Desde luego, ya está definido que los delitos contractuales no pueden despejarse en este caso, motivo por el cual, la atribución de responsabilidad penal no reposa en ese hecho escueto.

Sin embargo, como se anotó respecto del coprocesado CI, en el caso de la intermediación entregada a [...], entendido que la misma se aparta de las normas legales regulatorias de la prestación del servicio de salud, a más que generó evidente detrimento patrimonial, representado por el valor de la misma, sí se hace factible determinar, en su cariz objetivo, la tipicidad del delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en el entendido que dentro de su labor los acusados tenían disponibilidad jurídica respecto del destino de los dineros y con su conformidad efectuaron una actividad trascendente en la distracción de estos.

A su turno, considerado que los procesados MHL y CAP, en su calidad de Director Nacional de Salud y Jefe Nacional de Alto Costo de la EPS [...], respectivamente, desarrollaban funciones de verificación de atención y control de pagos, necesarias para que los dineros efectivamente se entregaran a [...], no cabe duda de que su anuencia resultó significativa en el detrimento patrimonial que deriva, acode con lo referido por los auditores y lo consignado en los diferentes informes de Policía Judicial, de los pagos dobles, sobrecostos, pagos a fallecidos, consignaciones anticipadas, conciliación de glosas, etc.

Esto, se reitera, bajo la consideración que en su esencia la EPS se ocupa primordialmente de prestar el servicio de salud a la población afiliada, a través del uso de los dineros pagados por estos, estimados bienes parafiscales, de lo cual se sigue que el deber de custodia, administración y adecuada destinación, se difumina a todo lo largo de su estructura, aunque, desde luego, la responsabilidad penal radica en personas específicas cuya actividad funcional y conducta concreta se adviertan fundamentales en el detrimento patrimonial.

De esta manera, la línea que adopta la Corte en torno de la responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación, al interior de este tipo de entidades prestadoras de salud, se soporta en criterios eminentemente materiales, pues, la remisión a cualesquiera reglamentos o manual de funciones de la entidad, no permite abarcar el aspecto sustancial que gobierna el tema, entre otras razones, porque a más del criterio general de custodia y administración de dineros parafiscales, los procesados en mención ocupan altos cargos dentro de la EPS, con absoluto deber de sujeción respecto del destino y uso de los recursos en cuestión, acorde con el objeto de la entidad, además del deber específico que surge de su labor de supervisión de la efectiva prestación del servicio de salud y la posibilidad de glosar o negar el pago al contratista, en los casos en los cuales este se registre inadecuado, inexistente, indemostrado o exagerado en su costo»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Determinador

«[...] la responsabilidad penal despejada en contra de JLNG y MLFT, respecto del delito de peculado por apropiación, opera dentro del instituto de la determinación, circunstancia por

la cual, se releva, no es necesario definir la calidad de servidores públicos de estos, ni algún tipo de actividad relacionada con el recaudo, administración, custodia o destinación de los bienes parafiscales.

Esto, por cuanto, se recuerda, los procesados en reseña, altos directivos del holding [...], el uno como Gerente Nacional de la Cooperativa y la otra en calidad de Gerente Corporativo de Salud, si bien, estatutariamente no tenían injerencia en la actividad de la EPS [...], particularmente, en los contratos ejecutados por esta, la selección de los contratistas, el tipo de prestaciones y los pagos efectivos, en la práctica incidían directamente en ello, dada la condición de socia de la EPS, cuya creación gestó NG.

De esta manera, aunque el encargado de la contratación en la EPS, acorde con su cargo de Gerente de la misma, lo era JHCI, en la práctica como lo reconoce este la selección de los contratistas y delimitación del tipo de servicio a contratar, cuando no de la disponibilidad de los dineros y pagos efectivos, eran asuntos puntuales dispuestos por aquellos, en típica labor de determinación respecto de quienes tenían esa labor específica al interior de la EPS.

Esto, además, dentro del que se ha destacado como comportamiento teleológico de NG, quien elaboró todo un andamiaje corporativo dirigido a beneficiar a los socios de la Cooperativa C, para lo cual se utilizó la EPS [...], a partir de la entrega de contratos de prestación de servicios de salud a las IPS de propiedad de estos, las más de las veces a través de interpuestas personas.

Fue por ello, acorde con lo consignado en las sentencias, que LN designó en el recién creado cargo de Gerente Corporativo de Salud, a MFT, a efectos de que se encargara de materializar la entrega dirigida de los contratos de prestación de servicios de salud; y, a la vez, extrajo de la órbita regional los contratos suscritos con [...], para que su vigilancia y pagos fueran radicados en el equipo de trabajo de esta, particularmente, CARPO y MHLA.

[...]

Como no se discute ya la posibilidad de ejecución de los delitos contractuales, el examen del comportamiento de la procesada debe dirigirse a determinar la calidad que asume frente al punible de peculado por apropiación, pese a comprobarse que no cuenta con las calidades propias del sujeto activo calificado a partir de las

cuales significarla autora, lo que, en principio, conduciría a definirla interviniente, acorde con lo contemplado en el inciso cuarto del artículo 30 del C.P.

No obstante, estima la Sala que en el caso concreto la distracción de los dineros no vino consecuencia de la carta acuerdo en mención, dada su absoluta insignificancia jurídica para el efecto, sino de la omisión atribuible al Gerente de la EPS, HC, en su calidad de sujeto determinado, pues, si se entendiera que el documento en cuestión apenas representaba una especie de acuerdo de buenas intenciones o elemento pre contractual, carente por sí mismo de vínculo obligacional no se duda, también ajeno a cualquier función de MLF dada su ninguna vinculación con la EPS, no puede discutirse que el efecto material finalmente producido vino consecuencia de que este permitiera su vigencia y aplicación, como si lo hubiese firmado.

En el trámite procesal, a través de lo dicho por testigos directos, se concluyó que, finalmente, el procesado CI aceptó conocer de la carta acuerdo, hasta permitir que se desarrollara su objeto, en cuyo cometido se distrajeran dineros que se consideran aportes parafiscales.

Desde esta óptica, entonces, es posible admitir que la apropiación ilegal se inscribe dentro del espectro de la determinación, consignado en la acusación y los fallos ordinarios. Aspecto que, cabe agregar, reporta la anuencia de MHL y CAP, encargados de verificar la habilitación del contratista, vigilar la efectiva prestación y facultar los pagos»

PARTE CIVIL - Legitimidad para intervenir en el proceso penal / **PARTE CIVIL** - No solo busca la reparación económica

«Agréguese que la intervención de la EPS se fundó en que esta también se estimó afectada por el actuar de los acusados, no solo en el campo reputacional, sino por ocasión de los costos que dijo haber asumido en atención a las prestaciones pagadas de forma indebida.

Desde luego, que se demuestre después que no recibió algún daño no limitado, cabe destacar, al aspecto meramente patrimonial o que no se verificó su monto específico, de ninguna manera desnaturaliza la legitimidad de la demanda y de la intervención en el proceso de la reconocida como parte civil, pues, el cometido de la parte y la razón del trámite posterior se refiere a la

demostración de lo propuesto y de las pretensiones planteadas.

Y, si no se condenó a [...] EPS, al pago solidario de los perjuicios, es un tema que escapa a la órbita de interés y legitimidad que acompaña al defensor de NG, en tanto, dada la carencia de argumentación que soporte esta manifestación, es claro que la decisión de no ordenar el pago de perjuicios en favor de la entidad privada, no la convierte, per se, en responsable de los mismos».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Cuantía / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Cuantía: estimación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Agravado: por la cuantía, evento en que la imputación no contempló todos los valores / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera / **PERJUICIOS** - Determinación / **CASACION** - Sentencia: redosificación de los perjuicios y la multa

«[...] es preciso detallar, tal cual partieron por hacerlo los falladores, que siempre fue imprecisa la delimitación concreta del monto de lo indebidamente apropiado en favor de terceros, como quiera que, si bien, fue posible determinar muchas irregularidades en la ejecución de los contratos, que en sí mismas representan segmentos del perjuicio, no se obtuvo prueba suficiente que permitiera identificar todos los vicios, ni sumar su costo efectivo.

[...]

Para el caso que se examina, fueron muchos los exámenes de auditoría e inspecciones adelantadas por el CTI, respaldados en documentos concretos, que se aportaron al expediente para definir algunos pagos indebidos, excesivos o carentes de soporte.

Sin embargo, la Fiscalía nunca adelantó una verdadera labor probatoria encaminada a aglutinar esa verdad atomizada, actuación compleja, pero posible, limitándose a afirmar, desde la acusación, que el monto, si bien, no estaba determinado en su totalidad, era determinable.

Además, contando con la posibilidad de elaborar un estudio detallado, preciso y suficiente de los perjuicios, incluso con la solicitud o aporte de nuevos medios suasorios, decidió acudir, mejor, a uno de los informes presentados por el experto a su servicio y allí radicó, de manera parcial, el

total de su pretensión de condena por los daños causados.

Cuando la Fiscalía decidió modificar, una vez practicadas las pruebas del juicio, el contenido de la acusación, presentó un escrito en el que, además de mutar la condición de intervinientes de tres de los acusados, hacia la de coautores, de forma expresa señaló que el monto de los perjuicios quedaba establecido en la suma de \$3.411'367.363,84, que corresponde exclusivamente a las ganancias obtenidas por [...]

Entiende la Corte que esta manifestación concreta de la Fiscalía, no podía ser superada por las instancias, en esa especie de decisión ultra petita en que las sentencias definieron la responsabilidad civil, pues, de un lado, se sorprendió a las partes con un agregado monetario del cual no pudieron estas defenderse o controvertir recuérdese que la modificación de la calificación, en sede de la Ley 600 de 2000, busca proteger los principios de consonancia y congruencia, pero además, implica el respeto por los derechos de defensa y contradicción, al punto que, faculta de las partes pedir un nuevo espacio probatorio referido a la modificación.

Asume la Sala, eso sí, que la modificación inserta en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, refiere, en principio, a que se presenten cargos más gravosos para el procesado, a partir de una nueva definición típica que lo afecte.

En el caso concreto, existe una indisoluble relación entre la modificación y el monto de los perjuicios establecido en ese acto por el ente instructor, como quiera que, a partir de ese hecho específico delimitó el delito de peculado por apropiación dentro del inciso segundo del artículo 397 del C.P.

Empero, sin mayores explicaciones y pese a advertir que se respetaría la definición que del monto de lo apropiado hizo la Fiscalía, los juzgadores de ambas instancias desbordaron ese marco fáctico concreto inescindible, cabe destacar, en la conducta punible de peculado por apropiación, para agregar la suma de \$905.779.436, de lo cual concluyeron que el perjuicio ascendía a \$4.317'146.799.84.”

Evidente la incongruencia con el monto que fijó la Fiscalía, cuando menos era de esperar que el A quo detallara la razón para realizar el incremento descrito.

Sin embargo, nada dijo al respecto y apenas señaló, en un apartado entre paréntesis, el

cuaderno y folio que presuntamente consigna ese valor, aunque pareció dar a entender que ello corresponde a un supuesto sobrecosto en los precios de las prótesis.

El ostensible desvío del A quo, completamente inmotivado, se resalta, tampoco fue cubierto de mejor manera por el Tribunal, pues, a más de hacer relación al informe contable y advertir que allí se fija la suma en cuestión, presenta una justificación contradictoria, en tanto, sin mencionar cómo el experto dedujo esa cifra o a qué específicos elementos remite, significa que se trata del valor correspondiente al sobrecosto en prótesis de cadera y rodilla, pero, a la vez, que refiere el total de lo fijado como pago en la ilegal Carta Acuerdo “ante lo cual no tenían derecho a recibir ningún dinero”.

[...] si se dijera que el valor cuestionado solo corresponde a un supuesto sobrecosto en el valor de la atención o respecto del precio fijado para las prótesis, es lo cierto que las instancias omitieron cualquier tipo de análisis sobre el particular, así fuese para establecer el contenido específico de lo referido por el experto y su alcance, en absoluta falta de motivación que, también, reclama desechar el incremento estudiado, en tanto, jamás se justificó por que debe superarse el valor fijado de antemano por el ente acusador.

Dígase sobre este tópico, por último, que también asiste razón a los demandantes cuando cuestionan los montos que, en calidad de sobrecostos por el valor de las prótesis, fijó de manera concreta el investigador, en tanto, lo suyo no correspondió a un verdadero peritaje, sino que se limitó a confrontar el valor que por la atención integral de cada paciente cobraban las IPS reconocidas Clínica Imbanaco Y Centro de Fracturas y Ortopedia, frente a similar costo establecido por Medicamentos de Occidente, para

de allí derivar la diferencia meramente matemática.

No duda la Sala, vista esa diferencia sustancial casi el doble del precio, en porcentaje, que en razón a las muchas irregularidades delictivas insertas en la selección de los contratistas y la ejecución de los acuerdos examinados, efectivamente se presentaron sobrecostos.

Pero, como se trataba de demostrar, con criterios de certeza, cuál específicamente fue el monto de la ilegal apropiación, al investigador no le bastaba con la diferencia matemática en cita, si antes no había conseguido los insumos esenciales, esto es, la definición de las circunstancias precisas que gobernaron la atención quirúrgica como prestación integral consignada en la Carta Acuerdo y, en particular, el tipo de prótesis entregada y su valor.

Si la defensa advirtió siempre, como hipótesis que respalda su teoría del caso, que las prótesis adquiridas por MO eran de mejor calidad -incluso se dijo que fueron importadas- y ello justifica los mayores costos, cuando menos, al investigador y la Fiscalía les cabía verificar qué elementos fueron los utilizados y cuál era la diferencia de precio con los entregados por los prestadores reconocidos en la zona.

En suma, por razones procesales y probatorias, la Corte debe eliminar del monto de perjuicios dispuesto por las instancias con incidencia también en la pena de multa, la suma de \$905.779.436.

Sigue vigente, así, como monto del perjuicio, el que fuera fijado por la Fiscalía en la modificación de la acusación, esto es, \$3.411'367.363, 84, que corresponden a las ganancias o beneficio económico que obtuvo [...] por su labor de mero intermediario».

LEY PENAL - Aplicación extraterritorial: al nacional que se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a 2 años y no hubiere sido juzgado en el exterior / **DERECHO PENAL** - Las acciones de maltrato físico o psicológico (“bullying” o “matoneo”), son reprochables penalmente, cuando la conducta está tipificada como delito / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: demostración

La Sala de casación Penal decidió la impugnación especial promovida a favor del procesado adolescente J.J.G.T. contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de asuntos penales para adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, en la cual fue primera vez condenado como autor de actos sexuales con menor de catorce años.

La Corte confirmó el fallo impugnado, al encontrar suficientemente acreditada, la

naturaleza libidinosa del acto objeto de la condena, por lo que, el hecho estructura una conducta dolosa penalmente tipificada en el artículo 206 del Código Penal, en las circunstancias de agravación contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 211 ídem.

Para el efecto, la Sala aclaró que, si bien pueden existir comportamientos de acoso juvenil que no sean delito, si con ello se estructura una conducta típica, antijurídica y culpable, ésta será objeto de reproche penal.

De otra parte, la Corte indicó que, al presente asunto le es aplicable la ley penal colombiana, pues si bien los hechos acaecieron en Florida - Estados Unidos de América, el procesado es colombiano, se encuentra en territorio patrio, se le acusó de actos sexuales con menor de catorce años cuya pena mínima establecida en el Código Penal es de 9 años y no fue juzgado en el exterior.

SP198-2023(60453) de 31/05/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Por motivo de un campeonato de “waterpolo” llevado cabo en Estados Unidos, el niño C.A.O.A. -de 13 años- viajó de Colombia a ese país con sus compañeros de equipo del club Y, su entrenador y los padres delegados. Todos se hospedaron en Miami los días 12 y 13 de junio de 2012; al día siguiente se desplazaron a la ciudad de Tampa -Florida, lugar en donde se llevó a cabo el torneo; el 17 regresaron a Miami y el 19 del mismo mes y año tomaron vuelo para Colombia.

2. En una de las habitaciones del hotel en el que se alojaron en Miami el 18 de junio de 2012, los jóvenes deportistas J.C., E.P. y J.J.G.T., tras percibir a C.A.O.A. -de 13 años- débil, de bajo carácter y poco reactivo frente a los abusos que le propinaban de tiempo atrás desde cuando éste ingresó al Club, por la fuerza le bajaron el pantaloncillo y le pusieron un cepillo de dientes - a manera de falo- entre sus nalgas. J.J.G.T. le tomó a C.A.O.A. al menos una fotografía en la que éste aparece desnudo con sus glúteos expuestos en la situación degradante atrás mencionada.

3. En el mismo escenario y justo antes de lo indicado en el párrafo anterior, aquéllos habían cogido a C.A.O.A. a manera de “sándwich” para realizar contra su cuerpo movimientos como si lo estuviesen penetrando o “teniendo sexo”. Acto similar intentaron reiterar inmediatamente después del suceso -del cepillo-, en cuya oportunidad y en medio del forcejeo J.J.G.T. procedió a masturbarse contra la espalda de la víctima.

4. Para la época de lo ocurrido J.J.G.T. tenía 14 años y los demás menores que participaron en el acto 13 años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY PENAL - Aplicación extraterritorial: Principio de jurisdicción universal / **LEY PENAL** - Aplicación extraterritorial: al nacional que se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea inferior a 2 años y no hubiere sido juzgado en el exterior

«[...] acorde con el artículo 16.4 del C.P., la ley penal es aplicable al nacional que se encuentre en este país después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley colombiana reprima la conducta imputada con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

Al presente asunto le es aplicable la ley penal colombiana, pues si bien los hechos objeto de la decisión impartida por el Tribunal acaecieron en Florida -Estados Unidos de América, el procesado es colombiano, se encuentra en territorio patrio, se le acusó de actos sexuales con menor de catorce años cuya pena mínima establecida en el Código Penal es de 9 años y no fue juzgado en el exterior»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: acusación y sentencia, imputación fáctica y hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: imputación fáctica, existe entre la formulación de la imputación, la acusación y la sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo fáctico de la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Principio de trascendencia / **PRINCIPIO DE**

CONGRUENCIA - Principio de trascendencia, error de ubicación del hecho

«En punto de la congruencia el artículo 448 establece que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Con base en las disposiciones atrás mencionadas, la Corte tiene sentado que la Fiscalía al acusar debe “exponer las conductas en forma clara y sucinta, en un lenguaje comprensible” para, de esa manera, garantizar “la doble finalidad de preservar el principio de legalidad, según el cual nadie puede ser juzgado por conductas que no se hallen descritas en la ley como delito, y el principio acusatorio, de acuerdo con el cual nadie puede ser condenado por hechos y delitos que no consten en la acusación”.

[...]

Pese a que los actos de imputación y acusación atrás referidos no son ejemplo de cómo la Fiscalía debe comunicar los hechos jurídicamente relevantes, no hay duda de que los mismos sí refieren que J.J.G.T. participó en el acto de poner un cepillo entre las nalgas de C.A.O.A. y tomarle una fotografía en esa situación el 18 de junio de 2012, en una habitación de hotel cuando se hallaban hospedados en Miami, Florida, Estados Unidos.

Adicionalmente, tanto el procesado como su defensor entendieron que la imputación y la acusación claramente cobijó el hecho atrás mencionado.

[...]

En síntesis, examinados los registros de la imputación, el escrito de cargos, la formulación oral de la acusación y las intervenciones del procesado y su defensor, se advierte que no hubo violación al derecho de defensa, pues (a) J.J.G.T. ciertamente fue acusado de haber participado en el hecho ocurrido en una de las habitaciones de hotel en la ciudad de Miami el 18 de junio de 2012, en la cual al niño C.A.O.A. le bajaron los pantaloncillos, pusieron un cepillo de dientes entre sus nalgas y tomaron al menos una fotografía y (b) así lo comprendió la defensa y su actuación en el proceso la adecuó a ese entendimiento.

[...]

De lo anterior se advierte que el Tribunal ubicó el hecho equivocadamente en “Tampa”, lo cual,

como viene de verse, no corresponde con lo aclarado por la fiscal del caso en la audiencia de formulación de acusación ni, como se verá más adelante, con lo probado en el juicio en el sentido de que el suceso antes mencionado tuvo ocurrencia el 18 de junio de 2012 en “Miami”.

Pese al error de ubicación del hecho puesto de presente, la sentencia condenatoria no alcanza a estructurar violación al debido proceso en punto de la congruencia, pues, en lo esencial, el Tribunal se pronunció sobre el núcleo fáctico de la imputación y de la acusación, en el sentido de que el acusado J.J.G.T. participó en el acto de poner un cepillo entre las nalgas de C.A.O.A. y tomarle una fotografía en esa postura, en una habitación de hotel cuando se hallaban hospedados en Florida -Estados Unidos- a mediados de junio de 2012. Es decir, la sentencia se limitó a decidir sobre hechos que fueron objeto de la acusación»

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -

Agravado: demostración / **DERECHO PENAL** - Las acciones de maltrato físico o psicológico (“bullying” o “matoneo”), son reprochables penalmente, cuando la conducta está tipificada como delito / **TESTIMONIO** - Del menor: apreciación probatoria, silencio de la víctima de delitos sexuales no significa que los hechos no hubieran ocurrido

«[...] las pruebas atrás relacionadas muestran inverosímil las excusas indicadas en el juicio por J.J.G.T. y E.P. en el sentido de que fue C.A.O.A. quien se puso el cepillo entre las nalgas y pidió ser fotografiado en esa postura, pues ante la Comisión de Disciplina de la Liga y el entrenador JMO en su momento indicaron explicaciones diferentes: que lo hicieron como un acto de “amenaza” para que la víctima se alejara y como una “chanza”, respectivamente; esto es, reconocieron su iniciativa en el hecho, mas no un proceder condescendiente dirigido a satisfacer solicitudes de C.A.O.A.

Adicionalmente, las declaraciones tanto de los entrenadores R y E como la de la joven E dan cuenta de hechos que indican cierto el testimonio rendido por C.A.O.A. en el sentido de que el acto del que fue víctima se llevó a cabo, no a petición suya, sino en contra de su voluntad.

[...]

En consecuencia, como se adelantó, la Sala encuentra desvirtuado que C.A.O.A. por su

voluntad se hubiese puesto el cepillo entre sus nalgas para luego pedir ser fotografiado en esa degradante postura en detrimento de su propia dignidad.

Contrariamente, se advierte plenamente probado que:

Un grupo de tres jóvenes, entre quienes se encuentra J.J.G.T., tras percibir a C.A.O.A. -de 13 años- débil, de bajo carácter y poco reactivo frente a los abusos que le propinaban de tiempo atrás desde cuando éste ingresó al Club Y, por la fuerza le bajaron el pantaloncillo y le pusieron un cepillo de dientes -a manera de falo- entre sus nalgas. J.J.G.T. le tomó a C.A.O.A. al menos una fotografía en la que éste aparece desnudo con sus glúteos expuestos en la situación degradante atrás mencionada.

En el mismo escenario y justo antes de los hechos mencionados en el párrafo anterior, aquéllos habían cogido a C.A.O.A. a manera de “sándwich” para realizar contra su cuerpo movimientos como si lo estuviesen penetrando o “teniendo sexo”. Acto similar intentaron reiterar inmediatamente después del suceso -del cepillo-, en cuya oportunidad y en medio del forcejeo J.J.G.T. procedió a masturbarse contra la espalda de la víctima;

Al día siguiente, la fotografía tomada por J.J.G.T. fue socializada por E.P. con los demás deportistas del Club Yubartas, incluida la hermana de la víctima y;

Los actos descritos ocurrieron a mediados de junio de 2012 en una habitación de hotel en Miami, a donde el procesado, la víctima y demás integrantes del Club Yubartas viajaron con ocasión de un torneo de waterpolo llevado a cabo en Tampa, Florida -EE. UU.

El impugnante, tras aceptar que el “bullying” o el “matoneo” entre jóvenes son comportamientos reprochables y requieren la atención e intervención de los mayores, propone que esos actos no son de interés para el derecho penal, como en el presente asunto, en el cual la víctima incluso guardó silencio sobre lo que le ocurrió, al punto que sólo se tuvo conocimiento del suceso cuando su mamá se enteró por sus propios medios.

Pueden existir comportamientos de acoso juvenil -al interior de grupos escolares, deportivos, de recreación etc.- que, ciertamente, no sean delitos, pero esa realidad, per se, no excluye que algún hecho en ese contexto sí lo sea. Para dilucidar el

asunto lo determinante es examinar si se estructura una conducta típica, antijurídica y culpable como lo señala el artículo 9° del Código Penal.

En el presente asunto, conforme con la declaración de la víctima -que la Sala viene de asignarle credibilidad- el hecho objeto de revisión (i) estuvo precedido de movimientos pélvicos de los victimarios llevados a cabo contra el cuerpo de C.A.O.A. como si lo estuviesen penetrando o “teniendo sexo” y (ii) proseguido de masturbación sobre su espalda por parte del procesado (componentes fácticos respecto de los cuales, valga precisar, no se pronunció el Tribunal).

Esta realidad probada no deja duda alguna de la naturaleza libidinosa del acto objeto de la condena, consistente en que tres jóvenes cogieron a un niño de 13 años lo desnudaron y le pusieron un cepillo de dientes entre sus nalgas, para luego fotografiarlo en esa postura pasiva que, agrega la Sala, sugiere actividad sexual con un objeto fálico por vía anal y cuyo hecho tuvo ocurrencia por la fuerza, esto es, en contra de la voluntad de la víctima, como quedó demostrado en el numeral 5.2.2.2.

De esta manera, el hecho estructura una conducta dolosa penalmente tipificada en el artículo 206 del Código Penal, en las circunstancias de agravación contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 211 ídem.

El acto se advierte antijurídico, toda vez que lesionó la libertad e integridad sexual de C.A.O.A., lo cual incluso le generó afectación psicológica, toda vez que en la valoración de esa índole se le observó depresivo cuando hizo alusión a lo sucedido.

Ahora bien, el que el específico comportamiento del procesado por el cual viene condenado sea parte de un conjunto de múltiples acciones de maltratos físicos o psicológicos dirigidos sistemáticamente contra C.A.O.A., -lo que socialmente se denomina “bullying” o “matoneo”- no lo exonera del reproche penal. Contrariamente, los hechos probados permiten edificar el convencimiento pleno sobre su culpabilidad por el desvalor implícito que hay en la decidida acción por él acometida, enderezada a violentar los derechos penalmente tutelados -atrás mencionados- de la víctima con el deplorable fin último de humillarla, ridiculizarla y pisotear su dignidad para excluirla de un grupo social específico al interior del Club Y.

De otra parte, el silencio de C.A.O.A. -en relación con el vejámen de naturaleza sexual que padeció-hasta cuando su madre se enteró por sus propios medios, no es indicador de inexistencia del hecho, pues es perfectamente comprensible que por pudor y en protección de su dignidad, no quisiera comunicar, publicar o exponer la vergonzosa y humillante situación a la que fue sometido, máxime si en cuenta se tiene que, de acuerdo con el testimonio del presidente de la Comisión Disciplinaria de la Liga del Valle -APC- y el informe pericial vertido en el juicio por la perito Psicóloga CJR, respectivamente, C.A.O.A. es un joven “introvertido” que se experimenta con asimetría de poder, baja capacidad de respuesta y es caracterizado como “víctima ideal”.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

- Modalidades: quien induzca a la realización de prácticas sexuales, sexting / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - La inmadurez del menor como presunción de derecho / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Realizados a través de medios virtuales: actualmente son sancionados a través de este tipo penal / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el delito de pornografía con personas menores de 18 años / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura: no requiere que la víctima sufra un perjuicio / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración: el examen de la conducta de la víctima es impertinente / **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años no se puede presumir ni inferir el consentimiento / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación que interpuso el Procurador 136 Judicial II Penal contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que absolvió a S.E.P.R. por el delito de

Finalmente, teniendo en cuenta que la impugnación especial procede para la revisión de la primera condena en garantía del derecho a la doble conformidad y en el presente asunto la calificación jurídica benévola acogida en la sentencia fue la de “actos sexuales con menor de 14 años” (artículo 209 ídem), limitada al hecho de que J.J.G.T. junto con otros jóvenes en una habitación de hotel pusieron un cepillo de dientes entre las nalgas de C.A.O.A., de lo cual hubo un registro fotográfico; la única decisión posible de adoptar sin quebrantar el debido proceso es la de confirmar el fallo impugnado».

actos sexuales con menor de catorce años agravado, luego de revocar la decisión condenatoria inicial.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia de segunda instancia para así restablecer la inicial que lo condenó como autor de actos sexuales con menor de catorce años, al encontrar demostrado que el procesado realizó con dolo y ánimo libidinoso la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, en la modalidad de inducción; de manera que, sin justa causa, vulneró la integridad y formación sexuales de la menor víctima.

Al respecto, consideró que, la providencia impugnada incurrió en violación directa de la ley sustancial por la errada interpretación del artículo 209 del Código Penal, por cuanto, éste no exige la concreción de los actos libidinosos que busca provocar el agente en el menor de 14 años; además, la afectación del bien jurídico de formación e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes con edad inferior a los 14 años que son expuestos a actos sexuales, se presume de derecho.

Aunado a ello, dilucidó que, el razonamiento del Tribunal acarrea estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que, *a priori*, estaba llamado a asumir en su condición de víctima.

De igual manera, la Corte reiteró que, si en el marco de una actividad de sexting o cualquier otra que tenga lugar en redes globales de comunicación, un menor de 14 años recibe solicitudes o es inducido a una práctica sexual,

el autor de esta conducta incurre, sin duda alguna, en el delito previsto en el artículo 209 del C.P., y no en el de pornografía con personas menores de 18 años, definido en el artículo 218 sustantivo.

Por último, la Sala de Casación Penal excluyó la circunstancia específica de agravación (art. 211.2 C.P.) y, por tanto, dosificó la pena de prisión impuesta, comoquiera que su atribución en la audiencia de acusación violó el debido proceso y el derecho de defensa, irregularidad prolongada en la sentencia condenatoria de primera instancia.

SP219-2023(55559) de 07/06/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 3 de junio de 2014, S.E.P.R., de 23 años, mantuvo una conversación por la red social WhatsApp con su prima L.A.P.M., de 12 años, en la que, de manera insistente, le solicitó fotografías de sus partes íntimas -descubiertas o en ropa interior-, y con tal propósito, inclusive, le ofreció y envió primero una de su pene. En la parte final del diálogo, expresó a la menor de edad que esperara para despedirse hasta que él terminara de masturbarse.

2. Al parecer, la misma propuesta ya la había hecho a su pariente menor en una o varias ocasiones, dentro del año anterior, por medio de la red social Facebook.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades: quien induzca a la realización de prácticas sexuales, elementos típicos / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Elementos: verbo rector, inducir / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Delito de mera conducta / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Modalidades: quien induzca a la realización de prácticas sexuales, sexting / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - La inmadurez del menor como presunción de derecho / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Grooming / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** -

Realizados a través de medios virtuales: actualmente son sancionados a través de este tipo penal / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el delito de pornografía con personas menores de 18 años / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura: no requiere que la víctima sufra un perjuicio / **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años no se puede presumir ni inferir el consentimiento / **DELITOS SEXUALES** - Uso de las tecnologías de la información y la comunicación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas

«[...] la norma sustantiva identificada por el Procurador demandante como erróneamente interpretada (art. 209) describe el delito de actos sexuales con menor de catorce años a través de 3 conductas alternativas: (i) realizar con una de estas personas actos sexuales diversos del acceso carnal (ii) ejecutarlos en su presencia, o (iii) inducirla a prácticas sexuales.

La tercera clase de comportamientos prohibidos exige la concurrencia de estos elementos típicos: (i) inducir a prácticas sexuales, (ii) a una persona menor de 14 años, y (iii) con conocimiento del hecho y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. Por ello, la Sala de Casación Penal ha explicado que su configuración:

... requiere que se le instigue o persuada [al menor de 14 años] para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.

De acuerdo con la definición gramatical de la palabra, inducir significa mover a alguien a algo o darle motivo para ello, provocar o causar algo. Siendo ello así, inducir a prácticas sexuales implica desplegar comportamientos orientados a provocar que un menor de catorce años realice algún tipo de actividad de connotación erótica.

En igual sentido lo indicó la sentencia SP4573-2019, oct. 24, rad. 47234:

Por “inducir” se entiende la acción de «provocar o causar algo» y también «mover a alguien a algo o darle motivo para ello». Hacer ofertas con fines

sexuales a otro es una manera de inducirlo a prácticas sexuales, en tanto le está brindando motivos para incurrir en tales actividades, así no se consiga el resultado querido. Por ende, el simple hecho de pedirle al que no haya cumplido los catorce (14) años cualquier actividad de índole sexual se ajusta a la descripción típica del artículo 209 de la Ley 599 de 2000, bajo la variante de la inducción, [...]

La sentencia de casación acabada de citar - reiterada por la SP2348-2021, jun. 2, rad. 49546- tuvo por objeto principal la delimitación del ámbito típico del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales (art. 219A C.P.) y lo hizo en términos cuya cita resulta pertinente para el asunto bajo examen:

Tanto el ingrediente objetivo (“utilizar o facilitar el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación”) como el subjetivo del tipo (“para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho -18- años de edad”) deberán entenderse en un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual. Esto es, en un entorno de explotación sexual de menores de edad.

Por ende, estableció la Corte que la solicitud o inducción sexual a un menor de 14 años por fuera de un entorno de explotación, aun cuando tenga lugar a través de redes globales de comunicación, se mantiene en la órbita típica de los actos sexuales abusivos (art. 209 C.P.):

La conducta de realizar ofrecimientos sexuales a un menor de edad que no haya cumplido los catorce (14) años está prevista en el artículo 209 del Código Penal. Sería absurdo desde la perspectiva de la protección del bien jurídico tipificar dicho comportamiento con pena más grave solo por el hecho de usar la telefonía o cualquier otro medio de comunicación.

[...]

Si el bien jurídico común en tal situación es la formación o el desarrollo de quien aún no observa capacidad para decidir en materia sexual, el instrumento utilizado para la realización de la oferta debería ser considerado irrelevante. No se advierte una diferencia sustancial entre tratar de corromper a un niño en persona e intentarlo por

carta, teléfono fijo o móvil, correo electrónico, Twitter, Facebook, Whatsapp, etc.

En conclusión:

(i) En situaciones ajenas a las de explotación, la acción de realizar ofertas de connotación sexual a menores de catorce (14) años configura la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce (14) años de que trata el artículo 209 del Código Penal, en la variante de “inducir a prácticas sexuales”.

[...]

(iii) La conducta de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años la realiza aquel que se vale del “correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación” para ofrecerle a un menor u obtener de él la prestación de servicios de turismo sexual, prostitución o pornografía infantil.

[...]

Conforme a lo dicho, el ilícito de actos sexuales con menor de catorce años a través de la inducción a prácticas sexuales, es de mera conducta porque su configuración no demanda la producción del resultado querido por el agente, esto es, que el niño, niña o adolescente realice o participe en la actividad erótica o libidinosa que se le propone. Inclusive, en algunos eventos, si tal desenlace ocurre podría actualizarse, entonces, una de las otras 2 acciones típicas: realizar actos sexuales con el menor o en su presencia.

Cierto es que los principios de tipicidad y lesividad implican que únicamente sean susceptibles de sanción las conductas descritas en la ley penal que sean idóneas o aptas para lesionar o poner en peligro efectivamente el bien jurídico tutelado, siendo esa la razón de la punición de la tentativa. Pero, la idoneidad de la conducta no puede confundirse con la efectiva consecución del fin que la inspira porque aquella solo refiere la cualidad de lo «adecuado y apropiado para algo» con independencia de que esto último llegue a realizarse; de lo contrario, el delito tentado no sería sancionable.

De otra parte, no puede olvidarse que la razón por la cual la ley penal cataloga como abusiva todo acto o relación sexual con menores de 14 años es que presume la incapacidad de estos para prestar un consentimiento válido en esa materia.

De ahí que, someter a un niño, niña o adolescente de ese grupo etario a una actividad sexual, sea como sujeto pasivo o espectador o siquiera intentar persuadirlo con tal finalidad; son todas conductas que indefectiblemente lesionan su integridad y formación sexuales, sin importar los conocimientos o experiencias con que cuente el menor de edad y tampoco la acreditación de que sufrió un específico daño psicológico o físico a raíz del abuso. [...]

La sentencia de segunda instancia equivocó la hermenéutica del artículo 209 sustantivo por motivos adicionales a los expuestos por el demandante:

De manera infortunada, invocó conocimientos, actitudes y comportamientos de la víctima como argumentos -directos o indirectos- de exclusión de tipicidad o antijuridicidad, como ya ha podido vislumbrarse.

En primer lugar, descartó la idoneidad -y con ello la tipicidad- de la conducta sexual inductora porque la reacción de la menor de edad fue jocosa, evasiva y habilidosa y, peor aún, incitó al acusado a que le requiriera una fotografía desnuda, lo persuadió de que remitiera imágenes de su miembro viril y le solicitó videos pornográficos.

Olvidó la sentencia que ni siquiera el consentimiento de una persona menor de 14 años excluye la responsabilidad de quien la someta o pretenda someterla a actividades que afecten su integridad y formación sexuales, porque se presume inválido; pero, además, que la naturaleza sexual abusiva de un acto no depende de una determinada conducta o reacción «correcta» o «adecuada», según la opinión del juzgador, del sujeto pasivo, menos aun cuando este es un niño, niña o adolescente en proceso de maduración de sus facultades mentales.

Es más, si se tiene en cuenta que la conducta abusiva que se juzga recayó en una niña, el razonamiento del Tribunal acarrea «estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que, a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima». Al efecto, recuérdese que un enfoque de género en la administración de justicia proscribe «el empleo de preconceptos anclados en la preeminencia del varón sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir

las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual [...]»

El contexto argumentativo de la sentencia impugnada no solo descarta la tipicidad por conductas impropias, inesperadas o inusuales de la víctima mujer de un abuso sexual, juicio que resulta más discriminatorio aún por la etapa del desarrollo físico y psicológico de aquella (12 años); sino que, la señala, prácticamente, como corresponsable de los mensajes sexuales en el diálogo entablado con su primo adulto (23 años), en veces hasta en un grado superior porque la destaca como más astuta y eficaz. [...]

Esa forma discriminatoria y revictimizante de argumentar, da pábulo a inferencias tan inoportunas como la efectuada por el defensor, en la condición de no recurrente, quien entendió que la sentencia afirmó que la mujer menor de 14 años indujo al acusado a cometer el delito.

Y, en segundo lugar, la sentencia impugnada dejó entrever que los conocimientos de L.A.P.M. impiden concluir que la conducta abusiva de SEPR «despertó su sexualidad»

En tal argumento subyace la premisa de que la información y experiencias previas de la víctima desvirtúan la lesión del bien jurídico tutelado, que es equivocada porque, nuevamente, desatiende la irrelevancia típica de los particulares conocimientos, actitudes o comportamientos del menor de 14 años cuando es sometido a vejámenes sexuales. En suma, parece demandar cierta honorabilidad del sujeto pasivo, lo que resulta inadmisibles frente a todos los delitos sexuales y más aún frente a los abusivos contra niños, niñas y adolescentes.

En algún momento, la sentencia llegó a aseverar que las casuales peticiones «obscenas» realizadas a un menor de edad en el contexto de intercambio de videos o imágenes erótico-sexuales a través de la internet (sexting) no configura el delito de actos sexuales abusivos sino, eventualmente, el de pornografía con personas menores de 18 años.

Tal apreciación, cuando menos, es equívoca porque sí, en el marco de una actividad de sexting o cualquier otra que tenga lugar en redes globales de comunicación, un menor de 14 años recibe solicitudes o es inducido a una práctica sexual, el autor de esta conducta incurre, sin duda alguna, en el delito previsto en el artículo 209 del C.P.

En similar sentido, en la sentencia SP086-2023, mar. 15, rad. 53097, indicó que el «grooming» o

‘child grooming’, [que] hace referencia, ..., al contacto vía TICs, preordenado a la actividad sexual con menores ... resulta objeto de reproche, a través del artículo 209 del Código Penal, cuando la ‘inducción’ es específica a realizar actividades sexuales o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima»

Cuestión muy distinta es que en el contexto de las tecnologías de la comunicación el agente «fotografie, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de dieciocho (18) años de edad» o que «alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro».

En tales eventos, obviamente, el ilícito cometido sí será el definido en el artículo 218 sustantivo.

En síntesis, la sentencia impugnada incurrió en violación directa de la ley sustancial por la errada interpretación del artículo 209 del C.P. y tal vicio es trascendente porque su corrección lleva a concluir que la premisa fáctica demostrada reúne las exigencias típicas del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, así como los demás presupuestos de responsabilidad»

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Configuración: no es necesario que exista erección ni penetración, sino goce del libido sexual / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración: el examen de la conducta de la víctima es impertinente / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): apreciación

«La sentencia de segunda instancia sostuvo que la remisión de la foto del órgano genital del acusado fue provocada por la menor de edad, cuando la secuencia del diálogo enseña que tal actuación fue sugerida por el hombre con la

finalidad inequívoca de generar confianza y el compromiso de su interlocutora -en la cita textual antecedente se resaltó con negritas-. Siendo así, dicho contenido probatorio fue tergiversado por el Tribunal y, por ende, incursionó en un falso juicio de identidad.

Que la toma y envío de la fotografía inducida por el acusado constituía una actividad de naturaleza sexual, tanto en el plano objetivo como subjetivo, porque buscaba la exhibición de los órganos femeninos íntimos con el inequívoco propósito de satisfacer la libido del destinatario [...]

Es de advertir que, contrario a lo sostenido por la sentencia impugnada, es irrelevante si el acusado ejecutó o no la maniobra de autosatisfacción sexual porque la sola manifestación que hizo en tal sentido, acompañada por expresiones que la dotaban de credibilidad, evidenció, cuando menos, un propósito de la naturaleza anunciada.

Que L.A.P.M. manifestó su incomodidad y disgusto por los temas sexuales que con frecuencia -desde hacía 1 año- le proponía el acusado, al punto que llegó a bloquearlo en su cuenta de Facebook. Por esa misma razón lo consideraba «morboso» [...]

En este aspecto, la sentencia de segunda instancia cercenó la prueba documental en cuestión porque, en distintos apartados, describió la respuesta de la menor de edad ante la propuesta de su consanguíneo exclusivamente como jocosa, habilidosa, sagaz y hasta propositiva; pero, soslayó en su argumentación las claras manifestaciones de rechazo y de indignación con que también reaccionó. Esto sin olvidar que, en todo caso, el examen de la conducta de la víctima de unos actos sexuales abusivos debidamente acreditados es impertinente.

En el sentido indicado, le asiste razón al demandante en la propuesta subsidiaria de falso juicio de identidad».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Estipulaciones probatorias: no puede asimilarse a la práctica de pruebas decretadas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba, no están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Estipulaciones probatorias: oportunidad, surten efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria

/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: no ser introducidas formalmente en el juicio oral, no vulnera el debido proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: se vulnera, cuando el Juez deduce una circunstancia de agravación punitiva, con indeterminación jurídica y ausencia de fundamento fáctico / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: cuando en la sentencia se efectúan argumentaciones sobre aspectos que desbordan los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de S.O.M.M., en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó, con algunas modificaciones, la condena emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, por los delitos de homicidio en concurso homogéneo y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La Sala casó parcialmente el fallo impugnado, en orden a que recobrarla vigencia la sentencia emitida en primera instancia, con la aclaración que la condena solo procede por el delito de homicidio de que fue víctima G.V.M., en condición de simple, en concurso con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Igualmente, decretó la nulidad parcial de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, inclusive, solo en lo relacionado con el homicidio de que fue víctima la señora Y.E.P.P.; y, mantuvo incólume los demás aspectos del fallo impugnado.

Las mencionadas decisiones se fundamentaron en las siguientes razones:

1. Las estipulaciones probatorias fueron celebradas, aportadas y avaladas por el juez en el escenario procesal dispuesto por el legislador. Para el efecto, la Corte analizó la finalidad y oportunidad de las referidas estipulaciones, aclarando que, son diferentes a los medios de prueba y, por tanto, no están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria.

2. Los jueces de instancia violaron el debido proceso por trasgresión del principio de congruencia, con la consecuente afectación del

derecho de defensa, al: i) condenar al procesado por el homicidio de que fue víctima la señora Y.E.P.P., a pesar de no haber sido incluido en la premisa fáctica de la acusación; y ii) deducir una circunstancia de agravación (artículo 104, numeral 7°), a pesar de que en la acusación no se incluyeron los respectivos hechos jurídicamente relevantes.

SP235-2023(55126) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de diciembre de 2011, G.J.V.M. se encontraba departiendo con su compañera sentimental en inmediaciones del río Aracataca, ubicado en el municipio del mismo nombre. Estando allí, sostuvo una discusión con S.O.M.M., a quien ambos conocían con antelación.

2. Aproximadamente a las 6:30 de la tarde, G.J.V.M. y su pareja se trasladaron en un ciclo-taxi hasta su residencia. Cuando la mujer (que tenía ocho meses de embarazo) se aprestaba a cambiar un billete para pagar el servicio de transporte, arribó al lugar S.O.M.M., quien, agresivamente, le preguntó por la ubicación de G.J.V.M.

3. La mujer intentó hacerle creer que se había quedado en el centro de la localidad, pero el sujeto miró hacia el ciclo-taxi y pudo verlo. Ante ello, S.O.M.M., disparó contra la humanidad de G.J.V.M., causándole la muerte. El procesado no tenía autorización para portar el arma de fuego que utilizó en el crimen.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba: aspectos que comprende / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, hechos indicadores, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Tema de prueba: debe ser demostrado a través de los medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: son impertinentes e inadmisibles las relacionadas u orientadas a debatir el hecho objeto de estipulación probatoria / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: finalidad, consiste en depurar el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: no puede asimilarse a la práctica de pruebas decretadas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: diferencias con los medios de prueba, no están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria

«Aunque es cierto que las estipulaciones probatorias constituyen una de las formas de conocimiento judicial, también lo es que tienen diferencias notorias con los medios de prueba regulados en el ordenamiento procesal penal.

Al efecto, debe recordarse que el tema de prueba está conformado por los hechos incluidos en la acusación y, adicionalmente, por los propuestos por la defensa cuando opta por presentar hipótesis factuales alternativas.

Ello, sin perder de vista que los hechos indicadores (datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes), también deben ser demostrados (CSJSP3168, 8 marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP1467, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007; entre otras).

En principio, todos los aspectos que hacen parte del tema de prueba deben ser demostrados a través de los medios establecidos en el ordenamiento procesal penal (testimonios, documentos, elementos materiales, dictámenes, etcétera), a la luz del principio de libertad probatoria.

Sin embargo, como es posible que frente a varios de estos aspectos no exista una “controversia sustantiva”, el ordenamiento procesal les brinda a las partes la posibilidad de celebrar acuerdos o estipulaciones frente a aquellos vinculados con el tema de prueba que no están interesadas en discutir. Ello se desprende con total claridad del texto del artículo 10° de la Ley 906 de 2004, que tiene la calidad de norma rectora.

[...]

Sobre esta base, la jurisprudencia de esta Sala ha decantado las principales características de las estipulaciones, entre ellas:

(i) deben versar sobre hechos,

(ii) el acuerdo probatorio no puede implicar, en sí mismo, la inviabilidad de la acusación, ni puede eliminar toda posibilidad de defensa,

(iii) las partes deben expresarlas con la mayor claridad posible,

(iv) el juez tiene la obligación de velar porque las estipulaciones se ajusten a las referidas reglas;

(v) no se deben admitir pruebas atinentes a los hechos estipulados, y

(vi) las estipulaciones están instituidas para dinamizar el proceso, no para que las partes se aprovechen de su falta de claridad o de su contrariedad con el ordenamiento jurídico (CSJSP5336, 4 dic 2019, Rad. 50696, entre otras)

En este orden de ideas, es claro que la función de las estipulaciones es depurar el debate, en la medida que se deja por fuera del mismo aquellos hechos que no son objeto de “controversia sustantiva” a la luz de las teorías factuales y las estrategias de las partes.

Desde esa perspectiva, contribuyen a la formación del conocimiento judicial, pero de una forma sustancialmente diferente a como lo hacen las pruebas.

En efecto, con una estipulación se da por probado un hecho, lo que implica sustraerlo del debate y, por ende, de la necesidad de ser demostrado con testimonios, documentos, evidencias físicas u otros medios de prueba.

Visto de otra manera, lo que se logra con una estipulación es evitar la práctica de pruebas innecesarias, que lo serían porque versan sobre temas frente a los que no existe controversia sustantiva.

De ahí que resulte inadmisibles la asimilación entre las pruebas (que deben ser decretadas en la audiencia preparatoria y practicadas en el juicio) y las estipulaciones probatorias.

El decreto de una prueba, no es más que la autorización para que la parte interesada la incorpore o practique en el juicio, de suerte que, lo allí resuelto, no prueba el hecho, ni contribuye de suyo al conocimiento judicial.

Así, por ejemplo, cuando se decreta un testimonio, nada se conoce sobre su contenido, salvo la breve explicación sobre su pertinencia.

Con las estipulaciones sucede algo totalmente diferente.

Al celebrarlas, debe quedar totalmente claro cuál es el hecho que se da por probado.

Ello, según se verá más adelante, tiene efectos jurídicos significativos desde la audiencia preparatoria.

De allí que resulte inapropiado afirmar que las estipulaciones están sometidas a los principios que rigen la práctica probatoria, pues carecería de sentido hablar, por ejemplo, de la materialización de los principios de confrontación o la contradicción frente este tipo de acuerdos, toda vez que lo que se busca con ellos, justamente, es evitar es este tipo de controversias.

Tampoco es razonable cuestionar la intermediación del juez frente a las estipulaciones, máxime si se tiene en cuenta que, en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano, el juez que dirige la fase previa al juicio (acusación y preparatoria) es el mismo que tiene a cargo el juicio oral y la determinación de la responsabilidad penal.

De cualquier forma, en uno u otro caso, es desacertado asimilar las labores de dirección de la audiencia en la que tienen lugar las estipulaciones probatorias, con la labor de intermediación en la práctica de un testimonio.

Entre otras razones, porque:

(i) la intermediación frente al testimonio le permite al juez valorar su credibilidad, de cara a decidir si da por probados o no los hechos relatados, al tiempo que le permite la dirección de la práctica del interrogatorio cruzado,

(ii) la “intermediación” frente a la estipulación se contrae a las labores de dirección necesarias para que el acuerdo probatorio sea suficientemente claro y se sujete a los requerimientos atrás relacionados, y

(iii) mientras la intermediación frente al testimonio solo puede materializarse en el juicio oral, salvo los eventos legalmente exceptuados, la “intermediación” frente a la estipulación ocurre en el momento que las partes ponen de presente el acuerdo.

En síntesis, las estipulaciones:

(i) contribuyen a la formación del conocimiento judicial, pero de una forma muy diferente a como lo hacen las pruebas que deben practicarse en el juicio oral,

(ii) su función principal es decantar el tema de debate, precisamente para evitar la práctica de pruebas innecesarias,

(iii) por tanto, no están cobijadas por la regla prevista en el artículo 16 -norma rectora, en el sentido de que únicamente se valorarán las pruebas practicadas en el juicio oral con intermediación, concentración, confrontación, contradicción y publicidad, y

(iv) lo ideal es que las estipulaciones se consoliden antes del juicio oral, precisamente para tener claridad sobre cuáles pruebas deben ser practicadas en ese escenario»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: son impertinentes e inadmisibles las relacionadas u orientadas a debatir el hecho objeto de estipulación probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: Finalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: derecho comparado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: oportunidad, surten efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: no ser introducidas formalmente en el juicio oral, no vulnera el debido proceso

«Las consideraciones realizadas en el acápite anterior permiten comprender por qué las estipulaciones deben lograrse en la audiencia preparatoria y por qué esta audiencia tiene la estructura prevista en los artículos 356 y siguientes de la Ley 906 de 2004. [...]

De esta regulación, importa resaltar lo siguiente:

(i) el espacio para celebrar las estipulaciones supone que las partes conocen la acusación, como principal aspecto delimitador del tema de prueba,

(ii) también deben conocer los “elementos probatorios” que Fiscalía y defensa pretenden utilizar, de acuerdo a lo previsto en los numerales 2° y 3°, y

(iii) el espacio para celebrar las estipulaciones se fija antes de las solicitudes probatorias -art. 357-, lo que se aviene con la idea de que estos convenios apuntan, precisamente, a delimitar la controversia, de tal suerte que es improcedente

la solicitud y decreto de pruebas frente a hechos estipulados.

De acuerdo con esta reglamentación, es claro que las estipulaciones probatorias empiezan a tener efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria, pues su celebración limita la posibilidad de las partes de pedir pruebas. Igual, estos acuerdos determinan el margen decisional del juez, pues no podrá decretar pruebas que correspondan a los hechos estipulados.

Eso fue lo que sucedió justamente en el caso sometido a conocimiento de la Sala.

En la audiencia preparatoria, las partes celebraron varias estipulaciones y, en virtud de las mismas, la Fiscalía manifestó que no solicitaría la presencia en juicio del médico forense y, en general, la incorporación de las pruebas atinentes a los hechos objeto del convenio.

En la misma línea se pronunció el juez en el auto que puso fin a dicha audiencia, tal como se indicó en precedencia.

Esto permite comprender de mejor manera el sentido de la audiencia prevista en los artículos 356 de la Ley 906 de 2004, cuya finalidad es, precisamente, preparar el debate del juicio oral, labor que incluye diversos aspectos, entre los que cabe destacar:

- (i) la decantación de lo que será objeto de debate, actividad en la que juegan un papel fundamental las estipulaciones probatorias, orientadas, según se dijo, a dar por probados hechos frente a los que no existe “controversia sustancial”; y
- (ii) la determinación de las pruebas que se practicarán en el juicio oral para demostrar los hechos discutidos.

Esta estructura no es exclusiva del sistema procesal colombiano.

En el modelo peruano, por ejemplo, las estipulaciones están reguladas en los artículos 156.3, 350.2, 352.6 y 353.2c., reglamentación de la que resulta de interés destacar lo siguiente:

- (i) los acuerdos probatorios deben celebrarse en el término de traslado de la acusación,
- (ii) las decisiones del juez sobre las “convenciones probatorias” - en la audiencia preliminar- no son recurribles, y
- (iii) en el auto de enjuiciamiento deben quedar especificados, entre otros aspectos, las

convenciones probatorias, así como las pruebas decretadas.

En todo caso, se trata de asuntos que deben quedar resueltos en la denominada “etapa intermedia”, antes de la iniciación del juicio oral.

En Chile, lo concerniente a las “convenciones probatorias” también debe quedar resuelto en la “audiencia de preparación del juicio oral”, al extremo que, en el auto de apertura del mismo, a cargo de un juez diferente al de juzgamiento, se debe indicar, entre otros aspectos, “los hechos que se dieron por acreditados” en virtud de las convenciones probatorias logradas por las partes (artículos 259 y siguientes).

En el sistema colombiano estos métodos de depuración del debate no son extraños a otras especialidades del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, el artículo 372 del Código General del Proceso, al que remite el artículo 392 ídem, regula la depuración del tema de debate, en la denominada “audiencia inicial”.

En ella, “el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que se consideran demostrados y los que requieren ser probados”.

Al margen de las diferencias entre los diferentes sistemas de enjuiciamiento criminal atrás referidos, así como entre los procesos penales y civiles, lo expuesto en precedencia pone de presente la tendencia a lograr la depuración del debate por la vía de los acuerdos frente hechos que no sean objeto de controversia sustantiva.

Para que se surta ese efecto dinamizador, resulta imperioso que los mismos se consoliden antes de decidir sobre las pruebas que serán practicadas en el juicio, para que el debate se reduzca a lo verdaderamente sustancial.

En la Ley 906 de 2004, como ya se indicó, el espacio para la depuración del objeto de debate, por la vía de las estipulaciones probatorias, es la audiencia preparatoria.

Concretamente, después de que se ha perfeccionado el descubrimiento probatorio y que las partes han enunciado las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio y, en todo caso, antes de que se presenten las solicitudes probatorias, pues se trata de excluir del debate

hechos respecto de los cuales no se presenta controversia sustantiva.

En síntesis:

- (i) las estipulaciones solo pueden versar sobre hechos,
- (ii) los hechos estipulados no pueden hacer parte de la “controversia sustancial”,
- (iii) el objetivo principal de las estipulaciones es que algunos hechos se tengan por probados, lo que implica sacarlos del tema de debate,
- (iv) frente a los hechos estipulados, las partes no pueden solicitar pruebas,
- (v) el espacio procesal para su celebración es la audiencia preparatoria, luego del perfeccionamiento del descubrimiento probatorio y de que las partes enuncien las pruebas que pretenden hacer valer y, en todo caso, antes de que se presenten formalmente las solicitudes probatorias, y
- (vi) tienen efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria, cuando se acuerdan.

Esto, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad que las partes celebren estipulaciones por fuera de dicho ámbito procesal, lo que no resulta relevante para la solución de este caso.

Hechas estas precisiones, restaría establecer si las partes, cuando han celebrado estipulaciones en la audiencia preparatoria (lo que constituye la regla, según se acaba de ver),

- (i) deben agotar un trámite adicional para que los referidos acuerdos puedan ser considerados en la sentencia, y
- (ii) de existir algún trámite complementario, cuáles son las consecuencias de que no se agote.

[...] dado que las estipulaciones deben ser presentadas por las partes y aceptadas por el juez en la audiencia preparatoria, no tendría sentido que deba solicitarse una nueva aprobación, ante el mismo juez, en la audiencia de juicio oral, máxime si se tiene en cuenta que los acuerdos ya han empezado a producir efectos jurídicos desde la audiencia preparatoria.

Además, como ya se indicó, la presentación en el juicio oral de las estipulaciones no puede asimilarse a la práctica de las pruebas decretadas en la referida audiencia, por las razones ya indicadas, de suerte que, el único efecto “novedoso” de su presentación formal en el

juicio oral, sería el de materializar el principio de publicidad, condición que también se cumple en la audiencia preparatoria, por ser de carácter público.

Por las referidas razones, la Sala considera que, aunque lo ideal es que las estipulaciones celebradas en la audiencia preparatoria se introduzcan formalmente en el juicio oral, la omisión de este trámite no genera, per se, indefensión procesal, ni conlleva la afectación del debido proceso en aspectos sustanciales, cuando se han cumplido las condiciones ya reseñadas.

En el presente caso, no se advierte que los derechos del procesado hayan sido vulnerados por dicho motivo, en cuanto,

- (i) las estipulaciones se hicieron constar por escrito y fueron leídas en la audiencia preparatoria,
- (ii) los acuerdos celebrados versan sobre aspectos frente a los que no existe “controversia sustantiva”,
- (iii) las estipulaciones empezaron a generar efectos jurídicos desde su celebración en la audiencia preparatoria,
- (iv) el escrito que las contenía fue agregado a la carpeta correspondiente a este proceso,
- (v) la defensa y la fiscalía conocían sus contenidos, luego no puede afirmarse que fueron sorprendidos al ser valoradas en el fallo, y
- (vi) aunque no fueron leídas nuevamente en el juicio oral, ya habían sido divulgadas en la audiencia preparatoria, que también tiene carácter público.

Por lo expuesto, no se accederá a lo solicitado por el impugnante, en el sentido de “excluir” del debate las estipulaciones probatorias»

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Marco normativo / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: alcance / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: cuando en la sentencia se efectúan argumentaciones sobre aspectos que desbordan los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: cuando en la sentencia se condena por un delito sin premisa fáctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos

«El artículo 448 de la Ley 906 de 2004 establece que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación...”

Esta norma debe armonizarse con otras disposiciones de la Ley 906 de 2004, entre ellas, el artículo 8º, norma rectora que consagra, entre otros derechos, el de “conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de tiempo, modo y lugar.”, y “disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa”.

También con los artículos 288.2 y 337.2, que establecen la obligación de hacer una “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”, tanto en la imputación como en la acusación.

Estos preceptos desarrollan lo previsto en esta materia en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 8º y 14, respectivamente, que tratan de las garantías judiciales mínimas del procesado, mandamientos que, a su vez, deben armonizarse con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el derecho al debido proceso.

[...]

En el recuento procesal realizado en el acápite III, quedó claro que la Fiscalía, al formular la imputación, incluyó en la premisa fáctica lo concerniente a la muerte del señor GVM y de la señora YEPP, con la precisión de que en relación con esta última la conducta se imputaba a título de dolo eventual.

Sin embargo, no se precisaron las circunstancias que rodearon la muerte de la señora en mención. Tampoco se incluyeron los referentes factuales correspondientes a los elementos objetivos y subjetivos dispuestos por el legislador para el homicidio con dolo eventual.

En lugar de corregir estos yerros en la fase de acusación, la Fiscalía omitió referirse a la muerte de la señora YEPP, así como a las circunstancias que la rodearon. De hecho, su nombre solo se trajo a colación al “corregir” la premisa jurídica, donde se mencionó que ese homicidio le era atribuible al procesado bajo la modalidad de dolo eventual.

No se dijo cuál fue la conducta que realizó el procesado, ni se mencionó la relación de la misma con el deceso de la señora P, ni siquiera se mencionó la causa de su muerte.

[...]

En las anotadas condiciones, por expresa prohibición del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, no podía emitirse condena por el homicidio de la señora YEPP.

Dicho vicio se presentó desde la audiencia de imputación, por las razones ya anotadas, y se agudizó en la fase de acusación, toda vez que la Fiscalía se limitó a plantear una calificación jurídica frente al caso de la señora YEPP, sin premisa fáctica, lo que ameritaba la intervención del juez, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala, pero no lo hizo (Cfr. CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007, entre otras)

Por tanto, se decretará la nulidad parcial de lo actuado desde la audiencia de imputación, inclusive, para que el ente acusador, si a bien lo tiene, realice las correcciones respectivas»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: la condena sólo puede emitirse por hechos incluidos en la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: se vulnera, cuando el Juez deduce una circunstancia de agravación punitiva, con indeterminación jurídica y ausencia de fundamento fáctico / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: las circunstancias de agravación deben estar expresamente incluidas en la acusación

«Situación semejante se presentó con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 7º, del Código Penal.

En la imputación, la Fiscalía consideró que el homicidio del señor VM era agravado por su condición de servidor público.

También se refirió a la circunstancia de agravación del homicidio de la señora YEPP, pero debido a que en relación con ella se decretará la nulidad de lo actuado, se torna innecesario ahondar en este aspecto.

En el escrito de acusación inicial, la Fiscalía insistió en las circunstancias de agravación previstas, para ese entonces, en los numerales 10 y 11 del artículo 104. Esto explica por qué no se ocupó de incluir en la premisa fáctica lo concerniente al supuesto estado de indefensión

del señor VM y, mucho menos, a la intención del procesado de aprovecharse de esa situación.

En la corrección de la acusación, el delegado de la Fiscalía advirtió que no modificaría la premisa fáctica, limitándose a precisar que se trataba de un homicidio agravado por la circunstancia consagrada en el numeral 7° del artículo 104, sin indicar cuál de las modalidades previstas en la norma resultaba aplicable a este caso.

Ante esta flagrante omisión de la Fiscalía, el Juzgado concluyó, con tino, que no era posible considerar en la condena esa circunstancia de agravación, porque no fue incluida en la premisa fáctica de la acusación.

No obstante, el Tribunal la imputó, con el huérfano argumento de que la Fiscalía, al corregir la acusación, trajo a colación el numeral 7° del artículo 104.

Sin embargo, por parte alguna, indicó en qué parte de la relación de hechos realizada por el fiscal se incluyó lo concerniente a la indefensión en que se hallaba la víctima y el propósito del procesado de aprovecharse de esa situación, dando a entender que la sola alusión a la norma suple la obligación de expresar con claridad los hechos que la sustentan, lo que es claramente equivocado.

Lo mismo es dable predicar de la intervención de la Fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso de casación, pues se circunscribió a decir que la circunstancia de agravación fue incluida en el acto de corrección de la acusación, sin tener en cuenta que el propio fiscal del caso manifestó que no introduciría ajustes a la premisa fáctica, y que fiel a esta advertencia, se limitó a mencionar el artículo 104, numeral 7°, sin ocuparse de hacer más precisiones.

Por tanto, se concluye que el Tribunal violó el debido proceso, al modificar la sentencia de primera instancia para incluir la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal. Ello, porque emitió la condena por hechos no incluidos en la acusación, lo que entraña la violación del principio de congruencia y de las garantías anejas.

Por tanto, se casará el fallo impugnado, con el fin de que recobre vigencia la sentencia de primera instancia, solo en lo que tiene que ver con la condena por el homicidio de GVM y el delito de porte ilegal de armas de fuego, por las razones ya indicadas».

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación:

es indispensable respetar la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** -

Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, análisis / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000,

preacuerdos y negociaciones, no es procedente /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: similar a la sentencia anticipada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Preacuerdos y negociaciones: no existe instituto similar en la Ley 600 de 2000

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa del excongresista ECMM, contra el auto de la Sala Especial de Primera Instancia AEP125-2022, rad. 39408, mediante el cual negó la solicitud de

control de legalidad de un preacuerdo que suscribió el procesado con el Magistrado HÉCTOR JAVIER ALARCÓN GRANOBLES de la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación.

En esta ocasión, la Corte confirmó la providencia impugnada, al considerar que la aplicación de la figura de los acuerdos y negociaciones, al amparo del principio de favorabilidad, resulta improcedente, por no tener equivalente en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 que lo rige y comprometer la estructura del sistema procesal en el que pretende ser aplicado.

Lo anterior, por cuanto la Ley 600 de 2000 regula la sentencia anticipada por aceptación de cargos, que resulta ser similar a la figura de la aceptación o allanamiento de cargos contemplada en la Ley 906 de 2004; pero que difiere de los preacuerdos y negociaciones, los cuales se rigen por unas finalidades específicas, unas regulaciones propias y unos beneficios punitivos de naturaleza diversa.

AP1829-2023(62772) de 28/06/2023

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

Aclaración de voto

Hugo Quintero Bernate

Luis Antonio Hernández Barbosa

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 28 de noviembre de 2012, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dispuso la apertura de investigación penal contra ECMM, por los presuntos delitos de prevaricato por acción y por omisión y abuso de autoridad, conductas que habría cometido cuando se desempeñó como Senador de la República.

2. ECMM rindió indagatoria el 21 de febrero de 2022, oportunidad en la que le fueron atribuidos cargos como presunto autor del delito de tráfico de influencias de servidor público (art. 411 de la Ley 599 de 2000).

3. El 9 de mayo de 2022, el procesado suscribió un preacuerdo con el Magistrado HÉCTOR ALARCÓN GRANOBLES de la Sala Especial de Instrucción de esta Corporación, en el que aceptó responsabilidad por el delito a cambio de una rebaja del 50% de la pena. El 10 de mayo siguiente, el Magistrado instructor remitió las diligencias a la Sala Especial de Primera Instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004.

4. El 5 de octubre de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia profirió el auto AEP125-2022, rad. 39408, negando «la solicitud de control de legalidad [del] preacuerdo». Dispuso que contra la referida decisión procedían los recursos de reposición y apelación, por tratarse de una providencia que resolvía «un aspecto sustancial dentro de la presente causa», acorde con lo previsto en los artículos 169, numeral 2°, 189 y 191 de la Ley 600 de 2000.

5. El defensor de ECMM apeló la providencia.

6. Mediante auto de noviembre 9 de 2022, la Magistrada sustanciadora de la Sala Especial de Primera Instancia concedió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

MODELOS DE PROCESAMIENTO PENAL - Mixto: evolución normativa / **FUERO** - Congresista: el régimen procesal no es la Ley 906 de 2004 sino la Ley 600 de 2000 / **ACCIÓN PENAL** - Coexistencia de legislaciones (Ley 600 de 2000 y 906 de 2004) / **ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018** - Investigación y juzgamiento de congresistas: continúa bajo el sistema de procesamiento de tendencia inquisitiva

«Estatuto procesal penal aplicable a los procesos seguidos contra congresistas

Los artículos 116, 250 y 251 originales de la Constitución Política de 1991 habilitaron en el ordenamiento interno la aplicación de un sistema procesal de carácter mixto, inicialmente contenido en el Decreto 2700 de 1991 y luego en la Ley 600 de 2000. Posteriormente, los referidos artículos fueron modificados mediante Acto Legislativo No. 03 de 2002, con el fin de introducir un sistema procesal de tendencia acusatoria, que se implementó mediante Ley 906 de 2004.

Este cambio, sin embargo, mantuvo la vigencia de la Ley 600 de 2000 para los casos cometidos con anterioridad al primero de enero del 2005, y para los congresistas, con el fin ya indicado de que todas las etapas de este proceso especial se adelantaran ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 533 de la Ley 906 de 2004). Esto determinó la coexistencia en el tiempo de estos dos regímenes, cada uno con diseño estructural e instituciones propias, por lo que no resulta posible la mixtura de procedimientos.

[...]

Así las cosas, es claro que el régimen procesal penal de la Ley 600 de 2000, y los institutos que lo integran, son los que deben aplicarse a los procesos penales que adelanta la Corte Suprema de Justicia contra congresistas»

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Alcances del principio / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Tránsito legislativo / **FAVORABILIDAD** - Coexistencia de legislaciones / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: es indispensable respetar la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de

2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, análisis / **LEX TERTIA** - Límites: Integridad del ordenamiento jurídico / **LEX TERTIA** - Límites: el juez no puede entrar a reemplazar al legislador

«El artículo 29 de la Constitución Política establece que «en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». Este mandato se encuentra reiterado por el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 600 de 2000, en los siguientes términos: «[l]a ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable».

La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el principio de favorabilidad en materia procesal penal opera en dos eventos, (i) cuando existe tránsito legislativo y la nueva normatividad procesal regula un mismo aspecto sustancial en forma más benigna y (ii) cuando coexisten leyes en el tiempo que regulan el mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas distintas (Cfr. SP1511-2022, rad. 61499 y SP568-2022, rad. 60207, entre otras).

El recurrente acude a la segunda hipótesis. Sostiene que al procesado ECMM le resulta más favorable la aplicación de las normas que regulan los preacuerdos en la Ley 906 de 2004, tanto en su trámite como en los efectos punitivos derivados de la terminación anticipada del proceso.

En relación con la aplicación del principio de favorabilidad en la hipótesis planteada por el recurrente, la Corte tiene dicho que cada proceso debe sujetarse, en principio, a las normas del sistema que lo regula (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004), y que la aplicación favorable de un determinado instituto regulado de manera diversa en los dos códigos, solo es posible si no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación (Cfr. CSJ AP, 18 mar. 2009, rad. 27339).

También ha indicado que en esta labor no es permitido acudir a la confección de institutos híbridos o *lex tertia*, tomando de cada normatividad lo que favorece y desechando lo que no conviene o perjudica, «pues, de este modo el operador jurídico confeccionaría una norma especial para el caso y, de contera, se atribuiría el rol de legislador» (Cfr. CSJ AP5599-2018, rad.

53899, AP2510-2019, rad. 54305 y CSJ AP853-2021, rad. 58865, entre otras).

Esto, para reconocer que el principio de favorabilidad también puede ser aplicado frente a regímenes procesales coexistentes, a condición de que no implique la adopción de soluciones asistemáticas inadmisibles, que choquen con las instituciones intrínsecas o inherentes al sistema de enjuiciamiento al que pretenden trasladarse, ni elaboraciones procesales híbridas (Cfr. AP853-2021, rad. 58865 y AP3888-2021, rad. 59850)»

SENTENCIA ANTICIPADA - Concepto / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Trámite / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Rebaja punitiva / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: similar a la sentencia anticipada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: objeto de convenio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: instituto propio de la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: no existe instituto similar en la Ley 600 de 2000

«La Ley 600 de 2000 regula la figura de la sentencia anticipada por aceptación de cargos, a la que puede acogerse el procesado a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación (art. 40, L. 600/00). Aceptados los cargos por el imputado, el proceso debe ser remitido al juez para que dicte sentencia. En este caso, la rebaja de pena será de 1/3 parte. También puede aceptar responsabilidad en el juicio, en cuyo evento, la rebaja es de 1/8 parte.

La Ley 906 de 2004, por su parte, contempla la figura de la aceptación o allanamiento de cargos en distintos momentos de la actuación procesal, figura que resulta ser similar a la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000. También sirve de fundamento para dictar sentencia y contempla una rebaja de pena.

Paralelamente, la Ley 906 de 2004 acoge la figura los preacuerdos y negociaciones, que conduce también a la terminación anticipada del proceso, pero se rige por unas finalidades específicas, unas regulaciones propias y unos beneficios punitivos de naturaleza diversa (artículos 348, 350, 351, 354).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, los acuerdos entre fiscalía y procesado pueden versar, por ejemplo, sobre los términos de la imputación, lo cual puede comprender, (i) eliminar alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o (ii) tipificar la conducta de una forma específica, con miras a disminuir la pena. También, sobre los hechos imputados y sus consecuencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 351 ejusdem.

Esta figura no encuentra equivalente en la Ley 600 de 2000, en la que simplemente se prevé la llana aceptación unilateral de cargos. Allí no aparece regulada la figura de los preacuerdos, ni ninguna otra de similar naturaleza y efectos, situación que determina que el presupuesto referido a que los estatutos que coexisten en el tiempo regulen el mismo instituto, no se cumpla.

Pretender introducir, en las referidas condiciones, la figura de los preacuerdos al sistema regulado por la Ley 600 de 2000, resulta un desafuero, por tratarse de un instituto totalmente ajeno a dicho procedimiento. Ni siquiera podría afirmarse que se está confeccionando una figura híbrida, porque no se están tomando partes de uno para fusionarlas con partes del otro, sino que sencillamente se está llevando una figura extraña, con todas sus regulaciones.

A estos argumentos se suman los expuestos en las providencias de la Sala AP3741-2022, rad. 61709, AP3593-2022, rad. 61854, y segunda instancia AP4544-2022, rad. 62083, todos relacionados con el caso que aquí se estudia».

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos

adelantados bajo la Ley 600 de 2000, preacuerdos y negociaciones, no es procedente

«El recurrente también sostiene que la Sala habilitó aplicar por favorabilidad los institutos de terminación anticipada del proceso regulados por la Ley 906 de 2004, a actuaciones adelantadas por la Ley 600 de 2000.

Al respecto, se torna necesario precisar que en la sentencia SP379-2018, rad. 50472, la Sala ratificó la posibilidad de acceder a mayores beneficios punitivos por colaboración con la justicia, en procesos de Ley 600 de 2000, aplicando normas de Ley 906 de 2004, pero sin que ello significara trasladar institutos autónomos, como el de los preacuerdos, de un estatuto a otro.

En el citado pronunciamiento se reiteró la tesis acogida en el auto AP413-2017, rad. 50969, en el que se aplicaron beneficios propios del principio de oportunidad en un proceso de Ley 600 de 2000, pero supeditado, como se indicó en la decisión AP4544-2022, rad. 62083, a que no se genere «la presencia de una atrofia perceptible, por tratarse de una figura extrasistémica, esto es, que no estaba en posibilidad de alterar el procedimiento propio de la Ley 600; dicho de otra manera, se aceptaron los mayores beneficios de la novedosa figura pero bajo el marco procedimental previsto en la Ley 600...»

En resumen, la aplicación de la figura de los acuerdos y negociaciones a este caso, al amparo del principio de favorabilidad, resulta improcedente, por no tener equivalente en el procedimiento de la Ley 600 de 2000 que lo rige y comprometer la estructura del sistema procesal en el que pretende ser aplicado (Cfr. AP4544-2022, rad. 60283).

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Bien jurídico tutelado: la familia / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** - Alcance: acreedores según la ley civil / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** - Alcance: sujetos relevantes para la ley penal / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario: sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables, contra los bienes jurídicos

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación presentado por el apoderado de la víctima OG, en contra de la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó el fallo condenatorio que por el punible de inasistencia alimentaria emitió el Juzgado 17 Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad, en contra de RMQ.

La Sala no casó la Sentencia absolutoria impugnada, argumentando para ello que, el

cónyuge divorciado no es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte estudió los elementos del referido tipo penal, determinó que el bien jurídico tutelado es la familia y, se inscribe dentro del título de los “delitos contra la familia”, por lo que, a su juicio, es razonable excluir de amparo penal a quién ya no es miembro de ésta.

Aunado a lo visto, la Sala comparó los acreedores de la obligación alimentaria en la legislación civil, con los sujetos relevantes para la ley penal y, determinó que, dado el carácter fragmentario y residual del derecho penal, sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables contra los bienes jurídicos, lo que, impide incluir, por analogía, al cónyuge divorciado como sujeto pasivo del delito establecido en el artículo 233 del Código Penal.

SP263-2023(53862) de 10/07/2023

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

Salvamento de voto

Myriam Ávila Roldán

Gerson Chaverra Castro

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. RMQ contrajo matrimonio con OG el 24 de diciembre de 1990, acto que se llevó a cabo en la embajada de la República de Mongolia con sede en Moscú, Federación de Rusia [...]. O y R se divorciaron el 28 de mayo de 2003, mediante una sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá en la cual se fijó una cuota de alimentos por valor de \$150.000, a cargo de R y en favor de su hijo A.

2. Posteriormente, el 2 de octubre de 2006, el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá fijó, en favor de la denunciante OG, una cuota alimentaria de \$250.000, también a cargo de su ex esposo R, la cual debía aumentarse cada año conforme al incremento del salario mínimo. Con todo, RMQ nunca realizó pago alguno por ese concepto.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IN DUBIO PRO REO - Técnica en casación: casos en que lo puede alegar la víctima

«En cuanto a la falta de aplicación del artículo 381 de C.P.P. de 2004, alegada por el recurrente, su argumento se torna más que contradictorio cuando sostiene que en el presente asunto “se presentan varias dudas, que nunca fueron resueltas en el trascurso del juzgamiento del señor RMQ y que de haberse aplicado por el juzgador de segunda instancia, había conducido a una sentencia de carácter condenatorio”.

Es manifiesta la contradicción del recurrente pues el artículo 381 del CPP establece el estándar de conocimiento para condenar, fijándolo “más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”. La norma así establecida es desarrollo natural de la garantía de la presunción de inocencia que solo puede derrumbarse a partir de las “pruebas debatidas en el juicio” que en todo caso deben ser sopesadas conforme al principio universal del in dubio pro reo que obliga resolver las dudas en favor del procesado (artículo 7 CPP). De modo que si el censor parte en su alegato del reconocimiento de dudas, su conclusión, por esa vía de ataque, conducía necesariamente a la absolución del procesado, tal como aquí ocurrió en segunda instancia.

Ahora bien, desde su rol procesal, es posible plantear ese tipo de cargo, por ejemplo, cuando el Tribunal considera que existen pruebas suficientes para condenar y resuelve absolver, en ese caso la falta de aplicación del artículo 381 debe proponerse por la vía indirecta acudiendo a la causal tercera de casación (artículo 181.3 del CPP). O si de lo que se queja es de la falta de diligencia investigativa para demostrar hechos que se quedaron sin serlo, pudiendo haberlo hecho, también pudo demandarlo, caso en el cual su deber era demostrar la negligencia probatoria comprobando que no le era imputable a él como interviniente, con acreditación de cuál fue el medio dejado de practicar y fundamentación de las razones por las que no se llevó a juicio y cuál su trascendencia en las resultas del proceso»

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Concepto: constituye una conducta ilícita de infracción al

deber / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: inexistencia de justa causa que sustente el incumplimiento, constituye un ingrediente normativo del tipo / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo

«El artículo 233 del C.P. define el tipo penal de inasistencia alimentaria de la siguiente forma:

“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión ...”

Nos encontramos ante un tipo penal de “infracción al deber” como lo ha definido la jurisprudencia, que cuenta con las siguientes exigencias para su configuración: “[i] la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, [ii] la sustracción total o parcial de la obligación, y [iii] la inexistencia de una justa causa, de modo que del incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique”, según providencias SP del 17 de noviembre de 2017 (radicado 44758), AP10861-2018 (radicado 51607), SP1984-2018 (radicado 47107) y SP3029-2019 (radicado 51530).

En cuanto a los elementos del tipo objetivo (el subjetivo lo compone el dolo en este delito), nos encontramos ante un verbo rector que es “sustraer” (apartarse de una obligación); un sujeto activo semicualificado en razón a que no es indeterminado porque es aquél sobre el que pesa la obligación de dar alimentos (reconocidos o no en decisión judicial o administrativa), quien además, debe tener un vínculo o parentesco con el sujeto pasivo; el ingrediente normativo lo constituye la expresión “sin justa causa”. El bien jurídico es la familia y el objeto material es de naturaleza personal debido a que es el sujeto acreedor de la obligación alimentaria sobre el que recae la omisión.

En cuanto a los sujetos pasivos de la conducta el tipo penal establece que son las siguientes personas: (i) ascendientes, (ii) descendientes, (iii) adoptantes, (iv) adoptivos, (v) cónyuge o (vi) compañero o compañera permanente. También se exige de estos en vínculo o parentesco con el sujeto activo»

PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD - Aplicación / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado

«De manera diáfana puede observarse que los “excónyuges” no están descritos en el tipo penal de inasistencia alimentaria. Entonces, en el presente asunto el problema jurídico debe resolverse en aplicación del principio de estricta tipicidad establecido como una garantía para el procesado en el artículo 10 del Código Penal: “La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.”

TIPICIDAD - Concepto / **TIPICIDAD** - Interpretación restrictiva / **PRINCIPIO DE TIPICIDAD** - Limitante del poder punitivo del estado / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Concepto / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario y subsidiario / **DERECHO PENAL** - Última ratio / **BIEN JURÍDICO** - Concepto / **BIEN JURÍDICO** - Formas y niveles progresivos de protección

«En un Estado Social de Derecho, como el que adoptó la República de Colombia, el legislador cuenta con la potestad de configurar delitos, limitado claro está, por los valores y principios superiores establecidos en la Constitución. Esa facultad legislativa en materia penal está sometida a la claridad y concreción para que los tipos penales sean unívocos y la definición del delito sea precisa.

La tipicidad como elemento esencial de la conducta punible junto con la antijuridicidad y la culpabilidad (artículo 9 C.P.) encuentra su justificación en el principio de legalidad de los delitos y las penas, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, prohibiendo además, la aplicación de la llamada analogía in malam partem, (artículos 29 de la Constitución Política, 6° del C.P. y 6° del C.P.P) -aspecto importante que coadyuva en la resolución del actual problema jurídico.

El principio de legalidad ordena que no debe haber delitos sin que previamente estén definidos en la ley de manera clara e inequívoca, y ello es así por cuanto un Estado Social de Derecho “debe proteger al individuo no solo mediante el derecho

penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del «Estado Leviatán»

Así las cosas, debe entenderse que el principio de legalidad es poder y límite del Estado. Expresa la potestad del Estado para sancionar conductas que en su parecer merecen reproche penal por su gravedad en el ordenamiento social, pero es también su propia barrera para que únicamente se castigue a quien realice los comportamientos censurables bajo las estrictas circunstancias descritas por el legislador, no otras ni algunas parecidas, sino solo aquellas que se ajusten a la adecuación típica previamente señalada por el legislador. De contera, se garantiza la seguridad jurídica en sus asociados, quienes conociendo previamente la ley penal están en capacidad como ciudadanos libres en una democracia para determinar su comportamiento.

Dentro de las varias conductas reprochables que se puedan presentar en el conglomerado social, el legislador le brinda a los asociados distintas formas para proteger sus derechos. Así es como, en el ordenamiento jurídico se consagran múltiples y disímiles herramientas para acudir ante el Estado en busca de amparo, el que responde con diversos ámbitos de protección, jerarquía normativa y estructura institucional a los requerimientos de la comunidad.

La protección de los bienes jurídicos de los asociados se garantiza en distintas jurisdicciones, las cuales responden a los distintos supuestos fácticos de los que se derivan consecuencias jurídicas diversas que comprometen los intereses de los ciudadanos, o del Estado mismo.

Lo cierto es que, desde el derecho penal demoliberal nacido de la ilustración hasta nuestros tiempos, se considera al derecho penal como un instrumento invasivo para el mantenimiento de la convivencia social, pues en todo caso ejerce una potestad coercitiva en los asociados para sancionarlos por el incumplimiento de la ley, imponiendo penas que restringen la libertad (e incluso la vida en algunas legislaciones foráneas) de quienes realizan las circunstancias de hecho establecidas previamente en la ley.

Semejante poder tan invasivo del Estado a través del derecho penal, lo obliga a no acudir a esa solución más extrema para el ciudadano sino a, en lo posible, establecer y preferir otra clase de herramientas dentro del ordenamiento jurídico que permitan la protección de los derechos conculcados y restablezcan de mejor manera el tejido social roto con la infracción penal.

De esa manera se acude al derecho penal solo cuando sea la última y extrema alternativa de solución de conflictos (derecho penal de última ratio). Así, no es deseable que todas las conductas reprochables y que causen perjuicio a la sociedad sean estructuradas como delitos, sino que, dentro de todas las vulneraciones que puedan acaecer, se tipifiquen como tales exclusivamente las que se consideren en realidad más graves (principio de residualidad) para la estructura social en un momento histórico determinado. Ese carácter fragmentario del derecho penal es el que impone la necesidad para el legislador de limitarlo al máximo, pues no puede huirse hacia el derecho penal cada vez que surja algún problema conyuntural de relevancia social discutible.

[...]

No puede perderse de vista que existen varias formas de asumir el derecho penal. La primera, como un conjunto de normas que describen conductas y sanciones. Es una definición formal y un tanto descriptiva. Otra, definirlo como un conjunto de límites al poder punitivo del Estado. En esta concepción es esencial considerar que el Derecho Penal protege bienes jurídicos y no expectativas sociales.

Por tal razón, el bien jurídico, entendido como relación social, le confiere sentido al tipo penal y deslinda la materia de prohibición. Eso implica, a su vez, que la tipicidad no se pueda interpretar extensiva, sino restrictivamente. Así mismo, que existen diversos medios de protección, no todos necesariamente penales, como corresponde al principio de progresividad de protección de bienes jurídicos.

En materia penal, no puede aceptarse que existen diversas lecturas de los tipos penales, como para sostener que, desde una perspectiva legal, la protección civil en materia de alimentos para la excónyuge la complementa necesariamente el derecho penal. Tampoco sería de recibo señalar que es discriminatorio proteger

al cónyuge y no al excónyuge, máxime si ello se hace exclusivamente desde una visión de género.

El derecho penal demoliberal y garantista (frente al poder punitivo del Estado), permite sostener que el principio de protección progresiva de bienes jurídicos implica que existen diversos niveles de tutela y, por lo tanto, tratamientos diferentes entre el injusto civil y el injusto penal. No toda solución debe ser necesariamente penal»

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado: la familia / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** - Alcance: acreedores según la ley civil / **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA** - Alcance: sujetos relevantes para la ley penal / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario: sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables, contra los bienes jurídicos / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Elementos: sujeto pasivo, no incluye al cónyuge divorciado

«El delito de inasistencia alimentaria es un delito contra el bien jurídico de la familia, que según la Sala se concibe como un proyecto colectivo de vida. Por eso es importante el “vínculo” como lo ha señalado la Corte en las providencias ya referidas al estudiar los elementos estructurales del tipo penal. En consecuencia, tratándose de un delito contra la familia, resulta que al no existir vínculo, a causa del divorcio de los cónyuges, el proyecto de vida colectivo terminó. No frente a los hijos, obviamente, pero sí en lo que hace relación a quienes fueron esposos. Por eso, la protección penal es para quienes conforman la familia, no para los que no hacen parte de ella. Si la protección penal incluyera a todos los que fueron parte de la familia, también sería discriminatorio el aparte final del artículo 233 que se analiza, el cual señala:

“Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Acerca de esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia C-029 de 2009, señaló:

“La obligación de asistencia alimentaria se enfatiza en el deber de solidaridad que se predica entre el obligado y sus beneficiarios, y no cabe establecer una diferencia entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo que

hayan optado por realizar un proyecto de vida común...”

En dicha decisión la Corte enfatizó en el proyecto de vida en común. Donde esa condición no existe, la obligación entre excónyuges, no la protege el derecho penal.

Ampliar la prohibición por fuera de la relación social que constituye el bien jurídico, con base en la cláusula de discriminación, constituye una ampliación de la prohibición a situaciones que son amparadas por la legislación civil, en manifiesta contradicción con el principio de tipicidad estricta.

Incluso, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia indicada,

“Para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, es preciso establecer, en primer lugar, si los supuestos de hecho son asimilables; en segundo lugar, debe indagarse sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; a continuación debe determinarse si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; a renglón seguido debe indagarse sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos, para, finalmente, superados los anteriores pasos, establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad.”

En este caso, el supuesto de hecho es diferente: la protección penal es para los integrantes de la familia, no para quienes no hacen parte de ella.

En eso, al aislar el análisis desde una perspectiva funcional como derecho penal de expectativas, ni siquiera se consulta la diferencia de la base fáctica que también el derecho considera para dispensar diferentes niveles de protección, lo cual no se puede evadir ni siquiera con una visión de género.

Descendiendo al caso concreto, en Colombia el legislador estableció en el artículo 411 del CCC, la titularidad del derecho de alimentos, como una protección del Estado a las personas que deben acudir ante las autoridades judiciales o administrativas para hacer valer ese derecho, encontrando los siguientes acreedores a quienes se deben alimentos por ley:

- 1°. Al cónyuge.
- 2°. A los descendientes
- 3°. A los ascendientes
- 4° A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

5°. “A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales”

6°. “A los Ascendientes naturales”.

7°. “A los hijos adoptivos”.

8°. “A los padres adoptantes”.

9° A los hermanos legítimos.

10° Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

El legislador consagró en el Código Penal, como bien jurídico objeto de protección el de “La Familia” (Titulo VI C.P.) como también está protegida en el CCC. Sin embargo, dentro de sus extensas facultades, como lo sostuvo Roxin al hablar de “un amplio margen de juegos al arbitrio del legislador”, consagró como delito la inasistencia alimentaria (Capítulo IV ibidem), para establecer que, desde el punto de vista del derecho punitivo, incurre en este delito quien “se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos”, a las siguientes personas:

1°. Los ascendientes

2°. Los descendientes

3°. Los adoptantes

4°. Los adoptivos

5°. El o la cónyuge. O el compañero o la compañera permanente

El principio de fragmentariedad del derecho penal se ve claramente materializado en el presente caso, donde se observa que el ordenamiento jurídico dispone de varios mecanismos para brindar protección a sus coasociados. El área civil establece a quienes se deben alimentos y los mecanismos para acudir a la jurisdicción civil cuando se requiera una autoridad que los regule.

Por su parte el Derecho penal estableció la conducta punible de la inasistencia alimentaria en el artículo 233 del C.P., pero del catálogo de diez acreedores del derecho de alimentos consagrado en el CCC, sólo se limitó a determinar de manera clara e inequívoca como sujetos pasivos del delito a cinco de ellos. El legislador consideró que frente a éstos (ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañeros permanentes -integrados en el artículo 411 del CCC en virtud de la sentencia C-1033 de 2002-) el derecho penal debe brindar una especial protección por alterar de manera

más sensible las relaciones sociales, porque entre ellos existe un parentesco y un vínculo actual con el deudor de la obligación alimentaria. Recuérdese que por ser la inasistencia alimentaria un tipo penal de “infracción al deber”, el vínculo es uno de los requisitos para su configuración.

El legislador penal excluyó como sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria, contenidos en el Artículo 411 del CCC, entre otras, a las siguientes personas: 1.- Al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa, 2.- A los hermanos, y 3.- Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

o es como lo da a entender el recurrente, que la excónyuge quede sin protección por parte del Estado. La protección si existe, pero está ubicada en la jurisdicción civil e incluso por la vía penal, en cuanto una cuota alimentaria fijada por sentencia de la que se sustrae su cumplimiento, puede ser eventualmente estructurada como Fraude a Resolución Judicial. Empero, el Derecho penal al ser de última ratio (subsidiario), interviene cuando los demás medios de protección han fracasado, pero exclusivamente frente a las conductas que considera son más graves y que atentan contra la pacífica convivencia como fin del Estado.

Para el legislador, el sustraerse sin justa causa de la obligación de dar los alimentos legalmente debidos al excónyuge (así sea el culpable), no constituye una conducta de tal gravedad como para que amerite la intervención del Derecho Penal dentro del tipo penal de inasistencia alimentaria.

Semejante decisión del legislador no es tampoco extraña ni irrazonable, pues dentro de un derecho penal de bienes jurídicos, el tipo penal de inasistencia alimentaria se inscribe dentro del título de los “delitos contra la familia” de modo que excluir de amparo penal a quien ya no es miembro de la familia, por no existir parentesco y no ser el vínculo de afinidad actual entre ellos, no es contrario al orden de las cosas»

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Evolución Legislativa: frente a los sujetos pasivos

«Para el caso que nos ocupa, también es importante señalar que existen razones históricas para concluir que legislador dispuso

excluir de la protección penal al cónyuge divorciado. Veamos:

La primera disposición que tipificó la inasistencia alimentaria fue la Ley 83 de 1946, donde se sancionaba el abandono de familia ocasionado mediante la ocultación de sueldos, jornales o bienes por parte del padre, patrono o empresario y, según el artículo 77 de la misma, también “El padre sentenciado a servir una pensión alimentaria y que pudiendo no la cumpla durante tres meses, será condenado a pagar una multa de diez pesos a trescientos pesos, o a sufrir prisión de un mes a un año.”

En 1956 Bernardo Gaitán Mahecha presentó un proyecto que tipificaría el abandono familiar, precisando entre los sujetos pasivos al cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa: “Al que sin justa causa, deje de proveer, aún sin mediar sentencia judicial, a la subsistencia del cónyuge indigente no separado legalmente por su culpa, a la de los hijos legítimos menores de diez y ocho años, a la del ascendiente inválido o necesitado (...)”

En 1958 Bernardo Ceballos Uribe realizó un intento similar. Su proyecto contempló al cónyuge cuando no se hallare separado por culpa de éste: “El que, sin justa causa, dejare de suministrar medios de subsistencia a sus descendientes menores de diez y ocho años no emancipados, o mayores de dicha edad incapaces para el trabajo, a sus ascendientes necesitados o a su cónyuge cuando no se hallare separado por culpa de éste, incurrirá en arresto de dos a seis meses.”

En 1963 con ponencia de Felio Andrade Manrique y Gerardo Jurado se presentó un proyecto de ley que en la inasistencia alimentaria, excluía al cónyuge divorciado: “El que con su conducta violare alguna obligación moral o material, de las inherentes a la patria potestad, guarda legal de menores o a la calidad de cónyuge, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años. En la misma sanción incurrirá quien se sustrajere a tales obligaciones, abandonando sin causa legítima su domicilio familiar y el cónyuge que con su comportamiento induzca al otro cónyuge a abandonar el hogar.”

Posteriormente el Decreto 1699 de 1964, señaló: “El que sin causa justificada, deje sin asistencia económica o moral a personas a quienes esté obligado a prestarla, incurrirá en arresto de seis

(6) a dos (2) años”, caso en el cual el cónyuge divorciado sí entraba en la descripción.

Luego, la Ley 75 de 1968 previó como sujetos pasivos a toda persona a quien se le debiesen alimentos congruos, incluso la mujer que hubiese sido embarazada por el sujeto activo o deudor: Artículo 48. “Quien deje sin asistencia moral o no provea a la necesaria o congrua subsistencia, según el caso, de las personas a quienes está legalmente obligado a prestarla, incurrirá en la pena de seis meses a dos años de arresto [...] Artículo 49. Quien no provea a la congrua subsistencia de la mujer que haya puesto en Estado de gravidez, incurrirá en la pena de seis meses de arresto [...]”

Los doctores Eduardo Fernández Botero y Humberto Barrera Domínguez, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, señalaron el exceso de cobijar como autor del delito a quien deje sin asistencia moral o congrua sustentación a todas las personas a quienes por orden legal deba prestársela. Su propuesta indicó: “Artículo 48. El que se sustraiga, sin justa causa y pudiendo proveer, a las obligaciones legales de asistencia moral o de congrua sustentación inherentes a la patria potestad, a la paternidad natural, a la adopción, a la calidad de hijo o de cónyuge, incurrirá en arresto de seis meses a dos años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos.” Ahora bien, no se acogió la iniciativa y por ello expresamente se incluyó al cónyuge divorciado: “Artículo 40. Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, o al cónyuge, aún el divorciado por su culpa o que no haya incurrido en adulterio estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto [...]”

Contra esta norma se formuló demanda de inconstitucionalidad con fundamento en un argumento anunciado desde 1964, esto es, la penalización de una deuda civil. La Corte Suprema de Justicia descartó la censura al considerar que la obligación alimentaria si bien mantenía las características de cualquier obligación privada, iba más allá porque el cumplimiento de los deberes intrafamiliares tenían proyección social y política, en la medida que afectaba a su célula madre.

La siguiente reforma, esto es, el Decreto Ley 100 de 1980 reformó considerablemente el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, y estableció: “Artículo 263. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin

justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos”, zanjando toda duda, pues su concreción frente a los sujetos pasivos, excluye radicalmente a la excónyuge o a la cónyuge divorciada»

LEY - Interpretación: criterios, analogía, prohibición de hacerla in malam partem / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - No se configura: atipicidad

«[...] debe decirse que de aceptarse que la “ex cónyuge” es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria, se estaría admitiendo la analogía en el ordenamiento jurídico penal, sistema de interpretación que es absolutamente inaceptable en materia de tipicidad, máxime que iría en contra de los intereses y las garantías del procesado.

La analogía, entendida como la aplicación de “una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)” , está totalmente prohibida en el ordenamiento jurídico penal colombiano cuando se aplica en contra del procesado (in malam partem), tal como lo ordena el artículo 6° del C.P.: “La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Tratar de acomodar como sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria a la “ex cónyuge”, desconocería que el principio de legalidad estricta garantiza que “Aquellos casos cercanos, es decir, análogos, pero no contenidos en el tipo penal, queden por fuera del poder penal del Estado”

Con base en los anteriores argumentos, la Sala concluye que la “ex cónyuge” (para este caso la señora OG) no es sujeto pasivo del delito de inasistencia alimentaria establecido en el artículo 233 del Código Penal [...]».



Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá