



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Agosto 01 de 2024 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>

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración: valoración integral del contexto en que se produce el hecho / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Agravado: por el carácter, posición o cargo / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: cuando el sujeto activo aprovecha su condición de médico para atentar contra la integridad sexual de la víctima

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la impugnación especial interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual, revocó la absolución dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esa ciudad y, en su reemplazo, condenó a RRN como autor del delito de acceso carnal violento agravado.

En este caso, la Sala confirmó la decisión impugnada, al encontrar acreditado el elemento normativo de la violencia, en consideración a que la conducta del procesado se realizó con abuso de poder.

Al respecto, explicó que, entre el acusado, médico especialista, y su paciente menor de edad, quien acudió a él en busca de ayuda debido a un cuadro psíquico o emocional descrito como depresión, existía una relación de poder. Ahora bien, aprovechando esta asimetría, el encartado lo accedió carnalmente.

Adicionalmente, consideró que el argumento de la defensa, que sugiere que el adolescente sintió deseo hacia el agresor, y quería experimentar con él debido a sus inhibiciones sexuales y desarrollo personal, contradice una correcta valoración del abuso y la protección de los derechos de la víctima.

SP1204-2024(60954) de 08/05/2024

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Por iniciativa de su progenitora y con la finalidad de tratar un aparente trastorno depresivo, el adolescente J.F.H.L., de 15 años para la época de los acontecimientos, acudió en tres ocasiones al consultorio del médico especialista en medicina familiar, RRN.
2. La primera sesión de terapia ocurrió el 12 de septiembre de 2015. En ella el procesado le pidió a J.F. que lograra una erección, para luego tocarle el pene y los testículos; la segunda, sucedió el 19 del mismo mes y, en esta, nuevamente, lo instó a que tuviera una erección y lo incitó a masturbarse. En la tercera oportunidad, hizo que J.F. se pusiera un condón y que se masturbase hasta eyacular, luego de lo cual, aplicó al joven un lubricante en el ano e introdujo un aparato de plástico por dicho esfínter para, posteriormente, por la misma cavidad y a pesar de que aquel le manifestó que no le gustó la penetración con el objeto, proceder a introducirle los dedos de la mano.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración: valoración integral del contexto en que se produce el hecho / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: cuando la interacción sexual sucede, aunque la víctima no ha dado su libre consentimiento para ello / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Agravado por el carácter, posición o cargo / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** -

Consentimiento de la víctima / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados

«[...] la Corte encuentra que el contexto de los hechos atrás referidos, se caracteriza por una serie de actos de preparación ejecutados por el procesado, durante las tres ocasiones en que tuvo contacto con el afectado, bajo el pretexto de una supuesta terapia, de manera tal que, en una secuencia in crescendo, dirigió su acción mediante la supuesta atención médica ofrecida al menor para, al final de esta, perpetrar la penetración por vía anal con el descrito objeto y con los dedos.

Como características de ese actuar, tal como lo consideró el Tribunal, se detecta con plena evidencia que, el acusado abordó la atención de J.F. logrando, desde el lenguaje hasta los actos, sexualizar el contexto de la praxis médica, esto es, confiriéndole carácter o significado sexual cuando esta no la tiene. En la primera oportunidad, inició la sesión con una auscultación completamente innecesaria de los genitales del adolescente y lo indujo a obtener erecciones y a masturbarse, rodeó tales conductas con la adecuación de la situación a su antojo erótico a través de conversaciones en torno a la sexualidad, y trató temas como las hormonas, la etapa de vida del paciente y el uso del preservativo. Así lo complementó el menor, lo que le permitió al procesado convencerlo para la ejecución de los vejámenes:

[...]

Para la Corte, la información que sobre la sexualidad dio el médico a F.J., fue el vehículo por medio del cual, permitió que las sesiones se convirtieran en un neto contexto sexual para el acusado, que no para el atacado, prevalido de su conocimiento por su condición de profesional y, comprensiblemente, de la relación médico paciente, sin la cual es probable que la víctima no permitiera la materialización de las conductas; por ende, ese contexto creado por el autor condujo con facilidad a la realización del acceso carnal anal que, en otras condiciones, no habría alcanzado.

Contrario a lo alegado por la impugnante, en este caso la prueba testimonial es idónea, toda vez que el menor fue explícito en indicar la confianza que en las consultas le generó el acusado y las

razones por las cuales permitió la exploración anal, a la cual, finalmente, y contrario a lo que afirma la recurrente, sí se opuso y no frenó el actuar del procesado.

En ese sentido, la condición de médico y del ejercicio de la medicina, para insistirle al adolescente en la necesidad del examen al cual podía negarse, influyó en la decisión de permitir la exploración, lo que impidió al menor, en principio, comprender que en realidad estaba frente a un abuso sexual, constitutivo sin duda de la conducta reprochada, ya que, sin ambages, y sin que se viera una relación crítica entre la supuesta terapia y los padecimientos de salud del menor, acomodó el escenario tratando temas de sexualidad y redujo la interacción a acciones de índole sexual, que determinaron la final introducción anal de un elemento y de los dedos.

Y es que, como lo asiente el adolescente en su declaración, obedecía las instrucciones del acusado, como su médico tratante, porque convencido estaba de que al sitio fue llevado por sus padres con el único propósito de obtener ayuda frente a sus padecimientos de salud mental y no con otra motivación, ni tampoco es dable deducir que esta la obtuvo por el placer de las primeras sesiones.

[...]

Sobre la respuesta de J.F., para ejecutar lo que le decía el médico que debía hacer, aceptando las condiciones sexuales de la atención, también indicó el joven: «simplemente hacía lo que él me decía, pero... no tenía como la claridad de las cosas»; claridad que, agregó, solo obtuvo después de la última sesión porque veía «demasiado raro lo que él me hacía», afirmó; por lo que, al consultar en Internet supo que podía constituir un comportamiento ilícito y decidió contar lo sucedido a su progenitora.

Por lo anterior, para la Corte es desatinada la tesis defensiva alusiva a que el menor comprendiera los sucesos de índole sexual, les diera ese alcance y esa comprensión, al punto de sentir deseo, placer o excitación, por cuanto, queda despejado de su declaración, que no tuvo tal nivel de intelección.

[...]

A partir de la conclusión previa, la Corte no acepta los múltiples argumentos de la impugnante tendientes a desacreditar la probada existencia de la conducta punible analizada, así

como de la responsabilidad del acusado en su realización, como pasa a explicarse.

No desconoce la Sala que, a partir de la formación del mismo menor de edad, se le puede caracterizar como un joven adolescente que podrían catalogarlo con la capacidad suficiente para comprender los hechos, al poseer la edad de quince años cuando los sucesos, un desarrollo personal y académico propios de esa edad, estudios de inglés y karate, educación sexual, pues, en efecto, J.F. confirmó que ha recibido clases de educación sexual, contexto en el que el adolescente reconoció el elemento con el cual fue accedido como un “consolador”, así como la presencia de lubricante en su orificio.

Frente a ello, debe reiterar la Sala que la asimetría presentada en la relación médico y paciente, de la cual se valió el autor para abusar de su poder sobre la víctima, fue el vehículo para procurar la consumación del punible, de tal manera que, para efectos de la estructuración típica, poco importa que, en este asunto, el menor para la fecha del hecho cursara noveno grado de estudios secundarios y tuviera capacidad de discernir, así como las demás condiciones específicas de su personalidad; porque la afectación de la comprensión o del consentimiento de la relación sexual es coetánea con el delito (CSJ SP229-2022, Rad. 50487).

En todo caso, se aprecia que el nivel formativo del menor y las referidas alusiones confirman sus escasos conocimientos en materia de sexualidad, antes que ser indicadores de que haya sido consciente de la actividad sexual perpetrada por el acusado y, contrario a como lo reclama la defensa, ello no sugiere la existencia de un conocimiento avezado ni experiencia, mucho menos la aprobación de la penetración como una acción propia de una relación sexual.

Como tampoco lo confirma que le haya permitido al médico la puesta del lubricante en el ano, antes de la introducción del objeto; pues, tales circunstancias, en realidad, evidencian su disposición para ser objeto del supuesto tratamiento para su depresión antes que para ser accedido carnalmente de forma ilícita.

En ese mismo hilo argumentativo, es inadmisibles para la Corte la regla de experiencia aludida por la abogada de R, que apunta a señalar que el ciclo fisiológico narrado por J.F. de erección, masturbación y eyaculación, evidencian la presencia de deseo y satisfacción que confirman

que estuvo de acuerdo con la ejecución del posterior acceso, dado que esa sucesión de circunstancias fueron consecuencia de la utilización del contexto médico empleado por el acusado en contra del menor, junto con su incompreensión de tal escenario sexual creado por aquel, en el cual no hubo una interacción voluntaria y voluptuosa que implicara la existencia de atracción física o sexual, para J.F. con respecto a su médico.

[...] todo lo expuesto en este acápite acerca de la manera en que los testigos descritos percibieron a J.F., tanto en la intimidad de su hogar como en otros espacios, llevan a descartar el propuesto escenario de deseo que, según la defensa, ocurrió en el consultorio al acontecer los sucesos denunciados.

Adicionalmente, debe decir la Corte que resulta inadmisibles el argumento de la defensa desde una visión de protección a los derechos del menor adolescente y víctima de los hechos, respecto de quien, sugiere de manera equívoca no solo que sintió deseo hacia el agresor, sino que, por sus inhibiciones de tipo sexual, y aspectos propios de su intimidad y de su vida en desarrollo, quiso experimentar y satisfacerse con las maniobras del acusado»

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES -

Configuración: connotación sexual, idoneidad de la conducta

«De otro lado, encuentra la Sala que tampoco tiene razón la abogada del encartado, al aducir que no se demostró en el juicio que RRN actuara con ánimo libidinoso, pues, desde un plano meramente objetivo, la introducción por el ano de un dispositivo y luego de los dedos, no encuentra explicación diferente a que, a través de tal acontecer, el agresor estaba descargando una tensión sexual.

Y es que, tratándose de delitos contra la integridad, formación y libertad sexual, la Sala ha indicado que para que una conducta tenga connotación sexual en el ámbito penal «no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad»

Supuesto que queda en evidencia, comoquiera que la descripción de los hechos relatados por el menor se ajusta a una práctica que se inscribe en las relaciones sexuales que se desarrollan en la actualidad y, con ello, el contexto dirigido a excitar o satisfacer la lujuria del perpetrador o, más claramente, su apetencia sexual o impulsos libidinosos.

De allí que no sea exigible, como parece entenderlo la apoderada, demostrar ahora, la percepción personal del acusado, esto es, si sintió placer o satisfizo sus deseos sexuales, para de allí sostener la materialidad de la conducta reprochada, pues, se reitera, es en un plano objetivo desde el cual se debe revisar la aptitud e idoneidad que revisten los hechos para satisfacer el propósito destacado.

[...]

De modo que, para la Corte, es inaceptable el planteamiento de la impugnación, pues ni siquiera desde el punto de vista del sentido común, se observa de qué manera los comportamientos del procesado, con los que logró que el joven tuviera una erección, lo indujo a masturbarse y a eyacular utilizando un preservativo, para después, proceder a la introducción de un aparato sexual y de sus dedos por el ano con lubricación previa a la víctima, podrían tener una connotación médica o científica.

[...]

Y frente al argumento de la defensa según el cual afirma que el menor sintió deseo en una relación sexual voluntaria y, al mismo tiempo, que el acusado le ofreció una terapia para tratar sus padecimientos de salud mental, se tiene una evidente violación al principio de la lógica formal de no contradicción, al afirmarse la concurrencia de dos situaciones disímiles como coexistentes: o bien hubo relación sexual con voluntad mutua, ora existió un tratamiento médico por el procesado a favor del joven.

Por consiguiente, ese razonamiento de la defensa, resulta desde ese punto de vista, desatinado, aunado a que, se reitera, ninguna de las dos fórmulas fue debidamente acreditada por la defensa en este caso.

En consecuencia, se tiene que la introducción del elemento y los dedos, vía anal, por parte del acusado al adolescente, fue ejecutado por él con el propósito de accederlo carnalmente, al tiempo

que, se halla probado que el médico RN lo hizo aprovechando la posición de poder que tenía sobre joven J.F.H.L., en el contexto de esa interacción médico paciente que se generó en este asunto».

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elemento normativo: violencia / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elemento normativo: violencia, concepto / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Agravado: por el carácter, posición o cargo / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: cuando el sujeto activo aprovecha su condición de médico para atentar contra la integridad sexual de la víctima

«[...] encuentra la Sala que los señalamientos hechos por la defensora de RN, extensamente dirigidos a cuestionar la existencia de violencia en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 212A del Código Penal, carecen de toda trascendencia en la medida que, a partir de los hechos acreditados, se demostró un acceso carnal violento, perpetrado bajo el abuso de poder por parte de RRN, al aprovecharse del estado de sujeción o, de dominio propio de la relación médico paciente.

En efecto, al desarrollar la conducta descrita en el artículo 205 del Código Penal, esto es, acceso carnal violento, la jurisprudencia ha dicho (Vg. SP2687-2021, rad. 58575), sobre la noción de violencia sexual, que esta hace referencia al acto de coacción hacia una persona con el objeto de llevar en ella a cabo una determinada conducta sexual y se constituye en la máxima afrenta que padece el ser humano al relacionarse con su integridad sexual.

En punto de dicho elemento, la Corte se ha referido en los siguientes términos:

En sentencia CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 17068, se dijo que «(...) en esta clase de actos se ha de considerar la interacción entre el ofensor y la víctima, no se trata precisamente de una cuantificación de la violencia como si de su cualificación, entendida ésta como la suficiente para vencer una resistencia (...)».

En la providencia CSJ SP, 2 jun. 2004, rad. 18987, aunque refiriéndose al acto sexual violento, señaló la Corte que la violencia como elemento estructurante del tipo «(...) se

constituye en el medio para lograr la ejecución del acto sexual (...).

Igualmente, en proveído CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743, con referencia al punible de acto sexual violento la Sala plasmó las siguientes consideraciones que, mutatis mutandis, son aplicables al reato de acceso carnal violento:

La violencia. 1.1. El concepto. Por violencia, para efectos del delito que ocupa la atención de la Sala, se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica -intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

La relación causal. Como es obvio, debe haber perfecto vínculo de fundamento a consecuencia entre la violencia realizada por el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo y el acto agresor. Dicho de otra forma, el comportamiento sexual es consecuencia de la fuerza previa o concomitante, en el entendido que sin ésta no es posible el atentado. O con las palabras del artículo 206 del Código Penal, el acto sexual se debe realizar 'mediante violencia', vale decir, la presión media, intercede.

[...]

Y en providencia CSJ SP2136-2020, 1 jul. 2020, Rad. 52897, incluso se consideró que dicho elemento se configura «si la persona exterioriza y persiste discerniblemente en su voluntad de no acceder a un intercambio sexual», en el entendido que «lo contrario implicaría la asunción violatoria de la dignidad humana de que el consentimiento es irrelevante y carece de significado en la autodeterminación sexual del individuo.»

Decisión en la que se destacó respecto de los artículos 205 y 212A del Código Penal, que:

“De la hermenéutica conjunta de ambos preceptos se sigue con claridad que la conducta típica se materializa cuando la interacción sexual sucede aunque la víctima no ha dado «su libre consentimiento» para ello, es decir, cuando la aquiescencia es aparente y está determinada por la coacción (de cualquier índole). Con mayor razón, por consecuencia, cuando sucede en contra de su voluntad discernible de no asentir al mismo.

La inclusión del precitado artículo 212A al Código Penal, entonces, supuso un viraje en la comprensión del delito sexual violento. Mientras

antes estaba asociado a la existencia de una relación causal instrumental entre la violencia y el evento sexual, ahora su dimensión normativa está referida a la consumación de intercambios sexuales sin la aquiescencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida.”

Ahora, debe recordar la Sala que, el Tribunal Superior de Cali consideró en el fallo de condena que lo configurado en este asunto fue un acceso carnal violento, a partir de estimar que existió una suerte de violencia, conforme con la jurisprudencia (CSJ SP 2136-2020, rad. 52897), en atención de que «cuando se presenta una relación sexual donde no exista consentimiento del ofendido, o este manifieste su rechazo u oposición al acto y de todas maneras este produce, la conclusión es que se quebranta la voluntad del sujeto pasivo, y, por ende, existe conducta de naturaleza violenta conforme a la descripción del artículo 212A del C.P.».

Sin embargo, para la Sala, el rechazo al que se alude en el caso sub examine, antes de asimilarse al precedente jurisprudencial citado para deducir la existencia de un delito sexual violento, sugiere que, en el instante en que el menor indicó que no le gustaba la penetración anal con el referido adminículo, todavía no comprendía que estaba ante una relación sexual y que bajo esa lógica, estuviera en la capacidad de aceptar u objetar el acceso, sino que esa expresión se presentaba en el escenario del supuesto tratamiento médico al cual se sometía, de manera que, esa advertencia de disgusto no se estaba inscribiendo en una consciente y voluntaria interacción erótica, sino en un imaginario que se representaba en ese momento J.F.H.L., que se reitera, estaba dado que en ese intervalo era atendido por un profesional de la salud que ejecutaba sobre su cuerpo un procedimiento terapéutico.

Para la Corte, como lo consideró el Ad quem, se encuentra acreditado ese elemento normativo “violencia”, empero, en consideración de que la conducta de RRN se actualizó en el ejercicio del abuso de poder, como una de las hipótesis contenida en el artículo 212A del Código Penal:

“... se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y

circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.»

Lo anterior, dada la existencia en este especial asunto, de una relación de poder, materializada por la posición asimétrica entre el tratante de la salud y el menor, en la cual el profesional detentaba pleno dominio para doblegar la voluntad del paciente, considerando que, el acusado se trataba de un hombre adulto, médico, especialista en medicina familiar y a quien, por medio de su progenitora, acudió la víctima en minoría de edad y con un cuadro psíquico o emocional descrito como una depresión, para ser tratado en ese padecimiento; desigualdad y completo desequilibrio entre las fuerzas de uno y otro sujeto, que le permitió al encartado bajo evidente dominio y autoridad acceder carnalmente al menor.

Superioridad que le facilitó al acusado, desde su posición privilegiada de poder conducir el supuesto tratamiento brindado a la víctima para, en el contexto del mismo, superponerse a la voluntad de este y conseguir el acceso carnal vía anal. Ello, dado que, regularmente cuando se acude a una cita o tratamiento médico el paciente ante la necesidad y urgencia de encontrar alivio a su afección, se deja llevar y acata las instrucciones del médico, en el convencimiento de alcanzar mejoría en su enfermedad, como es evidente se verificó en el caso sub examine.

Por lo tanto, como el comportamiento fue desarrollado bajo un claro abuso de poder por parte del procesado sobre la víctima, se configura, sin duda, el delito de acceso carnal violento».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Indicio: no

fue suprimido por la Ley 906 de 2004 /

INDICIO - Estructura / **INDICIO** - Valoración probatoria: en conjunto con las demás pruebas recaudadas

La Sala Penal de la Corte resolvió el recurso de casación presentado por el ente acusador, en contra de la sentencia absolutoria de segunda instancia, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, que revocó la condena emitida, por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Sevilla, Valle.

En esta oportunidad, la Corte casó parcialmente la sentencia del Tribunal Superior y, en su lugar, confirmó la condena proferida por el Juzgado de primera instancia, que declaró penalmente responsable a HFLV como autor del delito de homicidio agravado.

Lo anterior, porque el concurso de indicios (de presencia, oportunidad y móvil para delinquir), ponderado con otros hechos demostrados, permite cimentar el grado de conocimiento suficiente, para arribar a la conclusión que HFLV es el autor responsable del homicidio de J.A.V.G., debido a la demostración racional de múltiples hechos indicadores, de los cuales se infiere la existencia del hecho indicado y su conexión lógica.

SP1279-2024(56545) de 29/05/2024

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En una habitación ubicada en el primer piso de la vivienda, vivían, desde hacía aproximadamente 15 días, el bebé J.A.V.G. de 9 meses y 25 días de nacido, junto con su madre DAVG y el compañero permanente de ésta, HFLV, padrastro del menor.

2. En la noche del sábado 16 de mayo de 2015, tanto la madre del menor como éste, arribaron a su vivienda, aproximadamente a las 6 de la tarde; por su parte, HFLV lo hizo a eso de las 9 de la noche, después de haber ingerido licor.

3. Al día siguiente -domingo 17 de mayo de 2015-, más o menos rondando las 7:30 de la mañana, al observar DAVG, que el niño no se despertaba, lo tomó en sus brazos y de inmediato se dirigió a donde su madre, que vivía a pocas casas del lugar, quien de inmediato lo llevó al hospital Centenario de la localidad, en donde se estableció que llevaba algunas horas muerto, por causas violentas.

4. Se estableció que el infante falleció, por un golpe contundente producido en el cráneo que le causó fractura con-minuta.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Indicio: no fue suprimido por la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indicio: validez probatoria

«[...] acorde con el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, la prueba indiciaria indirecta por naturaleza construida a través de inferencias lógico-jurídicas, habría desaparecido del ordenamiento jurídico con tendencia acusatoria, empero, la realidad es que conserva validez en nuestra sistemática probatoria colombiana, a pesar de no aparecer taxativamente consagrada».

INDICIO - Concepto / **INDICIO** - Estructura / **INDICIO** - Configuración / **INDICIO** - Hecho indicador: concepto / **INDICIO** - Hecho indicador: demostración / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Concepto / **INDICIO** - Hecho indicado: concepto / **INDICIO** - Técnica en casación

«[...] la Corte ha señalado que el indicio es todo hecho o circunstancia conocida, del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica y /o de raciocinio.

Por consiguiente, para construir un indicio, debe existir un hecho indicador, una regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio y un hecho indicado o conclusión.

El hecho indicador se refiere a una circunstancia o suceso debidamente demostrado. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador o, existiendo, no se les da credibilidad, el hecho indicador no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de inferencia lógico-jurídica alguna.

La regla de experiencia alude, por su parte, al principio de la lógica o el postulado científico, concretos, que permiten conectar al primero con una conclusión.

El hecho indicado, no es más que la consecuencia extraída, como resultado de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador.

Ahora, la Corte igualmente ha señalado que no todo hecho o circunstancia debidamente demostrada, puede ser cobijada por el juicio de raciocinio escogido regla de la experiencia, principio lógico o ley de la ciencia, pero, tampoco

puede asumirse, que los mismos carezcan de importancia en el proceso de determinación de la verdad en materia penal.

En tales casos, ha indicado, la fuerza argumentativa emanada de las máximas de la experiencia puede suplirse por la relación, convergencia y concordancia de los hechos demostrados, al punto que, de esa forma, puede alcanzarse el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal, para emitir un fallo condenatorio. Interconexión que debe ser lógica y surgir de la realidad mas no de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador.

Así, en ocasiones se presentan casos en que existiendo dos hechos indiciarios que, ponderados independientemente, carecen de fuerza probatoria, al ser unidos, la adquieren tan considerablemente a raíz de su lógica complementación que, en ausencia de pruebas en contrario, resultan concluyentes.

Tratándose de prueba indiciaria, igualmente ha explicado la Corte, la censura en casación debe guardar relación con el tipo de argumentación utilizada en la sentencia que se ataca:

«Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir, su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

[...]

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone: -como condición lógica del cargo- aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque.

[...]

La hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador o la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia [...]

La Sala ha sido reiterativa en lo precedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza».

Reiterándose posteriormente y en lo que tiene que ver con la censura al proceso de articulación entre indicios:

«(iii). Y desde luego, que otro de los extremos objeto de acusación en tratándose de indicios es el relativo a la articulación individual o plural de los mismos entre sí o de aquellos con los otros medios de prueba autónomos en lo relativo a la fuerza demostrativa o poder de persuasión»

INDICIO - Se estructura / **INDICIO** - Valoración probatoria: en conjunto con las demás pruebas recaudadas / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Se configura

«[...] la Sala, desde ya, anuncia que acoge, en parte, el análisis efectuado por el juez de primera instancia, cuando concluyó hallar responsable a HFLV de causar la muerte violenta al niño J.A.V.G., a partir de considerar acreditados varios hechos, con los cuales construyó la prueba indiciaria, fundamento de la providencia sancionatoria que enseguida se examina.

Para la Corte, de los indicios por los que el a quo condenó a LV, los únicos plausibles de considerar son los de presencia, oportunidad y móvil para delinquir los que, ponderados con otros hechos demostrados, por su grado de convergencia y concordancia, alcanzan el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal, para confirmar el fallo condenatorio.

En efecto:

No hay controversia en cuanto a que los procesados HFLV y DAVG, fueron los únicos que permanecieron con el niño, a partir de las 9 de la noche del 16 de mayo de 2015, al amanecer del domingo 17 del mismo mes y año, en el interior

de la habitación ubicada en el inmueble de la [...] nro. [...] del barrio [...] del municipio de Sevilla, Valle del Cauca.

Se sabe, igualmente, que la madre del menor, estuvo con el niño aproximadamente desde las 6 de la tarde, mientras que el procesado arribó a su morada a eso de las 9 de la noche, cuando de acuerdo con lo declarado por JDV -amigo del anterior-, lo ayudó a ingresar con su moto a la residencia, dado el estado de embriaguez en el que se encontraba, hecho éste corroborado por AVM, dueña del bar Los Recuerdos, donde el implicado, en la tarde del sábado, estuvo ingiriendo licor con unos familiares.

Asimismo, conforme lo declaró MRGO, madre de la procesada DAVG, ésta concurrió a su casa, en dos oportunidades, por lo del desayuno para ella, el niño y el acusado entre 7:30 y 8:00 AM. en la mañana del 17 de mayo de 2015, con lo cual se demuestra que los dos procesados amanecieron juntos con el menor en la habitación donde vivían.

Sobre el fallecimiento del menor, dijo la testigo GO, que se enteró en horas de la mañana del domingo 17 de mayo de 2015, cuando vio a su hija salir corriendo, con el niño en brazos, del lugar donde residían, aduciendo ésta que no respondía.

Lo dicho por la anterior, encuentra confirmación con lo declarado por MEG, vecina del lugar, al señalar que en esa mañana, vio a DAVG salir de la casa donde ésta residía, angustiada y llorando con el niño en los brazos; enterándose con posterioridad que había fallecido.

Lo hasta aquí analizado confirma que, para el momento en que se presentó la muerte del menor, sólo los procesados pernoctaron con éste, sin que ninguna hipótesis factual alternativa, respecto de una cuarta persona en el lugar de los hechos, distinta a los señalados, fuera alegada por las partes o sometida a controversia.

Acorde con lo dictaminado por el perito del Instituto Nacional de Medicina Legal, LORS, la muerte del menor se produjo entre las 10 de la noche del 16 de mayo de 2015 y las 4 de la mañana del domingo 17 del mismo mes y año, horario que coincide con el momento en que LV y VG se encontraban con el infante.

El protocolo de necropsia por éste realizado, estableció que la muerte del infante fue violenta,

ocasionada por un trauma en cráneo con fracturas con-minutas.

Al referirse a la mencionada lesión, señaló que no es posible que la misma se pudiera presentar por un simple puño, sino con un golpe contundente, por ejemplo, con la utilización de un palo o una piedra; que, si se tratara de un accidente o caída, la misma debía producirse de una altura entre 4 y 5 metros y /o desde un segundo o tercer piso.

Conforme con las pruebas controvertidas en la actuación, la Corte descarta como igualmente lo consideraron las instancias, que las lesiones que le ocasionaron la muerte al menor se produjeran por una caída o accidente similar. Los medios de convicción indican que: i) el menor permaneció en su cama durmiendo, desde más o menos las 9 de la noche del sábado 16 de mayo de 2015, momento en que su madre lo acostó, hasta la mañana del 17 del mismo mes y año, cuando ésta verificó que no tenía signos vitales, y, ii) el tipo de lesión producida en el cráneo del niño como lo dictaminó el perito es de tipo contundente, con los efectos físicos de un golpe causado con un palo o una piedra o por una caída desde 4 o 5 metros de altura, lo cual hace imposible que la lesión que presentaba se hubiera originado por caída de la cuna.

A su vez, la inspección realizada en el lugar de los hechos, por parte del investigador del C.T.I., CAPP, corrobora que el lugar donde residían los acusados, con el niño, era una habitación ubicada en un primer piso de la vivienda, sin ventana, descartando el testigo, que hubiera penetrado, con fuerza, algún objeto contundente o que del techo se hubiera desprendido alguna pieza y caído en la cuna en donde se encontraba el menor.

De igual manera, en concordancia con lo anterior, manifestó el investigador que, al registrar la habitación, encontró una cama, una cuna y un armario, obteniendo como información de la madre del niño, que lo había acostado en su cuna, en la noche del sábado y que, en la mañana del domingo, no había despertado, como en efecto fue corroborado su dicho con lo relatado por MROG, abuela del menor.

En el lugar, por su parte, fue encontrada una piedra de 1 kg, con rastros de sangre humana, debajo de la cama donde pernoctaban los procesados, objeto del cual se estableció era apto para ocasionar las fracturas encontradas en el cráneo del menor; ello porque, de acuerdo con el

perito forense, no es posible que las mismas se hubieran producido por la caída de la cuna o corral donde dormía el niño, conclusión a la que llegó, después de que el ente acusador en audiencia, le pusiera de presente la fotografía del lugar donde descansó la víctima.

Añadió el perito forense que, si la fractura se hubiere producido por un accidente, el impacto debió ser de tal magnitud que produjo la fractura con-minutas; lo mismo que lo fuera con ocasión de una caída, por lo que, en este caso, la misma debió presentarse desde un segundo o tercer piso y /o desde una altura significativa entre 4 y 5 metros.

Explicó, incluso, que, aun cuando se trataba de un menor de 9 meses, a esa edad su cráneo ya es consistente o duro, por tener la forma de una bóveda; de ahí que descartara que un puño o una cachetada produjera ese tipo de lesión fractura con-minutas.

En ese sentido, tiene razón el Tribunal cuando afirma que alguno de los procesados fue el causante de la agresión leve, lo cual resulta cierto; sin embargo, no acertó al aplicar la duda a favor de los mismos, por considerar incipiente, para emitir condena, el solo indicio de presencia y oportunidad en el lugar de los hechos.

El error del ad quem, en la apreciación probatoria consistió en valorarlas de manera aislada, en tanto no son sólo los indicios de presencia en el lugar de los hechos y el de oportunidad, para cometer el crimen, que conspiran en contra del procesado LV, sino la convergencia de otros elementos de juicio que, sumados a los anteriores, nos llevan a confirmar que es el responsable del crimen.

En efecto, de lo declarado por las testigos MRGO y DVG -abuela y tía materna del menor-, se sabe que LV, junto con el niño y la madre de éste, se fueron a vivir desde que el menor tenía aproximadamente 5 meses de edad.

Ese hecho, de por sí, no crea una inferencia lógica-jurídica que lleve a concluir que todo padrastro siempre, o casi siempre, tendrá el interés de hacerle daño a su hijastro, hasta producirle la muerte. No obstante, en este caso, además de la relevancia que cobra el indicio de presencia y oportunidad en contra del procesado, es el comportamiento por éste asumido, durante y después de la convivencia, que tuvo con el menor y la madre de éste, los que claramente redundan en su contra, como el autor del crimen.

Al respecto, señaló la testigo GO que cuando el procesado LV vivió con su hija y el menor en la casa de su propiedad, por espacio de dos meses les arrendó un cuarto, en una ocasión vio al primero durmiendo en una habitación distinta a la asignada, por lo que, al interrogarlo por su presencia en el lugar, como respuesta dio éste que “el menor lloraba mucho y no lo dejaba dormir”.

Reconoció la testigo que es verdad que, en las noches, el menor molestaba antes de ir a dormir y que, igualmente, lo hacía en horas de la madrugada, lo cual atribuyó a su hiperactividad; no obstante, dejó claro que mientras los tres vivieron en su casa, ella procuró dormir con el menor, para que no molestara a LV.

Además, sobre el comportamiento del procesado después de los hechos, dijo la testigo que cuando la policía judicial fue a realizar la inspección, vio a LV “[...]dentro de la habitación muy relajado fue y sacó una compota de J (sic del menor), quien no se las daba él y, se sentó y se relajó a comerse la compota mientras el señor de la Sijín y la policía revisaban el apartamento [...]

Aseguró la testigo GO que, después de los hechos, fueron amenazadas por el procesado y la familia de éste, por concurrir con su hija DVG, como testigos al proceso, hecho éste confirmado por la última.

Ninguna explicación válida se ofrece para que el procesado, si es que ninguna intervención tuvo en el crimen, decidiera de repente amenazar a las anteriores, por el hecho de declarar en audiencia, lo que indica, de alguna manera, que ocultaba algo o que sentía temor por lo que ellas pudieran decir sobre él y respecto de los hechos que desencadenaron en la muerte del menor.

A lo anterior, se suma, lo señalado por la testigo AVM quien igualmente les arrendó una habitación a los procesados con el niño, al recordar que mientras en su casa vivieron los procesados, escuchó llorar al niño en varias oportunidades. Evocó una oportunidad, en la que, mientras extendía la ropa, notó incesante el lamento del niño, situación que le llamó la atención, por lo que decidió verificar, encontrándolo solo con el procesado, quien se limitó a dar como respuesta: ¡no este muchacho, es lo más de raro no se amaña aquí!

El comentario que en ese sentido realizó el procesado, acerca del llanto del menor, para la

Sala resulta notoriamente despectivo y displicente; está visto que el procesado era el padrastro del menor y al cuidado de éste se encontraba; sin embargo, ningún acto de salvamento prodigó para calmar su sollozo, pues estando obligado a ello, en su condición de garante, no lo hizo; por el contrario, lo dejó a su suerte, ante el oído impávido de la dueña del lugar.

Es evidente, entonces, que al procesado poco o nada le interesaba la integridad del menor, al punto que su sollozo lo exacerbaba notablemente, como lo hicieron saber las testigos GO y VM.

Aunado a lo anterior, se suma, la actitud indiferente que asumió LV, luego de que se produjera el deceso del niño. En primer lugar, no se le vio acompañando a la madre de éste, cuando salió de su vivienda alterada con el menor en brazos, tampoco se le observó en el hospital cuando fue llevado por urgencias. En lugar de ello, permaneció en la morada que les servía de vivienda, como si nada hubiera acontecido, conforme se extrae de lo declarado por MRGO, DVG y el investigador del C.T.I., CAP.

En esa medida, la Sala concuerda con la primera instancia, acerca de que al procesado sí le producía molestia el llanto del menor, pero esa sola inferencia no resultaría suficiente para construir el indicio de móvil para matar -como lo concluyó la primera instancia-, dado que no siempre que un niño llora o molesta la manera de silenciarlo es quitarle la vida, en oposición con ello, existen otras alternativas igualmente plausibles que llevarían a un hombre promedio a calmar su aflicción, por lo que no bastaría ese solo hecho analizado de manera aislada para crear necesariamente la regla de la experiencia que el demandante reclama.

[...]

Como los indicios se construyen no sólo desde una perspectiva ex ante a la comisión del delito sino ex post a su ocurrencia, no existe duda que, en este caso, el procesado asumió un comportamiento indolente e indiferente con el menor, desde que empezó la vida marital con la madre de éste, sino que igual actitud lo acompañó después de la muerte del niño.

En esa medida, el único interesado en segarle la vida al menor era LV, al confluir en su contra varios hechos indicadores que lo señalan como el responsable del crimen, entre otras razones,

porque en lo que se refiere a la madre del niño, nada se dice en su contra.

Sobre ella, los hechos indican que sus acciones nunca estuvieron dirigidas a dañar al menor y su reacción se acompaña con los de una mamá angustiada al ver a su hijo en grave o indeterminable estado de salud, dado que i) se levantó en la mañana a comprar comida para poder brindarles desayuno a su hijo y al procesado, ii) por su comportamiento, nada dice que, para ese momento, tuviera conocimiento del estado en que se encontraba el menor, iii) se le notó tranquila, desprovista de nervios y actuando de manera normal, pues su interés era el de proveer los alimentos para los tres, iv) después, salió con su hijo en brazos, completamente descompuesta, nerviosa y sin saber qué hacer, dado el estado de salud en el que encontró a su hijo, al regresar a su casa con los alimentos para el desayuno, y, v) a pesar de ello, procedió a buscar la solución más eficaz, para proteger la salud del menor, porque sus intenciones estaban dirigidas completamente a brindarle todo el bienestar a su hijo, llevándolo a un centro de salud.

Ahora, que de una u otra forma se hubiera enterado de que el autor del crimen de su hijo fue LV y que, a pesar de tener la obligación de denunciarlo, así fungiera como su compañero permanente no se aplica la excepción de no incriminarlo por cuanto la víctima era un menor de edad, ya se dijo que la Corte no tiene competencia para pronunciarse Cfr. 1.

Por lo demás, es evidente que, en este caso, además del indicio de presencia en el lugar de los hechos y de oportunidad, igualmente concurre en contra del procesado LV el de “móvil para delinquir”, en tanto a este sí le causaba molestia el persistente lamento del menor, no sólo en momentos en que aquel pretendía conciliar el sueño, sino durante el día, cuando se quedaba a solas con el infante.

Al efecto, se tiene que, para la fecha de los hechos, el menor se encontraba resfriado, como lo atestiguaron su tía y abuela materna. Ese estado, en un menor de 9 meses de edad, que de por sí tenía serias dificultades para conciliar el sueño, acrecentó aún más la posibilidad de no dormir profundamente, durante la noche del 16 de mayo de 2015 y el amanecer del día siguiente 17 de mayo de 2015.

Lo anterior, sin duda, sirvió de detonante, para que el procesado, ya en estado de embriaguez hecho que tampoco se discute, durante la noche de los hechos, con total relajamiento de los frenos inhibitorios, como lo indicó la Fiscalía, decidiera silenciar al niño para siempre, como en efecto sucedió.

Recuérdese que, en lugar de los hechos, fue encontrada una piedra con manchas de sangre humana, que si bien, no fue acreditada la sangre correspondiera a la víctima, no hay duda, que se trata de un objeto contundente, de los descritos por el perito forense LORS, capaz de ocasionar el daño craneoencefálico que le produjo la muerte violenta al niño.

Por su parte, ninguna justificación plausible fue ofrecida tendiente a explicar el hallazgo del elemento escondido debajo de la cama con los rastros indicados.

Así las cosas, la piedra hallada en el lugar de los hechos, con manchas de sangre humana, en cualquier otro contexto pareciera ser de poca importancia; sin embargo, en este caso, cobra gran relevancia, para estructurar el dolo en el actuar del procesado, en tanto, no hay duda, LV se aprovisionó del mencionado elemento, para quitarle la vida al niño, como en efecto ocurrió, pues no hay otra explicación plausible distinta a la indicada, que justifique el hallazgo del referido objeto en el cuarto donde vivían con el menor.

[...]

La prueba indiciaria, en últimas, se reduce a la teoría de las probabilidades. Así, ante la concurrencia de varios indicios que apuntalan a una misma dirección, aumenta la probabilidad de que el vínculo entre ellos demuestre la existencia del hecho que se pretende averiguar y, por contera, releva la hipótesis del azar a su mínima expresión.

En este caso, el conjunto de indicios ampliamente detallados, valorados aisladamente, resultan débiles para condenar, pero articulados en conjunto, tal cual lo indicó el demandante y el Ministerio Público, permitieron al fallador de primer grado, afirmar en grado de convencimiento más allá de toda duda, la responsabilidad de LV.

No es lógico, como lo hizo ver el Tribunal, considerar de manera separada y con total independencia, cada uno de los indicios, por cuanto en esta modalidad probatoria el hecho a

demostrar sólo se obtiene por su coordinación, entre sí, y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia puedan probar».

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN -

Alcance: opera en materia penal o en trámites policivos o contravencionales / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: incluye procesos de toda índole, siempre que se cuestione la responsabilidad penal

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación especial presentada por la defensa de LAAB contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el fallo absolutorio del Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad y, en su lugar, lo condenó como autor del delito de falso testimonio.

La Corte revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior y, en su lugar, confirmó la absolución emitida por el Juzgado de Conocimiento, pero con el argumento de que, las pruebas recaudadas, no permiten establecer, más allá de toda duda razonable, que las afirmaciones vertidas por el acusado en el interrogatorio de parte ante el Juzgado 37 Civil Municipal de esta ciudad, por el hecho de negar el contrato de arrendamiento, hubiesen sido falsas.

En tal sentido, la Sala refutó las consideraciones del *a quo*, así como las aseveraciones del recurrente, consistentes en que el procesado mintió en el interrogatorio de parte, pero amparado en el ejercicio de su derecho a la no autoincriminación, previsto en el artículo 33 de la Constitución Política. Ello, ya que, en la mencionada diligencia, no fue cuestionado sobre su responsabilidad penal; por el contrario, las preguntas estuvieron enfocadas en establecer si JAVO (fallecido en febrero de 2015) celebró con él un contrato de arrendamiento.

Sobre el tema, recordó que, el derecho a no la no autoincriminación, ampara a todos los ciudadanos, incluso en procesos no penales, como los civiles. Sin embargo, esta protección solo aplica si durante la actuación procesal o diligencia se les pregunta sobre su responsabilidad penal.

SP1304-2024(58721) de 22/05/2024

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 29 de julio de 2016 LAAB, fue llamado ante el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, para rendir interrogatorio de parte frente a la existencia de un contrato de arrendamiento pactado con JAV –fallecido-, respecto del bien ubicado en esta capital.
2. LMCD, esposa del causante y denunciante, aseveró que LAAB mintió en la diligencia, pese al compromiso de no faltar a la verdad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Normativa / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Concepto / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: opera en materia penal o en trámites policivos o contravencionales / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: incluye procesos de toda índole, siempre que se cuestione la responsabilidad penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: interrogatorio y contrainterrogatorio, reglas, finalidad / **TESTIMONIO** - Derecho a guardar silencio: alcance

«El derecho a no autoincriminarse o inmunidad personal es una garantía mínima consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 80 num. 2, literal g[11], y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4, num. 3, literal g[12], conforme con la cual, toda persona acusada de un delito, tiene el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Tal garantía ha sido incorporada en la Carta Política, al contemplarla el artículo 33. En este se dispone que nadie puede ser obligado a declarar

contra sí mismo, la cual se extiende al derecho de no hacerlo contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

De antaño, esta Corporación ha sostenido que el derecho a no auto incriminarse, opera solamente en materia penal, en trámites policivos o contravencionales, no así en asuntos civiles, pues en estos los ciudadanos acuden ante la administración de justicia, en igualdad de condiciones, para que dirima los conflictos que existen entre ellos, por lo que no deben abusar del derecho propio y colaborar a la recta impartición de justicia, en la reconstrucción de los hechos y supuestos jurídicos necesarios para la solución del conflicto.

En cambio, ante la presunta comisión de hechos punibles, cobra relevancia la garantía prevista en el artículo 33 constitucional, pues la prohibición de no declarar contra sí mismo o sus parientes, en el grado de parentesco amparado por la norma, favorece al procesado de cara al poder sancionatorio que ejerce el Estado, quien actúa encaminado a derruir la presunción de inocencia que lo ampara.

Ahora bien, el Código General del Proceso consagra el interrogatorio de parte, en su artículo 184, como el que promueve quien pretende demandar o tema que se le demande, con el fin de que la contraparte conteste el interrogatorio que se le formule “sobre hechos que han de ser materia del proceso”, puede hacerlo por una sola vez y debe indicar, concretamente, qué pretende probar.

Este interrogatorio, si se quiere, es el mecanismo, bien, para obtener la declaración de parte, ora, la confesión, que sí son medios de prueba, al tenor del artículo 165 del C.G.P. Este último, vale recordar, consiste en la aceptación como verdadero del hecho o acto suficiente para provocar, contra el que lo admite, consecuencias jurídicas en la actuación que se promueva.

Según el artículo 203 del C.G.P. antes de iniciarse el interrogatorio de parte, se recibirá del interrogado juramento de no faltar a la verdad. Asimismo, se aclara que este deberá contestar las preguntas asertivas, negando o afirmando la existencia del hecho preguntado; las no asertivas, concretamente y sin evasivas y, si “se negare a contestar o diere respuestas evasivas o impertinentes, el juez lo amonestará para que

responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.”

Esa disposición, cuando estaba contenida en el entonces artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, fue demandada por inconstitucionalidad, con fundamento en que vulneraba, entre otros, el artículo 33 de la Constitución Política, de manera que una lectura acorde a la Carta Política, según el demandante, conllevaba que el declarante pueda negarse a responder cualquier pregunta que comprometiera su responsabilidad o la de sus parientes.

La Corte Constitucional en la sentencia C-599 de 2009, declaró exequible la norma demandada - reproducida por el artículo 203 del C.G.P.- tras considerar que sea en proceso civil o laboral, en la contestación de la demanda, confesión judicial o al rendir un interrogatorio de parte o de terceros, “el ciudadano requerido siempre podrá abstenerse de contestar lo que pueda implicar responsabilidad penal suya o de su cónyuge o compañero permanente, o de sus familiares cercanos, en los grados establecidos en el artículo 33 de la Carta.”

De esta forma, ni el juez ni las partes pueden postular preguntas que impliquen para el interrogado una responsabilidad penal y, si el interesado en el interrogatorio así procede, es deber de aquel informar a quien contesta que no está obligado a responder en virtud de la exoneración constitucional de decir la verdad, frente a este aspecto en concreto.

Precisó, además, que los asuntos civiles se rigen por la observancia de los deberes y obligaciones de las personas, en el ejercicio responsable de los derechos consagrados en la Constitución Política en el artículo 95, ordinales 1° y 7°, esto es, “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y, “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

Además, la Corte Constitucional destacó que, ante el deber de las partes de colaborar con la administración de justicia, es exigible a toda persona atender la solemnidad del juramento, mucho más cuando trata de contestar cuestionamientos que entrañan un conflicto interpersonal, propio del derecho privado [...]

Precisó también, el Alto Tribunal Constitucional que ello tiene fundamento en el principio de la buena fe, supuesto ético, según el cual las personas actúan con transparencia, e

igualmente, en su derivado, la lealtad procesal, en cuanto que se confía en que la parte que lo formula actúa con apego a la verdad y, que, quien lo absuelve obrará de similar manera.

Quiere decir lo anterior, entonces, que el derecho a la no autoincriminación, previsto en el artículo 33 de la Constitución, encuentra su mayor expresión en el proceso penal atendiendo su finalidad. No obstante, ampara a todos los ciudadanos, incluso, en procesos de otra índole, como el civil, únicamente, cuando en curso de determinada actuación procesal o diligencia se le inquiera o cuestione sobre su responsabilidad penal».

FALSO TESTIMONIO - No se configura / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - No se vulnera

«[...] dista la Sala de las consideraciones del a quo, así como de las aseveraciones del recurrente, consistentes en que el procesado mintió en el interrogatorio de parte realizado el 29 de julio de 2016, pero amparado en el ejercicio de su derecho a la no autoincriminación, previsto en el artículo 33 de la Constitución Política.

Lo anterior, porque en la diligencia reseñada líneas atrás, en ningún momento el acusado fue cuestionado sobre su responsabilidad penal en determinado asunto. Las preguntas postuladas por la apoderada de L.M.C.D. y la juez, asertivas y no asertivas, estuvieron enfocadas en establecer si J.A.V.O. (fallecido en febrero de 2015) celebró con L.A.A.B. un contrato de arrendamiento. Aunado a que este no adujo que se abstendría de contestarlas, por considerar que lo comprometían en una cuestión criminal o sancionatoria.

En su lugar, lo que emerge del interrogatorio de parte que L.A.A.B. rindió ante el Juzgado 37 Civil Municipal, es que sus respuestas, en un todo, fueron uniformes, consistentes y enfáticas para referir que no existió contrato de tal especie con J.A.V.

Tampoco se percibe contradicción de su dicho al ser interrogado por la apoderada sobre la condición en la que recibió el apartamento y si lo fue con ocasión del contrato de arrendamiento, por el hecho de responder que J.A.V. no dijo nada en concreto al respecto. Aseveró que este se limitó a solicitarle los \$10.000.000.00 que necesitaba al parecer con urgencia, de modo que, el 1º de octubre de 2014, cuando le entregó dicha suma,

aquel le dio las llaves del inmueble que también requería con premura, pero sin que hablaran de pago, plazo o contrato.

Lo cierto es que, ninguna de las respuestas aducidas por el procesado denota que haya mediado un contrato de arrendamiento respecto del cual quisiera mentir. Lo que dejó señalado A.B. en sus respuestas, es que la ocupación de la vivienda se originó en un acuerdo que era recurrente entre ellos, pues se hacían préstamos de sumas importantes de dinero, sin garantía distinta a la confianza que compartían.

Véase que el procesado afirmó en dicho interrogatorio que conocía a J.A.V. de años atrás, lo cual coincide con la afirmación de L.M.C.D., puesto que frecuentaban la farmacia de la que A.B. era dueño, a la que asistían de acuerdo con las necesidades en salud de la menor.

De ahí que, no resulte del todo extraño que el pacto entre J.A.V. y el acusado se limitara a que a cambio del dinero que este último prestó al primero, aquel le permitiera ocupar el apartamento, efecto para el cual le entregó las llaves de ingreso, incluso, sin acordar plazos o condiciones que le llevaran a inferir que habían celebrado un contrato siquiera similar al de un arrendamiento.

Por esto es que se advierte razonable que A.B. condicionara la entrega del inmueble a la devolución del dinero prestado, máxime cuando J.A.V.O. había fallecido. Esta, entonces, sería la razón por la que precisó en el interrogatorio de parte que una eventual conciliación versaría sobre el “negocio” que realizó con aquel.

De suerte que, para la Sala, tales manifestaciones no revelan que el procesado mintió o pretendió ocultar la verdad frente a existencia de un contrato de arrendamiento, pues en su entender, lo acordado entre ellos no constituía un contrato de arrendamiento.

Y aun cuando en acta del 8 de agosto de 2019 se ordenó al procesado la entrega del bien, luego de ser vencido en sentencia del 12 de febrero de 2018, para la Corte, el resultado arrojado por ese trámite procesal no indica, necesariamente, que A.B. faltó a la verdad en punto a si convino un contrato de arrendamiento, como lo consideró el Tribunal, al señalar que la restitución del inmueble hacía patente la mentira.

[...]

De otra parte, se encuentra que las respuestas del acusado contenidas en el interrogatorio de parte, no solo tuvieron una explicación plausible de lo que fue el acuerdo que le permitió tener la ocupación del inmueble, sino que además, reconocieron en todo momento los derechos de su propietaria, incluido el de retornarle el inmueble, cierto sí, a la espera del reconocimiento del derecho que entendió también tenía, esto es, que se le retornara el dinero prestado.

Asimismo, del testimonio de L.M.C.D. se advierte que esta no tuvo conocimiento de que el procesado ocupaba el inmueble sino hasta después de febrero de 2015, en tanto que A.B. recibió el bien el 1º de octubre de 2014, es decir que no presenció la realización del acuerdo, sus antecedentes o condiciones, las que replicó, dijo, por la información que J.A.V. le brindó antes de fallecer. Con todo, afirmó que después de esto habló con A.B. para la devolución del apartamento, quien sostuvo la misma versión que en el interrogatorio de parte extraprocesal».

FEMINICIDIO - Tentativa: se presenta aun cuando la víctima resulte ileso / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, no abarca el que los actos de ejecución hubieren alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución del resultado / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior

La Sala Penal resolvió el recurso extraordinario de casación promovido por el defensor de JLGR, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 56 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó al implicado, como autor responsable del delito de feminicidio agravado.

La Corte no casó la providencia recurrida, al considerar demostrado, más allá de toda duda razonable, que el procesado perpetró la conducta delictiva de feminicidio agravado en grado de tentativa en contra de la señora YPBH.

Para llegar a la anterior conclusión, analizó la idoneidad de los actos ejecutivos desplegados por el acusado desde el contexto de dominación previa y el asedio constante al que sometió a YPBH; pues a pesar de su separación, intentó controlarla con amenazas y agresiones físicas, como si fuera de su propiedad.

En ese orden de ideas, la Sala puntualizó que, JLGR anunció que mataría a YPBH, pero debido a circunstancias fuera de su control, no pudo llevar a cabo su plan delictivo original; es decir, sus actos estuvieron inequívocamente dirigidos a causar la muerte de su expareja; ello acorde con la letalidad del arma que portaba.

SP1597-2024(57160) de 26/06/2024

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. JLGR y YPBH convivieron en unión libre por un lapso aproximado de cinco años, tiempo durante el cual procrearon a dos hijos varones. Al cabo de ese tiempo, ella decidió separarse de su compañero, pues, este, permanentemente, la agredía física y psicológicamente, comportamiento agresivo que acentuaba cuando se encontraba bajo el influjo de sustancias estupefacientes, lo que la llevó a fijar su residencia, junto con sus descendientes, en un inmueble ubicado en la localidad de Usme, en Bogotá.
2. Posteriormente, luego de su separación, en horas de la tarde del 4 de julio de 2018, encontrándose ella en su casa, junto a su hijo menor J.E.G.B., de tres años, arribó JLGR, requiriéndola para que saliera del inmueble y manifestándole que iba a acabar con su vida porque «si no era para él no iba a ser para nadie». Como YPBH se negó a ese requerimiento, JLGR decidió ingresar por el techo a la vivienda.
3. YPBH intentó salir con su hijo en brazos, pero fue impedida por el agresor, quien la interceptó en la puerta del inmueble, armado con una navaja. En ese momento, vista la intención de YPBH, de resguardarse nuevamente en la vivienda, aun sosteniendo al menor en sus brazos, JLGR le asestó dos puñaladas en cada una de sus piernas, a la altura de los muslos, ataque que se interrumpió gracias a la oportuna

aparición de miembros de la Policía Nacional, los cuales materializaron su aprehensión y el consecuente traslado de la víctima a un centro asistencial.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FEMINICIDIO - Agravado: demostración / **FEMINICIDIO** - Violencia contra la mujer: está dirigida a perpetuar el estado de dominación que se ejerce sobre la mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que está sometida / **FEMINICIDIO** - Tentativa: se presenta aun cuando la víctima resulte ileso / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, no abarca el que los actos de ejecución hubieren alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución del resultado / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, demostración, no está sometida a tarifa legal / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure por circunstancias ajenas a su voluntad

«Para empezar, es necesario auscultar la prueba construida respecto del contexto de la relación que sostenían el procesado y la víctima para la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, el 4 de julio de 2018, pues, acorde con la pretensión inculpativa del ente persecutor, se acompaña con el ciclo de violencia física y psicológica que ejerció el acusado contra su expareja sentimental, incluso, luego de finiquitada la convivencia.

Es así como, respecto de la prueba de cargo, la Fiscalía, en primer lugar, presentó a la víctima, Y.P.B.H., quien, en sesión de 26 de marzo de 2019, bajo el evidente abatimiento y desconsuelo, exteriorizados en el llanto que permanentemente acompañó su exposición, narró de manera precisa, coherente e hilvanada, en presencia del acusado, todas las vicisitudes que circundaron lo que inicialmente se constituyó como un proyecto de vida con G.R., con quien, por el espacio de cinco años permaneció en unión libre, lapso en el que procrearon dos hijos varones, solo que en ese contexto familiar proliferó, de parte de aquél, el deseo de someterla y desvalorarla, maltratándola de manera física y psicológica, aspectos que condujeron a la ofendida a finiquitar ese vínculo y ubicarse con sus hijos en otra vivienda.

[...]

Este ultraje sistemático desplegado por el implicado no se llevó al conocimiento del juez solo con este apartado de la deponencia de la víctima.

En la misma sesión del juicio oral la delegada del ente persecutor presentó a la testigo L.M.H.O., madre de Y.P., quien refirió que, directamente, en algunas ocasiones vivenció el comportamiento agresivo desplegado por G.R. en contra de su hija, pues, la agredía a golpes y amenazaba con una navaja, precisando que en una oportunidad la intentó apuñalar por la espalda, cuando se encontraba en estado de gestación.

Esta deponente también fue enfática en señalar que, aun después de separados, el implicado continuó agrediendo a su hija, manifestándole que «si no es para él no será para nadie». Además, percibió en su descendiente una actitud nerviosa, al extremo de decidir encerrarse por un tiempo, por temor a que G.R. terminara con su vida, lo que acompaña con que, en alguna ocasión, escuchó de él amenazas de muerte en contra de Y.P.

Ahora bien, para contrarrestar ese contexto o ciclo de violencia en que el implicado sumió a la víctima, la defensa presentó como testigos de descargo a L.L.G.R., C.I.R.A. y al propio A.L.G.R., tratándose, las dos primeras deponentes, de la hermana y madre del procesado, respectivamente.

Empero, pese al marcado interés de los familiares del implicado por favorecerlo, pues, entre otros aspectos, manifestaron no tener conocimiento de algún acto perpetrador de violencia contra su expareja, al punto, acotaron, que era la víctima quien mostraba un comportamiento violento y agresivo en contra del acusado, lo cierto es que, de lo expuesto por la madre de este se corrobora la existencia de una relación conflictiva entre su hijo y Y.P., entre otros aspectos, por el asiduo consumo de bazuco por parte de G.R., quien, valga señalarlo, en su declaración, además de asentir en el descontento de ella por su adicción, no reportó el desmedido maltrato por parte de su excompañera, de la manera en que lo refirió su progenitora, hechos que, por lo demás, según esta última deponente, tampoco fueron puestos en conocimiento de autoridad alguna.

Adicionalmente, también de la declaración de la señora R.A., logra percibirse la marcada intención opresiva que recibió la víctima, por su

condición de mujer, cuando convivió en la casa de su suegra, pues, al ser contrainterrogada por la Fiscal Delegada, para que explicara «¿por qué le manifestó a la señora P. que el hombre es la cabeza y la mujer es la columna?» la testigo contesto: «...el hombre es el que debe proveer y la mujer es la que debe cuidar sus hijos, la que debe estar pendiente de sus hijos de...», y si bien, a renglón seguido, la declarante extendió su respuesta señalando que tanto el hombre como la mujer tienen que contribuir de manera equitativa a las responsabilidades del hogar, deviene notorio que esta última explicación solo la exteriorizó como salida al sinsentido de su afirmación inicial.

En este contexto, la exposición de la señora R.A., no logra minar la credibilidad otorgada a la víctima, pues, por el contrario, devela el apoyo irrestricto a su hijo para someter a Y.P. al confinamiento de su hogar, en un claro desvalor de su condición de mujer, ante la aferrada creencia de que su vida en pareja solo se circunscribía a ese ámbito, lo que, en efecto, pretendió materializar G.R.

De esta manera lo relató la afectada: «él no me dejaba trabajar, no me dejaba salir, él decía que las mujeres eran de la casa, que las mujeres no podían salir, tenían que atender a los maridos y los hombres eran los que mandaban en la casa y todo lo que ellos dijeran uno lo tenía que hacer»

Ahora bien, respecto de la existencia de «antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.», según lo consagra el artículo 104A, literal e), del Código Penal, acorde con la pretensión incriminadora del ente persecutor, debe advertirse que su acreditación no se agota solo con la auscultación de las pruebas previamente ilustradas.

Así, la investigadora del C.T.I., L.S.M.M. -en declaración surtida en la misma sesión de juicio oral de 26 de marzo de 2019-, encargada, entre otras labores, de recibir la denuncia a Y.P., señaló que esta aportó otra noticia criminal interpuesta en contra de G.R., en hechos ocurridos, según el formato incorporado a la actuación, el 18 de marzo de 2017, cuando «...siendo aproximadamente las 01:00 A.M., me encontraba descansando en mi residencia y

recibí una llamada telefónica de mi ex pareja J.L.G.R...quien me dijo palabras soeces y que le dijeron que yo tenía nueva pareja y que él eso no lo aceptaba y que si él me miraba con un hombre él me mataba y me pagaba con dignidad, y que si no me mataba me dejaba lisiada en una silla de ruedas...»

Acorde con ello, la víctima en su declaración hizo mención a la existencia de tres medidas de protección emitidas a su favor, en atención a las recurrentes agresiones y amenazas que en contra de su vida recibió de G.R., información que develó cuando narró una golpiza que este le propinó en el mes de diciembre de 2017, pese a tener orden restrictiva para no acercársele, prohibición que, anota, tampoco tuvo efecto en los policiales del CAI que conocieron del caso y lo dejaron en libertad, pese a que les exhibió dicho documento.

Incluso, el propio implicado se encargó de reforzar la veracidad de la información suministrada por la víctima, cuando, en su declaración, evocando el mismo episodio, reconoció la emisión de una medida de protección dispuesta a favor de su expareja.

Ineludiblemente, ese contexto de violencia psicológica y física que viene de ilustrarse, lo proyectó el acusado en contra de su expareja, en los hechos acaecidos el 4 de julio de 2018.

[...]

Desde luego, la demostración pericial de que la víctima estuvo cerca de fallecer puede incidir en la dosificación judicial de la pena, para la cual, en el caso del delito tentado, es relevante establecer «el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo». Una prueba de esa naturaleza, entonces, podrá conllevar una mayor respuesta punitiva, pero en modo alguno resulta indispensable para calificar la idoneidad de los medios desplegados. (CSJ SP1175-2020, junio 10 de 2020, Rad. 52341).

De tal manera que, para el asunto que ocupa la atención de la Sala, es evidente que el censor se alejó del contexto ex ante que gobierna la determinación de las lesiones causadas a la ofendida, cuya objetiva verificación conduce, de manera irrefutable, a establecer que el implicado emprendió actos idóneos, con la virtualidad de causar la muerte de su excompañera.

Conforme lo precisó el Tribunal, al juicio oral y público fue convocado el médico forense, doctor A.G.L., quien signó el dictamen médico legal en el

que describió las heridas advertidas en el cuerpo de la víctima.

En efecto, en la misma sesión de audiencia que viene de reseñarse, ratificó de manera espontánea y bajo su conocimiento especializado -lo que descarta la presunta inducción a la que sin sustento se refirió el recurrente-, que Y.P. presentó dos heridas provocadas con mecanismo traumático de lesión, corto punzante, en cada uno de sus muslos, cara anterolateral externa, daño físico que, si bien, precisó, no puso en riesgo la vida:

...anatómicamente en los muslos cruzan arterias y venas de gran calibre, principalmente la vena femoral y arteria femoral que, de haberse lesionado esta arteria, hubiese puesto en alto riesgo de fallecimiento al paciente, aun recibiendo la atención médica, dado que es un gran calibre, el flujo sanguíneo es bastante alto y de no recibir atención oportuna se corre bastante riesgo de fallecer.

[...]

Pese a que el Tribunal no hizo mención del referido cuestionario practicado por la defensa y las consecuentes respuestas dadas por el deponente, con lo que, consideró el censor, incurrió el juez colegiado en falso juicio de identidad, lo cierto es que deviene intrascendente la información suministrada por el galeno, en aras de auspiciar la tesis defensiva.

Ello, no solo porque, según se colige de los datos suministrados por el deponente, en definitiva, no le fue posible determinar si la profundidad de las heridas percibidas en Y.P. pudieron afectar las arterias y venas con la virtualidad de poner en riesgo su vida, pues, se encontraban suturadas, sino porque, conforme al criterio jurisprudencial traído a colación, la ausencia de letalidad de las lesiones evidenciadas, no desvirtúa la idoneidad de los medios desplegados por el agresor para segar la vida de la persona.

No admite controversia que, previo a los hechos ventilados en esta actuación, el acusado tenía por sentado que atentaría contra la vida de Y.P., pues, en una clara muestra de dominación, latía en él la idea de querer tenerla a su lado a como diera lugar, lo que en efecto reiteró el 4 de julio de 2018, cuando, de alguna manera, se enteró que su expareja se encontraba en la vivienda con otra persona, «J»

Ese fue el suceso detonante para que G.R. arremetiera contra la víctima, en lugar de la reticencia de esta última por dejarle ver a sus hijos, como lo enunció el censor, explicación, por demás, que ni siquiera coincide con lo espetado durante el hecho por el implicado, quien, armado con una navaja, manifestó «perro, salga que yo si la mato porque si usted no es mía nunca va ser de nadie. Luego de ello, intentó ingresar al inmueble.

La reacción de Y.P., quien se hallaba, en ese momento, sola con su hijo, se dirigió a superar el ostensible estado de indefensión en el que se encontraba, intentado salir de la casa, cargando en brazos al menor; pero, fue interceptada por el acusado a la salida del inmueble.

Es justo en ese momento en que el implicado, para cumplir con su cometido homicida, realizó múltiples lances con el arma corto punzante, sin que lograra propinarle ninguna puñalada en la parte superior de su cuerpo, debido, precisamente, a las maniobras evasivas desplegadas por Y.P., quien intentó reingresar al inmueble y cerrar la puerta, sumado a que su hijo de 3 años, fungió, para ese instante, como una suerte de escudo, pues, conforme lo detalló la víctima, siempre lo tuvo alzado y nunca le dio la espalda al agresor, lo que, valga señalarlo, resultó coherente con la ubicación de las heridas que terminó por causarle el procesado en sus piernas, cuando pudo asestar dos estocadas.

La realidad precedente, desde luego, descarta la exposición de G.R., quien, en confusa narración señaló que las puñaladas que asestó a Y.P., se las propinó en medio de una contienda, en la que también intervenía un sujeto nominado «J.»

Es evidente que en la agresión no intervino ningún tercero, como lo expuso con claridad la víctima, enfática en sostener que a la llegada del acusado sólo se hallaban en la vivienda ella y su hijo menor.

Adicionalmente, se tiene que el patrullero C.S.O., en la misma vista pública de juzgamiento, declaró que, cuando arribó al sitio para atender el llamado de la central policial, observó al implicado portando una navaja y ubicado en la puerta de la vivienda, en actitud amenazante, por lo que, tras permitir la ofendida su ingreso, apreció que esta presentaba dos lesiones, aunado que en ese lugar solo se encontraban esta y su hijo.

[...]

Así las cosas, tras verificar la manera en que se desarrolló la agresión, se itera, acorde con la credibilidad otorgada a la exposición de la víctima, se tiene que los actos ejecutivos desplegados por G.R., además de idóneos, estuvieron inequívocamente dirigidos a causar la muerte de su expareja.

Ello acorde con la letalidad del arma que portaba, la cual, indiscriminadamente utilizó en contra de la afectada, logrando impactarla en una zona corporal, en todo caso, como lo explicó el médico legista, con la potencialidad de poner en riesgo su

vida.

Se suma a lo anterior, la relación de dominación previa, al asedio constante al que G.R. sometió a Y.P., en contra de quien, aun con posterioridad a su separación, con actos de intimidación y agresiones físicas, quiso mantenerla bajo su dominio, como si fuera «suya», anunciando que de no ser así acabaría con su vida, como en efecto lo expresó y pretendió el día de marras, solo que, por circunstancias ajenas a su voluntad, como se explicó en precedencia, le fue imposible perfeccionar su cometido delictivo inicial».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, variación jurisprudencial /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, no aplica /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO- Principio de oportunidad: diferente al allanamiento a cargos / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, diferencia con el allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, es diferente a la reparación integral / **JURISPRUDENCIA** -

Precedente: la Sala recoge un criterio anterior

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la demanda de casación presentada por el representante de víctimas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 35 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, que condenó, vía allanamiento, a YYNB, como autora responsable de los delitos de estafa agravada en la modalidad de delito masa, fraude procesal en concurso homogéneo y sucesivo, concierto para delinquir, receptación y falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

En esta ocasión, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia, al no evidenciar la falta de aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en la medida que, el Juez de primera instancia se

apartó con la debida carga argumentativa del precedente judicial vigente, en los casos de allanamiento a cargos.

Además, la Sala de Casación Penal, en su rol de establecer precedentes, recogió la tesis expuesta en la sentencia CSJ SP14496-2017, Rad. 39831, para entender que, los allanamientos y preacuerdos son figuras distintas de terminación del proceso. Por lo tanto, para la legalidad del allanamiento a cargos, en casos donde el acusado haya ganado dinero con el delito, no se requiere que reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente.

Y precisó que, al momento de fijar la rebaja de pena por el allanamiento a cargos, los jueces deben considerar el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido con el delito.

SP1901-2024(64214) de 17/07/2024

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

Salvamento de voto

**Myriam Ávila Roldán
Hugo Quintero Bernate**

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. La Fiscalía General de la Nación recibió una serie de denuncias interpuestas por diversos ciudadanos, quienes informaron haber sido víctimas de una empresa denominada TLP S.A.S. Así, tras varias pesquisas se conoció que la mencionada compañía fue creada el 16 de octubre de 2013 con el fin de que funcionara como fachada

para desarrollar actividades ilícitas. Su principal función era atraer personas mediante la promesa de vincular los vehículos de contratistas para trabajar con empresas petroleras, aseguradoras o multinacionales a cambio de una renta mensual que podía oscilar entre \$2'000.000 y \$3'000.000, dependiendo del tipo de automóvil. No obstante, a pesar de que la compañía recibía los bienes muebles nunca ejecutó los contratos, pues en realidad vendía los rodantes a otras personas incautas, para lo cual adulteraron documentos que evidenciaban un supuesto traspaso.

2. Así mismo se evidenció otra modalidad de simulación en donde comercializaban apartamentos, de los cuales no tenían disposición y que en realidad no estaban a la venta, por lo cual nunca cumplían con la entrega de los inmuebles.

3. Dichas actividades eran adelantadas por varias personas que pertenecían a la red ilícita, entre ellos YYNB, representante legal de la empresa y líder de la asociación criminal, quien entraba en contacto con las víctimas para presentar el negocio y posteriormente los mantenía en engaño con la ayuda de los demás miembros de la organización, entre quienes figuraba su cónyuge. Tan pronto como eran descubiertos desmontaban las oficinas y desaparecían.

4. Convocada audiencia preparatoria, el 8 de noviembre de 2021, la procesada reiteró su interés en aceptar cargos, en esta oportunidad, se declaró su legalidad.

5. En sentencia del 1º de abril de 2022, el Juzgado 35 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, condenó a YYNB, como autora responsable de los delitos de estafa agravada en la modalidad de delito masa, fraude procesal en concurso homogéneo y sucesivo, concierto para delinquir, receptación y falsedad en documento privado en concurso homogéneo y sucesivo, a la penas de 174 meses de prisión y 319.12 S.M.L.M.V. de multa; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción privativa de la libertad.

En esa decisión, se reconoció reducción de pena por allanamiento a cargos en un 25%. En soporte de esa determinación, el Juez explicó que, aun cuando no se verificó el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal y, la procesada asumió que no tendría rebaja de pena -conforme le fue explicado en su momento-, el despacho se

apartaba de la posición jurisprudencial que exige tal presupuesto tratándose de aceptación unilateral de cargos.

6. Al mostrarse en desacuerdo con los considerandos relacionados con la no exigencia de la reparación o su garantía para acceder a la reducción de pena en allanamiento a cargos, la víctima presentó recurso de apelación, el cual desató la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 27 de octubre de 2022, no anulando la actuación y confirmando el fallo objetado.

7. En contra de la anterior determinación, el apoderado de víctimas interpuso recurso extraordinario de casación, que fue admitido por auto del 20 de noviembre de 2023.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, acto unilateral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, el legislador los reguló de manera diferente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: diferencia con el preacuerdo, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos o preacuerdo: aunque vienen del mismo género cada uno tiene sus particularidades / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: disminución punitiva según el momento procesal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: disminución punitiva, reglas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: diferencia con la aceptación o allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**- Principio de oportunidad: diferente al allanamiento a cargos / **SENTENCIA ANTICIPADA** - No es un instituto asimilable a la aceptación o allanamiento a cargos de la Ley 906 de 2004 / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Aplicación por favorabilidad de la Ley 906 de 2004 art. 351: evolución jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: Variación

«La justicia premial, como flexibilización al principio de legalidad de la pena, permite

materializar la idea de justicia expedita y evidenciar la eficacia en el ámbito jurisdiccional, pues, a partir de comportamientos post delictuales orientados a evitar el innecesario desgaste de la administración de justicia, a cambio de la imposición de penas más benignas que las que ordinariamente corresponderían, se consigue definir la situación jurídica de los ciudadanos en plazos razonables y aminorar la carga estatal de tramitar asuntos de relevancia penal a través de decisiones producto de la terminación de juicios orales.

La lógica a la que responde esa clase de justicia, está ligada a la renuncia del debate probatorio por parte del sujeto investigado, a cambio, esencialmente, de una reducción sustancial de la pena.

Así, dentro del marco de la Ley 906 de 2004, se pueden encontrar varios mecanismos de terminación anticipada, y que no implican descartar la existencia de una conducta punible, a saber: (i) el principio de oportunidad, (ii) los acuerdos, y (iii) el allanamiento a cargos.

A modo de bosquejo, de esos tres mecanismos, puede decirse que, entre los acuerdos y el principio de oportunidad, un punto en común es que su aplicación depende de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, pues, de un lado, la facultad de aplicar el principio de oportunidad está reservada al ente investigador, y, de otro, un acuerdo depende de que el acusador esté dispuesto a celebrarlo.

Por el contrario, el allanamiento a cargos no depende de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, puesto que más allá de establecerse la obligación de que dicha parte delimite con precisión los hechos jurídicamente relevantes que justifican la imputación o la acusación, la configuración de este mecanismo depende, sustancialmente, de la voluntad del implicado de aceptar su responsabilidad.

Es decir, en el allanamiento a cargos el imputado o acusado, según corresponda, acepta de forma unilateral los enunciados delictivos que a partir de una fijación de hechos con relevancia jurídica le ha formulado la fiscalía en su momento, y con ello, renuncia a la realización de un juicio público, al interior del cual podría ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra; en respuesta, aquel es acreedor de una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo que,

depende, según lo estableció el legislador, del momento procesal en el que se produzca la aceptación de responsabilidad.

Esto último, es decir la reducción de pena, se concede dependiendo del estado del proceso donde admite responsabilidad. Así, en la formulación de imputación -artículo 288 Ley 906 de 2004- el descuento punitivo será hasta de la mitad de la pena imponible -art. 351 ídem-, en tanto, si la aceptación de cargos tiene lugar en la audiencia preparatoria -art. 356 ídem-, la sanción se reducirá hasta en la tercera parte y, finalmente, si se verifica al inicio de la audiencia del juicio oral, tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte -art. 367 ídem-.

Escenarios en los cuales la participación o intervención de la Fiscalía, no es un condicionante para la efectiva configuración del allanamiento, pues como ya se indicó, en esta modalidad de terminación anticipada del proceso no depende, de manera alguna, de su anuencia, por el contrario, las obligaciones del ente investigador, estarían en que es su deber relacionar los hechos jurídicamente relevantes e informarle al imputado sobre la posibilidad de allanarse a la imputación al momento de esta diligencia -artículo 287 C.P.P.-; dado que, es el Juez quien lo indaga si es su deseo o no aceptar los cargos de manera unilateral, lo que da cuenta, una vez más, que este acto no depende de la anuencia de la Fiscalía.

En ese sentido, surge entonces, la primera y tal vez más cardinal diferencia entre las dos instituciones, esto es, el carácter bilateral que caracteriza a los preacuerdos, y la unilateralidad propia de los allanamientos.

Ahora, esa caracterización que identifica a las figuras del allanamiento y preacuerdo, no es extraña en la tradición jurídica colombiana, pues, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia T-356 de 2007, esos institutos pueden encontrar sus antecedentes en la sentencia anticipada (forma de terminación unilateral) y la audiencia especial (mecanismo consensuado) descritos en disposiciones procedimentales previas. [...]

Distinción entre esos institutos que, de acuerdo con las discusiones que se dieron al interior de la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo 003 de 2002 se mantuvo, pues al momento de diseñar el modelo de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, en los debates

que se dieron especialmente de cara a la institucionalización de los preacuerdos (los cuales según se reseñó previamente no tuvieron equivalencia en la Ley 906 de 2004), no se halla antecedente que ponga en duda la posibilidad de que el implicado de forma unilateral pueda dar por terminada la actuación al decidir acogerse sin más a la pretensión punitiva estatal. Así, al momento de abrirse debate sobre acuerdos entre fiscalía e imputado, se dejaba a salvo la posibilidad de que el implicado de forma unilateral, admitiera su responsabilidad. [...]

Lo cual fue retomado en la sesión del 21 de febrero de 2003, en donde se aprobó el artículo 8, literal l), esto es, «renunciar a los derechos contemplados en los literales a) c), j), siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de si abogado defensor.» y se consideró que «con el cambio de sistemas se reconoce al procesado la facultad de renunciar desde el primer momento, incluso antes de que se inicie la etapa de juzgamiento...»

De modo que, acorde con la tradición jurídica, a la par de las formas consensuadas de terminación de la actuación penal que ahora se retomaría, se dejaba a salvo la posibilidad para el procesado de someterse unilateralmente a los cargos estructurados por la Fiscalía en la imputación y la acusación.

Entendido ello como una prerrogativa para el sujeto pasivo de la pretensión punitiva, en cuanto no depende de su antagonista natural para procurar la terminación anticipada de la actuación penal a cambio de una rebaja, incluso, se alcanzó a considerar «automática», sin estar obligado a «negociar sobre una expectativa de rebaja», lo que se explicaba en la búsqueda de mecanismos que lograran una mayor eficacia y celeridad de la administración de justicia, pues no puede olvidarse que una de las razones que inspiró la reforma Constitucional lograda con el Acto Legislativo 03 de 2002, era «acabar con las deficiencias que caracteriza nuestro sistema hoy. Esta reforma es garantía a la eficiencia del sistema, es la herramienta que permitirá imprimir mayor celeridad al proceso, competitividad y especialidad a sus funcionarios, mayor salvaguarda de los derechos fundamentales de los sindicados, en fin, una mejor calidad en la administración de justicia.»

De modo que, esta alternativa, se situaba como una de las posibilidades que se habilitaban al interior del proceso para evitar que todos los casos sean resueltos en el juicio oral.

Esa comprensión que, en principio, no ofrecía discusión, una vez se implementó la Ley 906 de 2004, mereció la intervención de la Corte Suprema de Justicia como interprete autorizado de disposiciones jurídicas en la materia Penal, como tribunal de cierre de la jurisdicción, con ocasión de la discusión que se generó respecto de la aplicación por favorabilidad de la reducción de pena consagrada para el allanamiento (Ley 906 de 2004) a la sentencia anticipada (Ley 600 de 2000).

En esa oportunidad, la Corte se ocupó de establecer si, el allanamiento a cargos puede comprenderse no solo como una modalidad de terminación anticipada del proceso sino una especie de un género, esto es, de los preacuerdos, cuestión que permitiría determinar el paralelismo que admitía aplicar una mayor rebaja de pena a casos juzgados por la normativa del año 2000, en virtud del referido principio.

Así, en un primer momento, la respuesta fue positiva, pues se consideró que los allanamientos eran una modalidad del preacuerdo, lo que descartaba la aplicación favorable de la reducción de pena, pero además, imponía -por ser relevante para este asunto- que se exigiera lo dispuesto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de validez en orden a la aprobación por la autoridad judicial.

Ello quedó expuesto en providencia CSJ SP 14 dic. 2005, Rad. 21347, donde la Sala mayoritaria de Casación Penal, con fundamento en la tesis que sostenía que la sentencia anticipada no tiene institución procesal idéntica en la Ley 906 de 2004 como para contemplar la posibilidad de aplicar una rebaja eventual de ésta más favorable a casos que finalizaron o finalicen anticipadamente con fundamento en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 (CSJ SP, 23 ago. 2005, Rad. 21954), dijo, entre otras cosas que, el allanamiento es una forma o modalidad de preacuerdo.

[...]

Y en un tercero, que es el actualmente vigente, se retoma la primera posición, esto es, que el allanamiento sí es una especie de preacuerdo. En efecto, en sentencia SP14496 de 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, se reestudia el

asunto y se concluye que «indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.»

[...]

Y a partir de esa intelección, la Corte en la sentencia SP3883-2022, Rad. 55897, recordando la línea jurisprudencial, insistió en que, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, es plenamente aplicable a allanamiento a cargos cuando se registre incremento patrimonial

[...]

Sin embargo, el caso que convoca la atención de la Sala, nuevamente impone un análisis de los argumentos hasta ahora destacados, pues, a diferencia de otros que ya ha tenido oportunidad de revisar la Sala y que precisamente han permitido el desarrollo de la jurisprudencia, en este, la exposición de razones por los jueces de instancia, deja al descubierto que no es un tema acabado y por ello se hace necesario reexaminar las razones explicadas por la Corte.

Labor que, desde ya se anuncia, permite recoger la posición vigente, acorde con la reseña que se hizo al inicio de este apartado, donde quedó patente, la diferenciación que existe entre los institutos legales bajo estudio, a partir de su estructura, esto es, iniciativa y manera de configuración -unilateral o consensuada-, sus antecedentes legislativos y sistematicidad en la estructuración de la Ley 906 de 2004.

[...]

Asimismo, realizar dicha diferenciación deja expuesto un propósito o efecto útil en los términos del enjuiciamiento penal, ya que su instauración, como formas independientes de terminación anticipada del proceso, permite una solución que de por finalizado el proceso a instancias del procesado a cambio de ciertos beneficios expuestos en la ley, en este caso, de orden exclusivamente punitivo que permiten mayor eficacia de la administración de justicia, lo cual redundará en últimas en la reducción de la impunidad.

Y es que, de asumirse sin más que el allanamiento es una forma de preacuerdo, no se explicaría la necesidad de establecerlo como una forma de terminación anticipada, pues sus efectos fácilmente se pueden concretar con un preacuerdo, el cual, tiene mayores posibilidades de acceso a condiciones favorables a quien admita responsabilidad, pues no solo habilita la reducción de pena, sino la eliminación de causales de agravación punitiva o algún cargo específico o la tipificación de una conducta más benigna o la degradación del título de participación.

De allí que, bajo esa comprensión el efecto útil del allanamiento devendría en nulo, aspecto que, de considerarse como instituto diferente sería evidente, pues a condición de que el procesado acepte su responsabilidad de manera unilateral, ya sabría las consecuencias del ejercicio de esa prerrogativa conforme con los parámetros de dosificación de la pena establecidos por el legislador.

[...]

Entonces, el criterio hermenéutico “del efecto útil de las normas” que supone que, entre varias interpretaciones de una disposición normativa, se acoja aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias, inclina la balanza a distinguir los dos institutos como formas autónomas de terminación del proceso.

Y desde la naturaleza y caracterización que se ha venido haciendo, es dable afirmar que el allanamiento a cargos es un derecho puro y simple del implicado que, este puede ejercer o no, de manera unilateral; al punto que para ello ni siquiera es preciso que dialogue al respecto con la Fiscalía General de la Nación y, por ende los delegados de este ente no están facultados para oponerse a su trámite, pues la aceptación de responsabilidad parte de la misma pretensión que fija el titular de la acción penal, ya sea cuando formula imputación o acusación.

En cambio, los preacuerdos y negociaciones son un proceso dialéctico, contractual, con expresión de expectativas, tanto de la Fiscalía como de la defensa; y en cuyo desarrollo suelen presentarse discusiones acerca de las pretensiones de cada parte.

De modo que, en el marco de un preacuerdo, desde la autonomía y bajo su responsabilidad, el

Fiscal delegado decide si con la evidencia que tiene lleva a juicio al implicado, o si le resulta más conveniente consolidar una negociación, con la cual conseguirá una sentencia condenatoria anticipada, bajo la transacción de algunos aspectos que pueden conllevar a que elimine una circunstancia de agravación punitiva o se imponga la pena aplicable al cómplice a quien tiene el carácter de autor, entre otros; todo ello fundado en motivos de oportunidad, economía y conveniencia no sólo para el implicado, sino también para el Estado.

Y donde además, resulta lógico que, ese acuerdo de voluntades propios de la negociación, prevea condiciones y concesiones de parte y parte, entre las cuales, aparece deseable el reintegro de lo apropiado, para que el Estado decline, por ejemplo de pretensiones punitivas trascendentales relativas. Esto, porque el tema de los acuerdos está regulado de forma muy diferente al allanamiento, principalmente por la inexistencia de límites fijos para las rebajas, pues las mismas pueden corresponder a: (i) la eliminación «de alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico» -350 CPP-; (ii) la tipificación de la conducta, «dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena» -idem-; (iii) «sobre los hechos imputados y sus consecuencias», bajo el entendido de que «si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo» -351 CPP-; (iv) la expresión de la «pretensión punitiva» producto del acuerdo, cuando este ocurra en el contexto de juicio oral -369 y 370 CPP-; y (vii) el artículo 352 establece que los acuerdos realizados entre la acusación «y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad», dará lugar a una rebaja de pena de una tercera parte.

Luego, aunque es cierto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional -C-1260 de 2005- y de esta Corporación -CSJ SP2073-2022, Rad. 52227- se han referido a los límites de la Fiscalía para hacer concesiones en los acuerdos (la calificación jurídica debe ajustarse a los hechos, las calificaciones jurídicas diferentes solo operan para efectos punitivos, son inaceptables las rebajas claramente desproporcionadas, debe brindársele especial protección a las víctimas de graves atentados contra las derechos humanos y a las que pertenecen a grupos especialmente vulnerables, etcétera), también lo es que la

Fiscalía cuenta con una mayor movilidad en el ámbito de los acuerdos.

Además, en virtud de la modificación del artículo 61 del Código Penal, introducida con el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, frente a la imposición de la pena, «el sistema de cuartos no aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y la defensa».

Cuestión que no ocurre con la aceptación unilateral de cargos que está sometida a las rebajas atrás indicadas, siempre sobre la base de la pena imponible (esto es, la calculada según el sistema de cuartos), pues como se indicara en anterior oportunidad, el legislador para el caso de aceptación unilateral de cargos, estableció una rebaja específica, según la fase de la actuación donde ocurra, así: (i) si la aceptación de los cargos ocurre en la formulación de la imputación -351 CPP-, la pena se rebajará hasta en la mitad; (ii) si ello sucede en la preparatoria -356 CPP-, la rebaja será de hasta una tercera parte «de la pena a imponer»; y (iii) si se verifica en el juicio oral, cuando el juez le da al procesado la oportunidad de hacer su «alegación inicial», la rebaja será de «una sexta parte de la pena imponible».

Lo anterior, sin perder de vista que para los dos primeros escenarios (imputación y audiencia preparatoria), en la rebaja de pena por aceptación unilateral deben considerarse datos objetivos, como el comportamiento del procesado frente a la víctima, la colaboración con la administración de justicia y, claro está, la devolución del incremento patrimonial, que, valga reiterarlo, no coincide necesariamente con los perjuicios causados.

Ahora, cierto es que, el allanamiento a cargos, aparece involucrado en la redacción del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, mismo que se incorpora al Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sin embargo, esa mención no es una situación que permita identificarlo con los preacuerdos, porque es claro que la regulación del instituto de los allanamientos, aparece a lo largo del ordenamiento, especialmente, en los artículos 288, 293, 356, 367 y 368 que no hacen parte de dicho acápite.

[...]

Por tanto, así el legislador en el artículo 351, se haya referido a la aceptación de cargos como un

acuerdo, ello no es suficiente para desatender la diferenciación que se hace a lo largo de todo el Código, a saber: (i) en las normas que regulan la imputación, la audiencia preparatoria y el juicio oral, se estableció la obligación de darle la oportunidad al imputado o acusado de aceptar los cargos, a cambio de una rebaja claramente establecida en la ley; (ii) en ninguno de esos eventos el legislador dispuso que, a renglón seguido, las partes tuvieran que celebrar un acuerdo; (iii) por el contrario, como sucede con la regulación prevista en los artículos 396 y siguientes, consagró la obligación de diferenciar en qué eventos el sometimiento a la condena corresponde a una decisión unilateral, y cuando es producto de un consenso; y (iv) de hecho, estableció consecuencias distintas, pues, en el primer caso, el juez debe aplicar la pena que corresponda, disminuida en los porcentajes previstos en la ley, mientras que, en el segundo, debe estarse a la pena establecida por las partes, siempre y cuando no se presente la violación de derechos o garantías.

Sumado a lo anterior, el artículo 293 del estatuto procesal, diferencia expresamente la decisión unilateral de la consensuada, y deja en claro que, en el primer evento, la imputación se convierte en acusación, y, en el segundo, será el acuerdo el que delimite el ámbito decisional del juez.

Y, consecuente con lo anterior, la remisión al canon 351 del estatuto adjetivo sólo puede entenderse efectuada para efectos de determinar el monto del descuento punitivo, pero sin que de ninguna manera signifique un tratamiento idéntico al establecido para los preacuerdos.

Asumir entonces, que solo por haberse ubicado la figura del allanamiento o aceptación de cargos en el Título de “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”, a efectos de hacer valer para la aceptación unilateral lo dispuesto allí, no solo se obvia aplicar una visión contextualizada e integral de las normas que regulan la materia o la naturaleza evidentemente diferente de ambos institutos, sino que se desconoce el criterio de política criminal que subyace al instituto, toda vez que, independientemente de la rotulación del título, que apenas serviría de argumento colateral, es evidente que su contenido únicamente desarrolla la regulación de los preacuerdos, tal cual se desprende del examen objetivo de las normas allí consignadas.

En conclusión, no se desconoce que como mecanismos de terminación anticipada, el allanamiento a cargos y los preacuerdos propenden por alcanzar una justicia pronta; sin embargo, su estructura y objetivos perseguidos son diversos, ya que, no sólo difieren en los momentos procesales en que pueden presentarse uno y otro mecanismo, en las facultades de cada parte y en aspectos que se sobreponen a la ubicación de una de tales figuras en un determinado título o capítulo del Código»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: incidencia que tiene el reintegro de lo apropiado o el reconocimiento de los perjuicios a la víctima para la determinación del monto de rebaja / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, no aplica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, variación jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, diferencia con el allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, es diferente a la reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido, no tiene como fin proteger a la víctima / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**- Víctima: derecho a la reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: finalidad / **REPARACIÓN INTEGRAL**- Comprende: indemnización de perjuicios, medidas de rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición

«[...] si ontológicamente el allanamiento y preacuerdo son entidades jurídicas diversas, una de las consecuencias que se sigue de tal conclusión es que no se pueda aplicar el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, cuando se acude a la figura del allanamiento a cargos.

[...] cuando el artículo 349 de la Ley 906 emplea la expresión “acuerdo”, su tenor literal, natural y obvio y la orientación jurídica se refiere al instituto de los preacuerdos, de manera que no se hace necesario extenderla a expresiones unilaterales como los allanamientos a cargos,

figura ésta que en la dinámica propuesta en la ley, excluye la concurrencia de un acuerdo, o de un negocio entre Fiscalía y procesado.

Acudir a la interpretación del artículo 349 en comento, para asimilar por analogía preacuerdo y allanamiento, o que éste es una especie de aquél, para imponer al segundo, por vía de esa interpretación, una restricción que legalmente no le corresponde, es tanto como hacer una interpretación in malam partem, proscrita en nuestro ordenamiento.

Es que, de acuerdo con el artículo 31 del Código Civil, «lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación», o de conformidad con el 6° del Código Penal: «La analogía sólo se aplicará en materias permisivas»

Aplicación que resulta aún más desafortunada, si se tiene en cuenta que la rebaja de pena por allanamiento a cargos en ningún caso se verifica automática en una proporción determinada, sino que sus límites de hasta la mitad o hasta la tercera parte, consultan siempre el ponderado examen del juez en torno al caso en concreto, el ahorro efectivo de recursos judiciales y la devolución parcial de lo apropiado, si la hubiere.

Por modo que, afirmar que el artículo examinado contiene el imperativo de exigir en los casos de allanamiento, la devolución del provecho patrimonial obtenido con el delito, implica desconocer lo que textualmente consigna la norma, de cuya exégesis, no fluye natural la lectura de que sus efectos irradian a casos de aceptación unilateral de cargos.

A lo que se suma que, en las respectivas discusiones legislativas, quedó claro que esta norma apunta a evitar que se adelanten negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, sin que este haya reintegrado el enriquecimiento fruto del delito, principalmente cuando con ello se afectó el patrimonio estatal.

Es más, aunque en principio esta restricción se dispuso para los acuerdos y el principio de oportunidad, finalmente se redujo a las negociaciones orientadas al sometimiento a una condena anticipada. [...]

Y en ese trasegar nada se mencionó de cara a la figura de allanamiento a cargos, pues no se incluyó en la ponencia sometida a consideración sugerencia al respecto, como que, así no se identifica en el correspondiente texto, y como se

viene de precisar, fue cuando se abordaron las figuras relacionadas con la terminación del proceso por intervención y acuerdo de las partes, entendiéndose fiscalía y procesado, que se evocó la proposición que finalmente se registró en la Ley 906 de 2004, con el canon 349.

[...]

De lo que se sigue que en tales discusiones no se estaba haciendo siquiera consideración a la admisión de responsabilidad de forma unilateral, sino siempre se evocaba a ese proceso de diálogo entre las partes para llegar a un consenso.

Lo que reafirma que el legislador no se estaba representando un condicionamiento de cara al reintegro frente al allanamiento a cargos, sino respecto de los preacuerdos, como figura de configuración bilateral.

Ahora, que se acoja esa visión del asunto, no significa que se desconozcan o restrinjan los derechos de las víctimas, o se valide, el delito como fuente de ingresos rentable, a tal punto que, se genera una distinción odiosa e inadmisibles, entre las figuras de preacuerdo, la que, si queda sujeta a la restitución de por lo menos el 50% del beneficio económico y la garantía del remanente, a diferencia del allanamiento, el que, como se ha venido en explicar no tiene esa exigencia.

Ello porque, es claro que el estatuto procedimental penal, estableció varias herramientas para salvaguardar los derechos de las víctimas que van desde aquellos relacionados con la justicia restaurativa, hasta el incidente de reparación integral o la acción de extinción de dominio.

[...]

En efecto, para revestir de contenido de realidad ese derecho de las víctimas a ser resarcidas y dotar de un efecto útil las disposiciones y normas que contemplan aquéllas formas de protegerlas, dentro del marco de la justicia restaurativa el legislador concibió el incidente de reparación integral -artículo 102 y siguientes Ley 906 de 2004- como forma procesal mediante la cual se hace posible una solución efectiva y oportuna de reparación, cuyo gran valor para los perjudicados radica en que es un procedimiento exclusivo y breve dentro del proceso penal, para reclamar la compensación por el daño causado como consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable del declarado penalmente responsable

y obtener el reconocimiento de sus derechos a la verdad y justicia.

Ello, en consonancia con los postulados internacionales en materia de reconocimiento, participación y protección plena e integral de las víctimas, que establecen la obligación de los estados de reconocerles un recurso efectivo ante las autoridades judiciales para lograr la reparación justa y adecuada por el daño percibido.

En ese orden, cuando se dice que la reparación ha de ser integral se está garantizando que es equivalente a la medida del daño, de tal manera que se cumpla la función reparatoria de la indemnización a plenitud para que el perjudicado quede, si ello fuere posible, indemne, por lo menos en lo que atañe a los perjuicios de orden material, pues, es claro, probablemente este objetivo no se logre respecto de los daños morales, porque respecto de ellos la indemnización adquiere un carácter meramente compensatorio y ello es posible lograrlo, mediante el incidente de reparación integral y la adopción temprana de medidas cautelares.

Por consiguiente, es claro que los derechos de las víctimas, se armonizan en el plano del derecho interno a través de la materialización de variados mecanismos que propenden por la irrestricta observancia no solo del derecho a la indemnización económica, sino del principio de justicia que gobierna la actuación de esta clase de intervinientes en el proceso judicial, cuyo ejercicio se encuentra habilitado, bien se concrete la figura del allanamiento a cargos o se prescindiera de ella, dado que los afectados cuentan con espacio propiciado por el legislador para suscitar la defensa de sus intereses.

De lo que se sigue que admitir el allanamiento sin reintegro no significa que el Estado o las propias víctimas deban renunciar a la obtención de la condigna reparación del daño sufrido, pues, el allanamiento, como el preacuerdo, no son figuras extrañas e incompatibles con la reparación integral.

Así, aunque el incremento patrimonial producto del delito y el daño causado a la víctima pueden coincidir en algunos casos, es claro que se trata de conceptos diferentes, toda vez que: (i) es posible que se causen daños a la víctima, sin que el sujeto activo haya tenido un incremento patrimonial -por ejemplo, un homicidio culposo, lesiones causadas en medio de una riña, la

violencia ejercida en contra de los familiares, entre muchos otros-; y (ii) es factible que el daño causado a la víctima exceda el incremento patrimonial «producto del delito» -también a manera de ejemplificación, el caso de quien cometió un homicidio, porque le pagaron cien mil pesos para hacerlo, pero le causó a los familiares un daño que supera ampliamente esa suma-.

Esta distinción es importante, porque las consecuencias jurídicas de la reparación a las víctimas y la devolución del incremento patrimonial «producto» del delito son muy diferentes.

[...]

En síntesis, es claro que el artículo 349 se refiere a la devolución del incremento patrimonial, y no a la reparación de las víctimas, entre otras cosas porque: (i) su literalidad es unívoca; (ii) solo hizo alusión a los delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido incremento patrimonial, lo que deja por fuera el universo de casos en que, sin que ello haya ocurrido, se hayan causado perjuicios a la víctima, según se explicó en precedencia; y (iii) lo atinente a la reparación de las víctimas, en el ámbito de los acuerdos, fue regulado expresamente en el artículo 351 -«las reparaciones efectivas a las víctimas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes»-.

Sobre esto último, debe tenerse presente que: (i) aunque en todos los casos debe procurarse la reparación a las víctimas, la misma no constituye un requisito del sometimiento a una condena anticipada, bien por la vía unilateral o mediante un acuerdo; (ii) tal y como se indicó, el legislador le dio la potestad a la víctima de aceptar lo acordado en materia de reparación o, en su defecto, buscar la reparación a través de las «vías judiciales pertinentes»; y (iii) ello guarda armonía con la regulación de otra de las formas de terminación anticipada del proceso penal (principio de oportunidad), pues solo algunas de sus causales tienen como requisito estructural la reparación a las víctimas, aunque, en todo caso, este objetivo debe procurarse en la mayor proporción posible.

[...]

Por manera que, es equivocado asumir que, la necesidad de reintegrar el valor equivalente al incremento percibido, o devolver lo que

corresponda al enriquecimiento, es una exigencia en términos de indemnización a la víctima, cuando lo que la norma pretende es impedir que el procesado se beneficie con la celebración de un acuerdo cuando exista incremento patrimonial producto del delito, como una política con la que se busca desestimular la ejecución de conductas punibles que generan beneficios económicos al sujeto agente, esto es, se ancla en postulados de prevención general.

Luego, la teleología de la premisa normativa, no radica en entregar una compensación económica destinada a reparar al afectado con el punible, con independencia de que este pueda terminar beneficiado con el valor u objeto de la devolución.

Pues ello, implicaría darle a la ley un alcance que no tiene, esto es, entender que la reparación integral es presupuesto de cualquier forma de terminación anticipada de la actuación penal.

Esto, además de desconocer la literalidad y la teleología de la norma, es totalmente contrario a la visión sistemática del modelo de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, y al entendimiento del mismo al interior de esta Corporación y de la Corte Constitucional. Ello, bajo el entendido de que, incluso en el ámbito del principio de oportunidad que puede conducir a la renuncia de la acción penal (que es una medida más extrema que la rebaja de pena), la reparación integral solo es requisito frente a algunas causales.

Lo anterior, porque no puede perderse de vista que los intereses de la víctima, aunque son importantes: (i) no se reducen a lo económico -sin perjuicio de las reparaciones de otro orden-, ya que también juegan un papel importante la verdad, la justicia y la garantía de no repetición; (ii) las pretensiones de la víctima siempre deben ser consideradas, pero no necesariamente prevalecen sobre otros aspectos constitucionalmente relevantes, tal y como lo ha resaltado la Corte Constitucional al estudiar esta temática en el ámbito de los acuerdos y del principio de oportunidad; y (iii) darle una aplicación extensiva a una norma represiva (art. 349 C.P.P.), lo que de suyo es improcedente, pues puede truncar los derechos de la víctima a la verdad, justicia y no repetición, habida cuenta de la incapacidad del Estado para solucionar todos estos conflictos por la vía del trámite ordinario.

De allí que, por razón de la importancia y trascendencia de los derechos de las víctimas, no

debe sin más acogerse la interpretación según la cual debe exigirse, en casos de allanamiento a cargos, la condición de validez consignada en el artículo 349 ya referido.

Finalmente, debe indicarse que, aun cuando se diga que la referida asimilación, en todo caso, no impide aprobar el allanamiento cuando al procesado se le explica sobre la imposibilidad de reconocerle reducción de pena, tal interpretación deja sin asidero la intelección que, precisamente demanda exigir ese condicionante en casos de preacuerdo.

Esto porque, si conforme con la postura que defiende que el condicionante del artículo 349 es de validez y por esa situación, sencillamente, no se puede celebrar un preacuerdo, de realizarse el símil con el allanamiento, obligatoriamente la conclusión a la que se llega es que no podría éste ser aprobado por la judicatura.

Entender lo contrario, termina por reconocer que los efectos del no reintegró y garantía de lo percibido de manera ilegal, sólo tiene efectos en punto de la adecuación de la pena.

De allí que, no se pueden confundir (i) la posibilidad de someterse a la terminación anticipada del proceso, a través de la renuncia a los derechos previstos en los literales b y k del artículo 8 atrás citado; y (ii) la prohibición de beneficios por el sometimiento a la terminación anticipada de la actuación, tal y como sucede, por ejemplo, frente a los delitos enlistados en la Ley 1121 de 2006 y en el artículo 199 de la Ley 1098 del mismo año. Ello, bajo el entendido de que si no ha hecho el reintegro de que trata el artículo 349 -de haber ocurrido el incremento patrimonial allí descrito- no sería posible celebrar el acuerdo con la Fiscalía, y como, según la jurisprudencia hasta ahora vigente, la aceptación unilateral es una forma de acuerdo, la referida restricción también abarcaría la aceptación de cargos.

Siendo, por consiguiente, la interpretación más acertada, a partir de la diferenciación de los institutos de los preacuerdos y el allanamiento que, el condicionante establecido en el ya invocado artículo 349 de la Ley 906 de 2004, sólo aplica para el primero.

Lo anterior, porque entiende la Corte que la razón para que la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal solo opere para los casos de preacuerdo tiene su fundamento en que, bajo este mecanismo el procesado va a obtener una

mayor rebaja punitiva, en tanto que, por esta vía puede pactar la pena, lograr la eliminación de una agravante específica, la aplicación de descuentos propios de figuras como la complicidad, estado de ira, marginalidad, entre otros, por lo que, ante importantes descuentos de la sanción a descontar, se advierte proporcionado y razonable que, si por razón del delito el procesado obtuvo un incremento patrimonial reintegre el 50% de lo apropiado y garantice el pago del remanente, como lo exige la norma en cita.

Situación que, en tal medida no se verifica en los allanamientos, dado que la rebaja de pena está prevista en proporciones de hasta la mitad, hasta la tercera y en una sexta parte de la sanción a imponer y dentro de este marco la define el juez, bajo criterios, tales como la reparación a las víctimas o la devolución de lo apropiado económicamente; de manera que, si hubo reintegro del provecho patrimonial, ello va a generar que el descuento punitivo sea mayor, de lo contrario, la sanción seguramente va a quedar fijada en un monto superior a aquel definido para los casos de preacuerdo, donde haya existido la devolución económica de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior, entonces, lleva a sostener que la redacción del artículo 349 es claramente incompatible con la regulación de la aceptación unilateral de cargos. De manera que, no es una condición que se haga exigible para aprobar dicha manifestación unilateral»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos o preacuerdo: no necesita que se reintegre el 50 por ciento del incremento patrimonial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: apartamiento de su contenido, el funcionario debe argumentarlo jurídicamente / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: la Sala recoge un criterio anterior

«Al respecto, se tiene que a la procesada YYNB, le fueron atribuidas las conductas delictivas de concierto para delinquir, receptación, fraude procesal en concurso homogéneo y sucesivo, falsedad en documento privado en concurso homogéneo y sucesivo, y estafa agravada en la modalidad de delito masa.

Presentada y materializada la acusación en su contra por esos delitos, se dio curso a la audiencia preparatoria, y en sesión del 8 de noviembre de 2021, la acusada exteriorizó su

deseo de aceptar de forma unilateral los cargos indicados por la Fiscalía General de la Nación.

Así, en desarrollo de esa diligencia, una vez se reconoció personería a la defensora de confianza, esta manifestó el deseo de su representada de allanarse [...]

Ahora, cumplido el trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, el Juez cognoscente procedió a emitir sentencia el 1º de abril de 2022.

En ella, expuso de cara al proceso de individualización de la pena, que aun cuando la procesada al momento de aceptar responsabilidad fue informada de que no sería beneficiaria de reducción punitiva por cuanto no satisfizo la exigencia contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, procedería a reducir su pena.

En respaldo de ello, el Juez, anunció y justificó las razones por las cuales se apartaba del precedente que imponía dictar sentencia sin rebaja de pena, bajo la comprensión de la Corte en sentencia SP14496-2017, según la cual el allanamiento es una modalidad de preacuerdo.

Sobre este aspecto, es del caso advertir que, la Corte reconoce que la fuerza vinculante de la jurisprudencia guarda relación con la seguridad jurídica de las decisiones judiciales, al establecer un principio de confianza para las partes que esperan que sus casos sean resueltos bajo criterios estables y consistentes.

Sin embargo, también está de acuerdo con que, el acatamiento del precedente judicial no constituye método de aplicación de la ley que imponga juicios inmodificables, ya que la jurisprudencia acompañada con las realidades sociales no impide descartar modificaciones del criterio que orientó en un momento determinado una opinión interpretativa distinta frente al mismo texto legal.

De modo que tal fuerza vinculante es relativa, en la medida que la exposición razonada y fundada de los sustentos jurídicos, permiten al operador judicial apartarse de la jurisprudencia dictada por la Corte en reconocimiento del principio de imparcialidad y autonomía judicial, tal como lo estableciera la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, al declarar la exequibilidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896. [...]

Ejercicio que se propuso y desarrolló el servidor judicial, quien en su fallo, precisamente evocó la

línea jurisprudencial de la Corte, advirtiendo las dos posiciones enunciadas a lo largo de esta decisión, esto es, aquella que distingue los allanamientos de los preacuerdos -Rad. 25306- y, por tanto, la no aplicación de la restricción contenida en el artículo 349 a los primeros y, la que asume que el allanamiento es una modalidad de preacuerdo y por consiguiente, la exigencia del reintegro destacado en la norma -Rad. 39831-, en claro acatamiento del requisito de transparencia.

Al igual que el de suficiencia, pues, al elegir la primera de tales interpretaciones que suponía apartarse de la línea jurisprudencial vigente, explicó los argumentos hermenéuticos que soportaban su determinación «al tamiz de los métodos tradicionales de interpretación jurídica (gramatical - sistemático - teleológico)»

Ello, deja en evidencia que el juez acogió las condiciones exigidas para apartarse de la jurisprudencia vigente y consecuentemente, procedió a dosificar las penas por cada uno de los delitos acusados, determinando por el de estafa agravada en la modalidad de delito masa -delito más grave-, 120 meses de prisión, los que incrementó por las conductas de receptación, fraude procesal, concierto para delinquir y falsedad en documento privado [...]

Cifra que se redujo por el allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria -numeral 5° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 - en un 25%, esto es, en una cifra inferior a la máxima permitida por el legislador, precisamente, analizando las condiciones particulares del caso y considerando los derechos de las víctimas.

[...]

Quedando en definitiva la pena de prisión de YYNB, en 174 meses de prisión. Las mismas pautas las siguió al momento de establecer la pena de multa, la que quedó en 319.12 s.m.l.m.v.

Asimismo, en la sentencia, en garantía de los derechos de las víctimas, se encontró precedente, la cancelación de las anotaciones fraudulentas en los certificados de los vehículos objeto de los punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal, relacionándose 11 vehículos, en

clara muestra de que el delito no es fuente de derecho.

Esos razonamientos, fueron también analizados por el Tribunal Superior de Bogotá, colegiatura que bajo similar reparo al acá propuesto, asumió que, en efecto, no era dable revocar ni anular la sentencia de primer grado al haberse proferido con una argumentación suficiente en donde quedaban claros los motivos para inaplicar el requisito de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 y con ello, apartarse del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia que lo imponía.

Destacando igualmente que en la cuantificación de la rebaja, el juez se preocupó por establecerla de forma razonable y ponderada, pues consideró dificultades de índole procesal, las finalidades del procedimiento punitivo y la salvaguarda de los derechos de las víctimas.

Por consiguiente, conforme queda expuesto, no se verifica la falta de aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en la medida que no solo, el Juez de primera instancia se apartó con la debida carga argumentativa del precedente judicial que fijaba una postura interpretativa de cara a su aplicación a casos de allanamiento a cargos, sino que, la Sala en su función nomofiláctica recoge la tesis expuesta en la sentencia CSJ SP14496-2017, Rad. 39831, para a partir de ahora, no solo entender que los allanamientos y preacuerdos son figuras distintas de terminación del proceso, y que no guardan conexión de especie a género, sino que, como consecuencia de ello, no es exigible para la legalidad del allanamiento a cargos en aquellos delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, de que se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Precisando que, la verificación del reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido con el delito, es un criterio a considerar por los jueces al momento de fijar la rebaja de pena por el allanamiento a cargos, tal y como lo realizó, de forma proporcional el Juez de primer grado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: pertinencia, conducencia y utilidad, concepto / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: solicitud,

requisitos / **DERECHO A LA INTIMIDAD** - Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y otras formas de

comunicación privada: formas en que pueden ser excluidas del ámbito de la intimidad / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no constituye una interceptación de comunicaciones / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no requiere control legal / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): control posterior, excepción ante acto de liberalidad / **RESERVA JUDICIAL Y LEGAL** - No se acciona cuando de forma voluntaria una persona entrega a la autoridad competente comunicaciones u otros como medios de prueba

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desató los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica y material de CAVB, exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia el 19 de julio de 2023 y el 18 de enero de 2024, en desarrollo de la audiencia preparatoria, relacionadas con la práctica de pruebas.

En el presente caso, la Sala Penal confirmó, en los aspectos que fueron objeto de apelación, la decisión del 19 de julio de 2023 de la Sala Especial de Primera Instancia, mediante la cual decidió sobre las postulaciones probatorias de las partes, en el marco del proceso que se adelanta contra CAVB por los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio.

La Sala de Casación explicó los postulados que rigen la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba en la Ley 906 de 2004. También enfatizó su postura respecto a la exclusión y el rechazo de elementos probatorios por vulneración de garantías fundamentales o por descubrimiento extemporáneo y reiteró las reglas sobre la forma en que el Estado puede acceder a las comunicaciones privadas.

Sobre este último punto, aclaró que la extracción de información de celulares requiere control posterior; sin embargo, jurisprudencialmente se ha determinado que, si uno de los interlocutores entrega voluntariamente su información, no se activa la garantía de la reserva judicial y legal del derecho a la intimidad de que trata el artículo 15 de la Constitución Política, dado que se entiende que renunció a ese derecho.

AP3439-2024(65859) de 19/06/2024

Magistrado Ponente:
Gerardo Barbosa Castillo

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. La Fiscalía General de la Nación acusó a CAVB de cometer los delitos de prevaricato por acción (art. 413), prevaricato por omisión (art. 414) y cohecho propio (art. 405), cuando se desempeñó como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en relación con tres procesos que fueron asignados a su estrado judicial, denominados por el delegado del ente persecutor como: «MACROMED», «PROTAG» e «ICEIN».
2. Se afirma que perpetró los delitos en connivencia con KAEM, quien, antes de ejercer el litigio, trabajó con él en las dependencias de esa Corporación entre los años 2007 y 2010; época en la que entablaron una «amistad íntima». La Fiscalía destaca que también mantuvieron diversos vínculos económicos, al punto que el acusado le arrendó una oficina para que ella ejerciera su profesión y posteriormente le transfirió la titularidad del inmueble a sus padres.
3. El 9 de septiembre de 2020, la Fiscalía imputó ante el Tribunal Superior de Bogotá al exmagistrado CAVB los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio en concurso heterogéneo.
4. La audiencia preparatoria se desarrolló, inicialmente, los días 11 de agosto, 9 y 16 de noviembre de 2022, sesión en que las partes e intervinientes realizaron las peticiones probatorias y manifestaron sus solicitudes de inadmisibilidad, rechazo y exclusión.
5. La diligencia se continuó el 10 de agosto de 2023, fecha en que la Sala Especial de Primera Instancia dio lectura al auto AEP093-2023 de 19 de julio de 2023, en el que resolvió las mencionadas solicitudes. La fiscalía, la defensa técnica y material interpusieron recursos de reposición y apelación.
6. El 19 de febrero de 2024 se dio lectura al auto AEP003-2024 del 18 de enero de 2024, decisión que resolvió los recursos de reposición y concedió en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra las pruebas 2.1.1.24, 2.1.1.25, 2.1.1.28, 2.2.2.2.3, 2.2.2.2.4, 2.2.2.2.5, 2.2.2.2.6 y los bloques 13-A,

13-B y 13-C, así como el interpuesto por el procesado contra las pruebas 2.1.1.29 y 2.1.1.30.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: pertinencia, conducencia y utilidad, concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, excepciones para su admisión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, basta solo con su sustentación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: conducencia, es una cuestión de derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: utilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: sustentación de la pretensión probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: Solicitud y decreto de pruebas / **PRUEBA** - Libertad probatoria / **PRUEBA** - Apreciación probatoria: no hay tarifa legal

«De manera reiterada la jurisprudencia de la Corte ha dicho que el análisis sobre la pertinencia de un medio de prueba se centra en establecer su relación con el tema de prueba, es decir, con los hechos que deben probarse en cada caso particular.

Así lo determina el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, al indicar que «el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito».

En esta sistemática procesal, además, en el artículo 376 se establece como regla general que «toda prueba pertinente es admisible», salvo que se presente uno de los siguientes eventos: (i) que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; (ii) probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio; y, (iii) que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

La relación intrínseca entre pertinencia y admisibilidad la ratifica el artículo 357 del mismo estatuto procesal, pues en él se señala que en el desarrollo de la audiencia preparatoria el juez concederá la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa «para que soliciten las pruebas que

requieran para sustentar su pretensión» y, que sólo se accederá a la práctica de aquellas pruebas solicitadas «cuando se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código».

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha dicho que la conducencia es una cuestión de derecho, cuyas expresiones se refieren a: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, no obstante que en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por tal razón, la parte que aduce falta de conducencia está obligada a señalar la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado o determina las prohibiciones antes referidas.

Ahora bien, al hablar de conducencia en la Ley 906 de 2004, hay que tener presente que el legislador estableció el principio de libertad probatoria, esto es, que a diferencia de otros sistemas procesales caracterizados por la denominada “tarifa legal”, en esta sistemática se consagró el principio de libertad probatoria según el cual «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos» (Art. 373. L.906 /2004).

Finalmente, en relación con el concepto de utilidad de la prueba, la Sala tiene señalado que con el mismo se hace referencia al aporte concreto respecto del objeto de investigación, en oposición a los conceptos de superfluo e intrascendente.

Así mismo, es oportuno destacar que la Corte ha explicado cómo se debe llevar a cabo en debida forma la solicitud probatoria, con el fin de que en el acontecer procesal no se susciten disertaciones innecesarias y repetitivas que perjudiquen el desarrollo célere y eficaz del proceso. [...]

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: admisión, rechazo y exclusión, potestad de solicitarla en audiencia preparatoria, para las partes y el Ministerio Público / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: pertinencia, conducencia y utilidad, solicitud de inadmisión por no cumplir con alguna de éstas,

argumentación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: rechazo, causales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: debe realizarse en la audiencia preparatoria, excepcionalmente se puede realizar durante la audiencia de juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia preparatoria: exclusión de la prueba, elementos a tener en cuenta / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: deberes del juez / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: finalidad / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: Excepciones, fuente independiente, vínculo atenuado y descubrimiento inevitable / **PRUEBA** - Cláusula de exclusión: solicitud, requisitos

«Respecto a las solicitudes de exclusión de evidencia durante la fase de juzgamiento, el legislador ha estipulado que estos asuntos se resuelvan en la audiencia preparatoria, orientando así el juicio a centrarse exclusivamente en los debates relativos a la responsabilidad penal. Sin embargo, de manera excepcional, puede ser necesario abordar esta cuestión durante el juicio, especialmente en casos de graves afectaciones a derechos fundamentales, tal como lo ha destacado la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

Según el artículo 360 del estatuto procesal penal, tanto las partes como el Ministerio público pueden solicitar al juez la exclusión de medios de prueba obtenidos ilegalmente, incluyendo aquellos practicados, aducidos o conseguidos incumpliendo los requisitos formales prescritos por la ley. En el mismo sentido, el artículo 359 del mismo estatuto establece la inadmisión de medios probatorios «impertinentes, inútiles, repetitivos o dirigidos a probar hechos notorios o que no requieran prueba», considerando que las pruebas deben referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relacionados con la comisión del delito y sus consecuencias, o bien a la identidad o responsabilidad penal del acusado. También pueden apuntar a hacer más o menos probable los hechos o circunstancias del caso o estar dirigidas a discutir la credibilidad de un testigo o perito.

A la par, como lo prevén sistemáticamente los artículos 344, 346, 356 y 374 de la Ley 906 de 2004, se rechazarán los medios de prueba que no hayan sido oportunamente descubiertos, enunciados o solicitados, excepto por «causas no imputables a la parte afectada» o cuando se trata

de (i) pruebas anticipadas, (ii) pruebas sobrevinientes, y (iii) pruebas de refutación.

Finalmente, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con el artículo 29, inciso 5.º de la Constitución Política, establece la cláusula de exclusión para pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales, las cuales son nulas de pleno derecho. Aun así, el artículo 455 señala que se deben considerar el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y otras excepciones legales, restringiendo al juez decretar pruebas cuya obtención haya infringido garantías fundamentales.

La Corte ha clarificado los principios que rigen el trámite de solicitudes de exclusión probatoria para asegurar el adecuado debate entre las partes. En este contexto, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el juez deben tener claridad sobre: (i) las pruebas implicadas en el debate, incluyendo aquellas relacionadas directamente con la violación de derechos o garantías, así como las derivadas de estas; (ii) el derecho o garantía supuestamente violado; (iii) la faceta específica del derecho o garantía en cuestión, como por ejemplo, en el caso del derecho a la intimidad, que puede implicar aspectos domiciliarios, personales o relacionados con las comunicaciones; (iv) la naturaleza de la violación, ya sea una infracción de la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) el nexo causal entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, conforme a lo estipulado en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004, que dictaminan que la exclusión procede si la prueba fue obtenida violando garantías fundamentales.

Estos debates sobre exclusión se fundamentan en hechos específicos y sustancialmente distintos de aquellos que conforman la cuestión de la responsabilidad penal. En los casos de exclusión, se trata de dilucidar las trasgresiones a garantías fundamentales y el nexo causal con las evidencias cuya exclusión se busca. Por ejemplo, si se pide la exclusión de una prueba obtenida mediante tratos crueles e inhumanos, es necesario demostrar dichos tratos y su relación causal con la prueba obtenida. Asimismo, si se alega una investigación realizada sin la correspondiente orden judicial, debe probarse la obligatoriedad de dicha orden, su

ausencia y que la evidencia es producto de dicha violación»

DERECHO A LA INTIMIDAD - Alcance de su protección / **DERECHO A LA INTIMIDAD** - Limitación: por razones legítimas y justificadas constitucionalmente / **DERECHO A LA INTIMIDAD** - Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y otras formas de comunicación privada: formas en que pueden ser excluidas del ámbito de la intimidad / **DERECHO A LA INTIMIDAD**- Renuncia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Diligencias que requieren control judicial posterior: interceptación de comunicaciones / **COMUNICACIONES** - Regulación constitucional y legal / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de investigación, requiere control legal / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no constituye una interceptación de comunicaciones / **COMUNICACIONES** - Formas de acceder a ellas: acto de liberalidad, no requiere control legal

«La Constitución Política (art. 15) reconoce el derecho a la intimidad personal y la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. En consecuencia, ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, el Estado puede acceder legítimamente al contenido de las mismas, básicamente, de dos formas: (i) a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación, o (ii) por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional.

En el mismo sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece la posibilidad de realizar actos de investigación que afecten el derecho a la intimidad como la interceptación de comunicaciones, evento en el cual «el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes»

La Ley 906 de 2004 desarrolló estas facultades en los artículos que regulan los actos de investigación que pueden afectar el derecho a la intimidad frente a las comunicaciones, a saber: (i) artículos 233 y 234, que regulan la retención y consecuente examen de la correspondencia; (ii) artículo 235, que trata de la interceptación de comunicaciones; y (iii) el artículo 236, que regula la recuperación de la información producto de la

transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

De conformidad con el artículo 15 de la Constitución Política, estos actos de investigación están sometidos a reserva judicial y legal, lo cual fue desarrollado por el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que en tales casos «el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado».

De otra parte, es posible que el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias personas que participaron en el acto comunicacional. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, en estos eventos no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación de retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de la información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones:

[...]

En el mismo sentido, esta Corporación expresó en relación con la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos, lo cual resulta pertinente al asunto:

Por obvias razones, las reservas judicial y legal atrás referidas no se activan cuando el ciudadano, por un acto de liberalidad, decide renunciar a la expectativa razonable de intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta, como en este caso, por entregar a las autoridades los dispositivos donde las mismas están almacenadas, con la inequívoca intención de que se extraiga la información relevante para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación [...]

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Exclusión de la prueba: requisitos / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): control posterior, excepción ante acto de liberalidad / **RESERVA JUDICIAL Y LEGAL** - No se acciona cuando de forma voluntaria una persona entrega a la autoridad competente comunicaciones u otros como medios de prueba

«Estas pruebas consisten en conversaciones de WhatsApp que fueron extraídas del celular de KEM, luego de que ella entregara voluntariamente el dispositivo a las autoridades para delatar a VB, y revelar el presunto acuerdo

criminal con él para favorecer a los demandantes en el caso M.

El defensor solicitó la exclusión de estos chats, argumentando que el ente acusador omitió realizar la audiencia de control posterior sobre la información extraída del dispositivo de EM. Aduce que esta omisión vulnera el debido proceso probatorio tal como lo prescribe el artículo 29 de la Constitución Política, exigiendo su aplicación literal y estricta para garantizar que no se demande demostración de un nexo causal entre la prueba a excluir y la supuesta vulneración de las garantías de su defendido.

Los argumentos del defensor no están llamados a prosperar debido a que desconocen la jurisprudencia establecida por la Corte sobre el trámite para la exclusión de evidencias. Específicamente, se requiere identificar la garantía considerada como violada, describir en qué consistió la violación y demostrar el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia (Cf. CSJ AP948-2018, 7 de marzo de 2018, rad. 51882). Sin embargo, el defensor insiste en que no debería exigirse tal explicación en este caso particular, sin ofrecer razones válidas para ello, limitándose a reiterar que se debe cumplir con el debido proceso probatorio conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

La decisión de primera instancia reconoció y respetó el carácter vinculante y sustancial de las normas constitucionales que rigen el debido proceso penal. Consideró debidamente el debido proceso y la intimidad de CAVB, estableciendo que el acceso a los chats entre él y terceros se logró de manera legítima, como consecuencia directa de la entrega voluntaria del equipo celular de EM a la fiscalía.

Si bien la extracción de información de celulares está regulada por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal y requiere control posterior, la jurisprudencia de esta Sala de Casación Penal ha determinado que cuando el acceso al contenido de comunicaciones entre particulares se logra mediante la entrega voluntaria de uno de los interlocutores, no se configura un acto de investigación sujeto a las técnicas de retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información reguladas en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004. En tales casos, el acceso se origina en la entrega voluntaria por parte del titular de la información.

En consecuencia, como lo ha establecido esta Corporación, específicamente en la providencia CSJ AP1465-2018, 11 abr. 2018, rad. 52320, en estos casos no se activa la garantía de la reserva judicial y legal del derecho a la intimidad de que trata el artículo 15 de la Constitución Política, dado que el acceso a la información se originó en el desistimiento legítimo de la expectativa de intimidad y en la entrega voluntaria de la información. En sentido contrario, cuando el particular no entrega voluntariamente la información, se debe acudir a la iniciativa investigativa del Estado, en la que sí deberá mediar el juez de control de garantías en los controles que correspondan, según el tipo de acto de investigación y grado de intromisión en las garantías fundamentales.

En vista de lo anterior, es evidente que la entrega de los chats por parte de KEM a la fiscalía se ajusta a los parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales, lo cual legitima esta prueba. En particular, no se ha demostrado por parte del defensor qué tipo de expectativa razonable de intimidad podría tener CAVB respecto de esa información, ni tampoco justificó por qué dichas pruebas emanarían de un acto de investigación con reserva judicial. Por tanto, no se acreditaron los presupuestos para excluir esta prueba, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: obligaciones de la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: momentos procesales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: acto complejo, escrito de acusación, audiencia y alegato final / **SECRETO PROFESIONAL** - Alcance: es necesario que exista claridad meridiana sobre el vínculo de las personas que invocan esa protección

«Se trata de las interceptaciones de comunicaciones entre CAVB y KAEM (13-A), entre esta y los empleados de la empresa I (13-B), y entre aquella y «personas relacionadas con el caso M».

En primer lugar, el defensor solicitó el rechazo de esta evidencia, pues sostiene que fueron admitidas de forma extemporánea a la fiscalía,

habida cuenta de que están contenidas en la adición al anexo probatorio que fue presentada por el delegado fiscal en la sesión de la audiencia de formulación de acusación del 31 de marzo de 2022, «con posterioridad a que se le preguntara al fiscal si iba a hacer adiciones o correcciones siguiendo el ritual del artículo 336 y 337, y la fiscalía dijo que no».

Al respecto, es pertinente traer a colación que, en la sesión de audiencia de formulación de acusación del 31 de marzo de 2022, previo a responder a las observaciones que habían planteado la defensa y el Ministerio Público al escrito de acusación, el delegado fiscal manifestó que, comoquiera que no se había agotado el objeto de la audiencia, introduciría aclaraciones y adiciones al escrito de acusación, «única y exclusivamente en lo que atañe al anexo probatorio». El defensor se opuso a tal solicitud, bajo la consideración de que se estaba violando el debido proceso probatorio, y la Sala Especial de Primera Instancia profirió una orden, en los términos del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, por medio de la cual se determinó que la fiscalía aun contaba con oportunidad para adicionar su descubrimiento probatorio y, adicionalmente, sería la audiencia preparatoria el escenario para discutir este aspecto.

La Sala reitera que el descubrimiento, como garantía fundamental del sistema adversarial e integrante del debido proceso probatorio, es obligatoria para la fiscalía, en los términos del artículo 337 CPP:

[...]

En el mismo sentido, el artículo 344 del mismo estatuto señala que lo relacionado con el descubrimiento de la prueba se cumplirá dentro de la audiencia de formulación de acusación y, excepcionalmente, bajo orden judicial por fuera de la sede de la audiencia. El artículo 346, por su parte, establece como sanción para el incumplimiento al descubrimiento probatorio, el rechazo de los medios probatorios, de forma que «no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio».

Desde la decisión CSJ AP de 21 de febrero de 2007, rad. 25920, se dijo que el descubrimiento probatorio comienza con la presentación del escrito de acusación, continúa en la audiencia de formulación oral de aquella, sigue en la

preparatoria —en lo que respecta a la defensa— y excepcionalmente puede llegar hasta el juicio oral, con la prueba sobreviniente (Cf. CSJ AP664-2017, rad. 49183) o de refutación. En consecuencia, comoquiera que la adición del anexo probatorio fue presentada por la fiscalía en desarrollo de la vista acusatoria, el descubrimiento de estos elementos se hizo en la oportunidad habilitada por el legislador, de forma que se ha permitido a la defensa la suficiente controversia respecto de esos medios probatorios a lo largo del juzgamiento.

Al respecto, es oportuno recordar que la acusación, en los términos de la Ley 906 de 2004, es un acto complejo, compuesto por el escrito de acusación y la formulación oral que hace la fiscalía en audiencia (Cf. CSJ AP5666-2015, 30 sep. 2015, rad. 45778), y que la audiencia de formulación de acusación, sin perjuicio del principio de concentración, comprende todas las sesiones que se requieran para llevar a cabo el trámite dispuesto por los artículos 339 y siguientes de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, no resulta relevante la crítica del defensor respecto de que en pretérita ocasión se había preguntado a la fiscalía si quería adicionar el escrito de acusación, debido a que, como viene de verse, el ente acusador debe aclarar, adicionar o corregir lo pertinente solo con posterioridad a que las partes planteen sus observaciones, como ocurrió en el presente caso, puesto que se hizo en el desarrollo de la tercera sesión de la audiencia de formulación de acusación, y antes de que el fiscal procediera a responder las observaciones presentadas por las partes y de que se formulara la acusación en forma definitiva.

[...]

Finalmente, el defensor solicitó la exclusión por ilicitud, debido a que presuntamente las interceptaciones telefónicas violarían el secreto profesional, porque contendrían conversaciones entre la abogada EM y sus clientes. Lo anterior pese a que, según la acusación, KAEM se desempeñó como apoderada judicial en el caso M, mientras que en los otros dos casos (P e I) la fiscalía no relató que hubiera actuado en tal calidad. Sin embargo, el defensor no determinó las personas que habrían intervenido en las llamadas para establecer, al menos en forma sumaria, que en cabeza de esas personas se estableciera la garantía del secreto profesional en virtud de una relación cliente-abogado con KAEM. Sin embargo, no estableció ni siquiera

que las interceptaciones correspondieran al momento en que aquella se desempeñaba como abogada en el caso M. En particular, solo mencionó que en el bloque de pruebas 13-C estaban registradas las conversaciones de «personas relacionadas con el caso M», sin que exista ninguna razón fundada para si quiera inferir que se trate de clientes de ME. Por tanto, dado que no existe al menos claridad meridiana

respecto de los presuntos titulares del derecho al secreto profesional, y teniendo en cuenta que evidentemente tal garantía no cobija la relación entre el acusado y EM, la Sala no encuentra acreditadas las circunstancias que darían lugar a la exclusión de estas evidencias. Por tanto, se confirmará el auto de primera instancia en este aspecto».

RECURSO DE APELACIÓN - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, se asemeja al efecto diferido, reglas jurisprudenciales / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto diferido: auto que niega pruebas, no afecta la estructura del proceso penal ni vulnera el debido proceso de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: efecto diferido no está consagrado taxativamente en la Ley 906 de 2004, interpretación jurisprudencial / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: interpretación del artículo 177 de la ley 906 de 2004, reglas jurisprudenciales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: diferencia con la enunciación probatoria en la audiencia preparatoria

La Sala mayoritaria de Casación Penal, decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa de JFCC, contra la decisión AEP-045-2024, del 1º de abril de 2024, proferida por la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual negó el decreto de la prueba testimonial solicitada en la audiencia preparatoria por la parte recurrente.

En esta oportunidad, se resolvió: 1) declarar la legalidad de la actuación, y 2) confirmar la decisión apelada.

En cuanto a la legalidad de la actuación, la Sala de Casación Penal esclareció que la interpretación adecuada del artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en casos de apelación de decisiones que, nieguen la práctica de pruebas o decidan sobre su exclusión es que, el efecto suspensivo en el que se concede el recurso afecta solo los aspectos impugnados, no así el resto del proceso ni las cuestiones no discutidas por las partes.

De otra parte, en lo relacionado con el fondo del asunto, consideró que: i) no se vulneraron los derechos de las partes e intervinientes con la metodología utilizada por la Sala Especial de

Primera Instancia, la cual no fue objetada y ii) fue correcta la decisión de rechazar las pruebas por falta de descubrimiento, en tanto que, el defensor solo se refirió a la adición de los testimonios en la etapa de enunciación.

AP3597-2024(66145) de 26/06/2024

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

Salvamento de voto

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Jorge Hernán Díaz Soto

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 28 de julio de 2022 se presentó ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, escrito de acusación en contra JFCC.
2. El 15 de marzo de 2023, el Magistrado declaró formalmente acusado a JFCC como coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros agravado, ambos en concurso homogéneo y sucesivo con las circunstancias de mayor del artículo 58.1.10 del CP.
3. Posteriormente, la Sala fijó las siguientes pautas para el desarrollo de la audiencia preparatoria: Las partes deben elaborar un escrito donde conste (i) la entrega material de los elementos de prueba descubiertos por las partes e intervinientes con constancia de recibido de cada uno y con copia a la secretaría de la Sala; (ii) la enunciación de las pruebas que las partes harán valer en la audiencia preparatoria con constancia de recibido; (iii) las estipulaciones en caso de darse; iv) en caso de que el descubrimiento no haya sido

completo, las partes informarán inmediatamente a quien tenga la obligación de hacerlo para que se culmine el descubrimiento antes de la iniciación de la audiencia preparatoria, no se admitirán en la audiencia preparatoria alegatos sobre deficiencias en el descubrimiento que debieron ser corregidas previamente”; (v) “se evitarán controversias sobre los inconvenientes presentados con el descubrimiento probatorio pues ellos se deben superar antes de la audiencia preparatoria”; y (vi) se exhortó a las partes e intervinientes para que el descubrimiento fuera total y oportuno “por fuera de la audiencia” y que de ello quede constancia escrita.

4. El 22 de noviembre de 2023 se dio inicio a la audiencia preparatoria, en curso de la misma el Magistrado Ponente interrogó a las partes e intervinientes si el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía fue cumplido a cabalidad. También se le interrogó a la defensa quien respondió afirmativamente.

5. Acto seguido el Magistrado ponente expuso: “estando de acuerdo las partes declaro formalizado y completo el descubrimiento probatorio realizado por el defensor del acusado sin necesidad de verbalizarlo por haber sido realizado materialmente antes de esta audiencia del cual las partes e intervinientes y la Sala cuentan con el escrito que lo contiene”.

6. El trámite siguió con la enunciación probatoria de la Fiscalía y se le preguntó a la defensa: “Señor defensor ¿usted cumplió con la enunciación probatoria enviando la lista de los elementos materiales de prueba que va a hacer valer en el juicio y si recibió de la Fiscalía la enunciación probatoria?”.

La defensa expuso: “Si señorita, si lo hice, no obstante, en desarrollo de la audiencia si a bien lo considera y lo permite la Sala de esta Corporación, cuento con dos testimonios más que los alegaría y los expresaría de manera oral y una eventual evidencia demostrativa”. El Magistrado indicó: “proceda de una vez señor defensor”.

Acto seguido el defensor realizó la petición.

Intervino el Magistrado e indicó: “como quiera que esta metodología se incrementó para evitar verbalizar la enunciación y hacer repetitivo este acto, se da por superada esta fase de la audiencia”. La audiencia continuó con la etapa de las estipulaciones y una solicitud de conexidad elevada por el defensor.

7. El 4 de abril de 2024 se dio lectura a la parte resolutive del auto AEP045 del 1° de abril de 2024, como quiera que a las partes se les había remitido previamente la decisión. En lo pertinente al recurso que hoy ocupa a la Sala, el A quo negó la prueba testimonial solicitada por la defensa en la audiencia preparatoria, argumentando que no fue descubierta.

8. La defensa interpuso el recurso de apelación. La Fiscalía, como no recurrente, solicitó la confirmación porque los testimonios no estaban en el escrito; el apoderado de víctimas la coadyuvó y el delegado de la Procuraduría expuso que no intervendría.

9. Finiquitado el traslado al Magistrado sustanciador expuso que el recurso fue debidamente sustentado por lo que se concedía en “efecto suspensivo”. Realizó un receso para dar a conocer un “tema que la Sala viene estudiando” y reanudada la audiencia dispuso: “la continuación de la actuación hasta donde sea posible en todo lo que no tenga relación con el tema materia de la alzada [...] una vez sea necesario contar con la decisión de segundo grado se suspenderá la actuación hasta conocer su pronunciamiento”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSO DE APELACIÓN - Efectos: devolutivo, suspensivo / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: alcance / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, se asemeja al efecto diferido, reglas jurisprudenciales / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto diferido: auto que niega pruebas, no afecta la estructura del proceso penal ni vulnera el debido proceso de las partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: efecto diferido no está consagrado taxativamente en la Ley 906 de 2004, interpretación jurisprudencial / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: interpretación del artículo 177 de la ley 906 de 2004, reglas jurisprudenciales

«La Sala Especial de primera instancia, por intermedio del Magistrado que presidió la audiencia, concedió el recurso en “efecto suspensivo”. No obstante ello, indicó que se seguiría con el trámite, “para cuyo propósito en auto separado se fijará fecha para dar inicio a la audiencia de juicio oral”, data que no consta dentro de la presente actuación.

[...]

Lo primero que advierte esta Sala de Casación es que el A quo concedió el recurso de apelación tal como dispone la ley, es decir, en el “efecto suspensivo” de modo que el acierto de la decisión no admite duda.

Ahora bien, al conceder el recurso, la Sala Especial de primera instancia interpretó la frase “efecto suspensivo”, pues en su entender, afincado en principios constitucionales en beneficio del procesado y de la víctima, y siguiendo el principio de limitación que rige los recursos, la suspensión solo opera en lo que tiene que ver con el objeto del recurso y los aspectos inescindiblemente vinculados a éste. Así entonces, la apelación del auto que negó pruebas no interrumpe el trámite de todo aquello que no tenga relación con el tema específicamente recurrido.

[...]

Ahora bien, lo realizado por el A quo es más cercano al otrora conocido como “efecto diferido” consagrado en el artículo 192.2 de la Ley 600 de 2000 (“En cuyo caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, excepto en lo relativo a la libertad de las personas, pero continuará el curso de la actuación procesal ante el inferior en aquello que no dependa necesariamente de ella” subrayado fuera de la norma). En ese ordenamiento, valga la aclaración, se concede en efecto diferido la apelación de la decisión que “deniegue la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente” (artículo 193.b.1).

El Código General del Proceso consagra un Instituto Procesal similar en el artículo 323.3 (“En este caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el juez de primera instancia en lo que no dependa necesariamente de ella”).

Que el efecto diferido no haya sido consagrado en la Ley 906 de 2004 no significa que sea una figura extraña al proceso penal y, para el caso del Sistema Penal Acusatorio, resulta de gran valía para evitar moras en la Administración de Justicia, pues como ya se indicó, lo importante no son las formas por las formas mismas, sino que los procedimientos establecidos previamente en la ley lo están para, entre otros fines, brindar una solución pronta a los conflictos de índole penal que se presentan en la sociedad.

La decisión del A quo, vista desde un punto meramente formal y en una interpretación

estrictamente exegética de técnica gramatical, contradiría el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 (C.P.P), porque el precepto manda que la apelación del “auto que niega la práctica de prueba” se concederá en el “efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva”.

Sin embargo, una interpretación más amplia, no solo sistemática sino también de fines y específicamente por el efecto útil de la norma, permite encontrar razonable una hermenéutica que fije la precisión y alcance de esa “suspensión” para indagar por cuál es exactamente el ámbito de la competencia del A quo que se suspende en razón de la concesión del recurso.

Para entregar una respuesta razonable a ese interrogante, es necesario determinar cuál es la Institución a la cual sirve la garantía del recurso de apelación que procede contra “el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral” y el efecto en que manda la ley debe concederse el mismo (suspensivo).

Indudablemente esa garantía y ese Instituto sirven al Proceso Penal, de modo que los fines definidos del procedimiento penal son, necesariamente, elementos que integran la interpretación razonable del precepto.

[...]

Con ese marco normativo, resulta claro para la Sala, que una interpretación del “efecto suspensivo” del recurso de apelación contra “el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral” necesariamente debe incluir el definido propósito de hacer realidad el derecho del procesado y de todas las partes e intervinientes “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

En ese orden de ideas esta Sala estima que dada la estructura del proceso penal y específicamente la forma como está diseñada la práctica de pruebas en la fase de juzgamiento (artículo 362) es perfectamente razonable que el efecto suspensivo del recurso de una prueba negada a la defensa pueda predicarse única y exclusivamente del juicio del Ad quem sobre esas pruebas específicamente.

A esta conclusión también contribuye el carácter derivado de la competencia funcional en tanto está marcada, como poder y límite, por los

términos del recurso. De esa manera si el Superior Funcional solo está autorizado a conocer del asunto por razón del recurso y solo puede conocer del tema propuesto en el recurso, no tiene objeto alguno que se suspenda la totalidad de la actuación, si sus resultas no afectan su normal desarrollo.

Esta hermenéutica no genera ningún quiebre frente a la estructura del debido proceso, pues resulta favorable tanto a los intereses del procesado como a los de la presunta víctima, y dinamiza el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas (artículo 29 de la Constitución Política).

Tampoco ofrece riesgo para las garantías de las partes, especialmente el derecho de defensa, por cuanto las pruebas que se le decretaron serán practicadas con posterioridad a las de la Fiscalía como lo dispone el artículo 362 del CPP /2004. No hay entonces ningún perjuicio para el procesado si se inicia el juicio oral con la práctica probatoria de la Fiscalía, para que, luego de culminadas éstas, se proceda a practicar las de la defensa, inclusive las que le fueron negadas en caso de que el superior decida revocar la providencia. Es solo el orden legal de la práctica probatoria.

Adviértase cómo esta interpretación no solo no resulta contraria a los postulados de celeridad que deben imperar en la Administración de Justicia, sino que realiza ese propósito que interesa a todos los sujetos o partícipes de la actuación penal.

[...]

Bajo ese entendido, la Sala de Casación Penal deja claro que la correcta interpretación del artículo 177 del CPP /2004, es la siguiente:

1. Cuando de apelación de pruebas se trate, bien sea porque se niega su práctica o se decide sobre su exclusión, el “efecto suspensivo” debe entenderse, en concordancia con el principio de limitación que rige el recurso, que la suspensión afecta únicamente los aspectos que son objeto de apelación, sin que tales efectos alcancen todo el trámite posterior ni afecten la actuación en los temas no controvertidos por las partes.

Esta interpretación que hoy prohija la Corte se concatena con los postulados que inspiraron el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 para brindarle a la Administración de Justicia mecanismos ágiles para consolidar los principios

de celeridad y eficiencia (artículos 228 de la Constitución y 4 y 7 de la Ley 270 de 1996). Así se permite que el proceso penal fluya, evitando posibles prescripciones o vencimientos de términos propios de la congestión judicial.

2. Esta regla solo aplica para controversias probatorias (artículo 177.4.5 CPP /2004). Las apelaciones frente a la sentencia condenatoria o absolutoria, el auto que decide la solicitud de preclusión y el que resuelve la nulidad (artículo 177.1.2.3. ibidem), quedan excluidas de esta interpretación pues en éstas lo que se apela es el todo de las resultas del proceso, el objeto del recurso no es el debate probatorio sino del proceso en sí mismo, es decir, en la sentencia, la preclusión y la nulidad (a diferencia del tema probatorio), existe unidad integral del proceso por lo que no se puede seguir adelante con la actuación»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: diferencia con la enunciación probatoria en la audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: es un acto de lealtad procesal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: omisión de hacerlo, rechazo probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: no necesariamente debe ser verbal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: etapas, descubrimiento, enunciación, solicitud y práctica probatoria

«El error de la defensa en la sustentación de la apelación es confundir la etapa del descubrimiento con la posterior etapa de la enunciación, dos etapas diferentes aunque unidas por efectuarse en la misma audiencia preparatoria.

[...]

Fíjese que aunque estén en el mismo artículo el descubrimiento y la enunciación son perfectamente diferenciables tanto en tiempo como en partes que deben efectuarlo. Primero se hace el descubrimiento por parte de la defensa exclusivamente pues ya la Fiscalía lo hizo en la audiencia de formulación de acusación. Después de ese descubrimiento que se hace a la Fiscalía y que debe verificarse en ese preciso momento por parte de esta última se pasa a la fase subsiguiente que es la enunciación, donde primero enuncia la Fiscalía y después la defensa.

[...]

Bajo este entendido, debe quedar absolutamente claro que el agotamiento de la audiencia preparatoria también es un acto complejo que se tramita por etapas diferenciadas y que las obligaciones de las partes en cuanto al descubrimiento y la enunciación son distintas. Se debe partir de la base que los conceptos de descubrimiento y enunciación no son sinónimos como mal lo entendió la defensa.

El descubrimiento es ante todo un acto de lealtad procesal que está dado para que las partes muestren a los sujetos procesales (la otra parte y a los intervinientes) los medios de prueba que tienen en su poder para de esa forma garantizar el derecho de contradicción.

En esas condiciones, y para el caso particular puesto a consideración de la Sala de Casación Penal, los argumentos expuestos por la defensa resultan errados al considerar que la prueba referente a los testimonios de RBG y de CCT, si fueron descubiertos y enunciados, toda vez que al revisar la audiencia se observa claramente los testimonios no fueron descubiertos, aunque si enunciados y verbalizados.

[...]

Fijese que el error del defensor está dado en el hecho de no haber verbalizado o manifestado expresamente en la fase del descubrimiento que adicionaría esos dos testimonios, por el contrario, en la etapa especial del descubrimiento guardó silencio y solo refirió los testimonios cuando se le requirió la enunciación de sus pruebas. Ahí el error de la defensa. Su inacción en la etapa del descubrimiento no puede ahora alegarse confundiendo las fases que la ley distingue claramente.

La Corte debe aclarar que la metodología utilizada por la Sala Especial de Primera Instancia no contradice los pilares del Sistema Penal Acusatorio. Si bien lo ideal es siempre la verbalización de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y del descubrimiento y la enunciación probatoria en la audiencia preparatoria, cuando el funcionario judicial establece unas reglas previas para garantizar la celeridad en el proceso, y éstas son avaladas por los sujetos procesales, quienes además las comparten y no realizan objeción alguna, ningún inconveniente existe en evitar la verbalización, pues lo verdaderamente importante es que los sujetos procesales tengan conocimiento de los

actos de los demás, de su contraparte, para de esa forma garantizar el derecho de contradicción.

Es decir, las partes y los intervinientes están convalidando las actuaciones del funcionario judicial, lo que resulta válido, siempre y cuando no se vulnere el derecho fundamental de defensa ni se afecten las bases sustanciales del debido proceso».

SALVAMENTO DE VOTO: DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

RECURSO DE APELACIÓN - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, asimilación con el efecto diferido, es improcedente (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de integración: inaplicación del efecto diferido de la Ley 600 de 2000, a procesos de la Ley 906 de 2004 (SALVAMENTO) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración: se vulnera (SALVAMENTO) / **PROCESO PENAL** - Fines: se vulneran (SALVAMENTO) / **PROCESO PENAL** - Formas propias del juicio: vulneración / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Competencia: no tiene funciones legislativas

«Aun cuando al momento de la deliberación y aprobación del proyecto presentado dentro de la actuación de la referencia, aduje que salvaría parcialmente mi voto, luego de un nuevo análisis del contenido de la providencia, considero que lo pertinente es un salvamento pleno, a lo determinado por la mayoría, lo que hago con el debido respeto, conforme paso a exponerlo, en los siguientes términos:

[...]

En la decisión finalmente adoptada, la Sala, en su propósito de respaldar el trámite del a quo, indicó que la novel interpretación sobre el efecto del auto que niega una prueba se asemeja al efecto diferido consagrado en la Ley 600 de 2000, del cual, auspició su integración normativa, por entender que no es una disposición “ajena” al procedimiento penal.

Sin embargo, un razonamiento de ese tenor desconoce frontalmente el contenido del artículo 25 de la Ley 906 de 2004, que indica: “En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”

(subrayado fuera del texto). Así, no era viable siquiera insinuarse que resulta compatible la aplicación de la Ley 600 de 2000, principalmente, porque lo concerniente al efecto en que se concede el recurso de apelación representa una materia que sí está integral y expresamente regulada en la Ley 906 de 2004.

Está claro que, si el legislador estimó necesario fijar sólo dos efectos en el sistema penal acusatorio, ello obedece, en principio, a su potestad de configuración, sin que sea posible aducir algún tipo de olvido o inadvertencia.

Es, cuando menos, elusivo sugerir que el tema no ha sido tratado u obliga de complementación con otra normatividad, cuando la norma reemplazada no es la general que instituye el efecto de los recursos, sino la particular que, de forma expresa, advierte que la apelación contra el auto que niega pruebas lo es en el suspensivo, en cuyo caso, importa destacar, dado que no fue un tópico abordado en la decisión de la mayoría, lo que se suspende no es sólo el trámite del proceso, sino la competencia de quien lo adelanta, esto es, de la Sala Especial de Primera Instancia.

En ese criterio cortoplacista que gobierna la decisión, se olvida el examen teleológico y de contexto, a partir del cual se explica por qué la Ley 600 de 2000 puede contemplar un trámite diferido, lo que no sucede con el sistema penal acusatorio.

Precisamente, gobernado por el principio de permanencia de la prueba, la realización de la audiencia preparatoria y sus efectos en la aludida normatividad no tiene tanto impacto como ocurre con la Ley 906 de 2004, en cuanto, en esta, se obliga que todas las pruebas se practiquen en juicio y, consecuentemente, reclama que a este estadio procesal sólo se llegue a las que fueron aprobadas en la audiencia preparatoria, razón que justifica por qué no pueden adelantarse, a la par, los objetos de ambas diligencias.

Siguiendo ese hilo conductor, los efectos del recurso, en la temática estudiada, guardan armonía con los principios, bastante diferenciados, de permanencia de la prueba y concentración que gobiernan una y otra compilación adjetiva penal. Mientras que, en la codificación de 2000, la escena probatoria se ofrece de manera dispersa, sin que sea necesario situar la práctica de tales elementos en un solo momento, resulta entonces entendible por qué es compatible un efecto en el que se pueda ir

acopiando un elemento en espera de la resolución de la controversia frente otro; en cambio, en la Ley 906 de 2004, el desfile probatorio sólo se protagoniza en una fase concreta y prima facie sin solución de continuidad, lo que, en la misma lógica anterior, torna inviable la aplicación de un efecto que trastoque la presentación interrumpida de las pruebas.

Con todo, ante la imposibilidad de recurrir a una figura propia de la Ley 600 de 2000, es claro que la decisión de otorgar al recurso un efecto que no posee, ni puede poseer, por fuera de lo que la ley expresamente regula sobre el punto, representa, ni más ni menos, la asunción de un poder legislativo extraño a la Corte.

[...]

De esas precisiones subyace la siguiente regla: tiene cabida la aplicación del efecto diferido del recurso de apelación, siempre y cuando i) no se trate de una prueba de refutación y ii) las partes estén de acuerdo.

Significa entonces, desde la premisa creada, que el devenir del proceso penal, sus etapas y el agotamiento de una determinada fase, son factores que dependen del interés de las partes o de las coyunturas que en el trámite vayan surgiendo, conclusión peligrosa que abre la puerta a mayores inconvenientes de los que se quieren solucionar.

[...]

Se pasa por alto, se insiste, que existen mínimos de estructura que en ningún caso pueden omitirse, so pena de detonar una sucesión caótica de problemas. Desde una perspectiva holística, todo el trámite procesal está relacionado entre sí, a través de una línea armónica que debe conservarse.

En efecto, la teleología de agotar, en su integridad, la audiencia preparatoria o, suspenderla hasta que se resuelvan las pruebas (el artículo 363 del C.P.P), halla razón de ser en que:

La consolidación de una estrategia defensiva parte de la base de conocer, de manera definitiva, cuáles son las pruebas de la contraparte. Así, el orden en que se presentan, los ejes temáticos que se abordan y, en general, el enfoque en la aducción probatoria se confecciona con base en la necesidad de derruir y contrarrestar el acopio

probatorio del adversario, en un sistema, como el actual, acentuado en ese enfoque dialéctico.

Por manera que alterar esa ecuación balanceada repercute, por mucho que sofisticadamente se quiera evadir, en el derecho a la defensa de las partes.

A más de lo anterior, iniciar la formación de la prueba y supeditar su continuidad a la definición, en segunda instancia, de aquellas que quedaron en discusión, afrenta como ya se dijo anteriormente el principio de concentración establecido en el artículo 454, en tanto establece que: “La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”.

Lo dicho, por cuanto la nueva interpretación, avalada por la Sala mayoritaria, crea, sin decirlo expresamente, una excepción jurisprudencial al principio en comento y altera el normal desarrollo del juicio, en una etapa donde se espera la ininterrumpida celebración de la vista pública.

[...]

Por todo lo averado, considero que la nueva interpretación normativa trastoca por completo no sólo el contenido literal, sino, más grave aún, la armonía estructural del sistema penal acusatorio, hasta el punto de darle un alcance a los efectos de la apelación incompatible con el principio adversarial del sistema, el derecho a la defensa y el mandato de concentración de la prueba»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Descubrimiento probatorio: audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: prevalencia de lo sustancial sobre lo formal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: término extemporáneo, no se configura (SALVAMENTO)

«[...] paradójicamente fundados en la filosofía contraria, se ofrecen los argumentos consignados en la decisión de la cual me aparto, para confirmar la negativa a aceptar los medios de prueba aportados por la defensa, por considerar extemporáneo su descubrimiento.

Es que, me pregunto, si la ley establece unos momentos específicos y espacios procesales

concretos para adelantar determinada actuación a cargo de un parte ¿es posible que la simple determinación del juez, que implanta un momento anterior a ello, faculte desconocer el mandato legal?

La decisión no desconoce, ni puede hacerlo, que, en efecto, la norma fija que el descubrimiento probatorio de la defensa opera en curso de la audiencia preparatoria, previo a la enunciación que la partes realizan acerca de los medios que llevarán a juicio.

[...] es claro que el descubrimiento en cuestión operó por fuera de lo que la ley expresamente consagra, no entiendo la razón por la cual, vista la confusión de la defensa y la actuación apresurada del A quo, no se permite que tales medios sean descubiertos, si es claro que, entonces, el a quo no abrió, en estricto sentido, la fase que dentro de la audiencia preparatoria faculta el descubrimiento de la defensa y, sin más, dio por cerrado dicha posibilidad cuando lo único que hizo fue interrogar a la defensa acerca del escrito previo que debió entregar a la Fiscalía.

Cuando la decisión previa acerca de la legalidad de permitir entregar al recurso un efecto distinto al que consagra la ley, se basa apenas en elementos eficientistas e, incluso, apelación a principios procesales generales, no advierto razón para que ello no se haga valer aquí de forma similar, cuando es claro que, y quiero destacarlo, la razón por la cual se niega la posibilidad a la defensa estriba en un argumento de clara estirpe formalista que la Sala de Primera Instancia ya daba por comenzada la fase de enunciación de la prueba, que en sí mismo carece de trascendencia material y desconoce las vicisitudes que generaron la supuesta extemporaneidad.

Mírese cómo, al efecto, en un extraño criterio cualitativo, para la Sala mayoritaria resulta más importante, trascendente y necesario hacer respetar el orden de la audiencia preparatoria aunque, más extraño aún, no le importó que una de sus etapas más trascendentes de esta, la del descubrimiento probatorio de la defensa, se realizara por fuera de ella y, desde luego, de la clara distinción de hitos sucesivos que establece la norma, que atender a lo que dos normas expresas artículos 177 y 363 de la Ley 906 de 2004 refieren en torno del efecto suspensivo de los recursos y la incompetencia que de allí surge para quien tramita el asunto en primera instancia.

Por mucho esfuerzo dialéctico contrario que se intente, es claro que poseen mayor valor y efecto sustancial las normas que regulan los recursos y sus efectos, que aquella meramente procedimental en la cual se establecen criterios ordenados para adelantar una determinada diligencia»

SALVAMENTO DE VOTO: JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

RECURSO DE APELACIÓN - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de integración: inaplicación del efecto diferido de la Ley 600 de 2000, a procesos de la Ley 906 de 2004 (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, asimilación con el efecto diferido, es improcedente (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: falta de competencia del juez de primera instancia (SALVAMENTO) / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Competencia: no tiene funciones legislativas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de igualdad de armas: se vulnera / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio adversarial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Descubrimiento probatorio: término extemporáneo, no se configura (SALVAMENTO) / **PROCESO PENAL** - Fines: se vulneran (SALVAMENTO)

«Con el debido respeto por la postura mayoritaria, entro a exponer las razones de mi disenso, no sin antes aclarar que, aunque en el acta de aprobación del caso se anotó que se trataba de un salvamento parcial, realmente, como se verificará, se trata de un apartamiento total a la decisión finalmente aprobada, según lo anunciado durante la discusión del presente asunto en la Sala.

[...]

La postura adoptada por la Sala cambia por completo la naturaleza y efectos de las normas señaladas, con lo cual sustituye al legislador, en la medida en que abre la puerta para que, en adelante, la interposición y concesión del recurso de apelación contra la decisión que niega pruebas en la audiencia preparatoria no opere en efecto suspensivo, sino en una especie de diferido, configurando así, con todo respeto, una clara trasgresión al debido proceso con graves efectos, por las razones que se explican a continuación.

Quebrantamiento de la estructura del proceso penal

El procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004 está diseñado de manera rígida por cuatro audiencias o etapas, siendo, cada una, presupuesto determinante de la siguiente: la de formulación de imputación, la de formulación de acusación, la preparatoria y, por último, el juicio oral. Cada una tiene una finalidad específica, cuyo agotamiento es necesario para que el proceso pueda avanzar a la siguiente.

La audiencia preparatoria, que como su nombre lo indica tiene como finalidad la de preparar el juicio oral, busca definir y resolver todas las discusiones alrededor de las pruebas de cargo y de descargo que se van a practicar en el juicio oral. Por ello, se trata de una etapa ineludible para el cabal desarrollo del juicio oral y el cumplimiento de su objetivo, que es la práctica de los medios de conocimiento previamente aceptados y decretados y la presentación de los alegatos de conclusión de las partes.

Si no se cumple a cabalidad el objetivo de la audiencia preparatoria y no se resuelven los aspectos que surjan alrededor de las pruebas que se quieran hacer valer en el juicio para que queden establecidas a cabalidad las bases sobre las cuales se va a realizar, no es posible empezar el debate oral de manera satisfactoria, pues las partes acudirán a la vista sin saber con exactitud con qué medios de prueba pueden contar y cuáles tendrán que controvertir, lo que por supuesto afectará las estrategias de acusación y de defensa que tengan la Fiscalía y la parte acusada.

Entonces, permitir que inicie el juicio oral cuando aún se encuentra pendiente la definición de pruebas que alguna de las partes solicita practicar en juicio, implica que inicie una etapa del proceso sin haberse agotado su antecedente, con una clara afectación a la estructura básica del proceso penal.

Precisamente, la razón por la cual el legislador estableció que la apelación de los autos que niegan el decreto de pruebas se conceda en el efecto suspensivo radica en la necesidad de que previamente se resuelvan las discusiones que surjan sobre los medios de convicción en el marco de la audiencia preparatoria, para poder avanzar en la siguiente etapa, que es su práctica en el juicio oral, pues dicho efecto impone la suspensión del trámite -y de la competencia del

juez- hasta cuando la segunda instancia resuelva sobre la apelación a la negativa de la práctica de pruebas. Solo se agota el antecedente -la preparatoria- cuando se cuenta con una decisión que resuelve este aspecto, momento a partir del cual se garantiza a las partes que puedan ejercer sus roles de acusación y defensa, preparar sus estrategias, de manera eficiente y preparada en el juicio.

[...]

Vulneración del principio de igualdad de armas

El derecho de defensa, como manifestación del debido proceso penal, encuentra una de sus expresiones en el principio de igualdad de armas.

[...]

Este principio exige que se garantice la protección de los imputados frente aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso, adoptando medidas para equiparar en el mayor grado que se pueda, las posibilidades para que el acusado y su defensa presenten el caso desde una posición que no sea manifiestamente desventajosa frente a la Fiscalía. Por lo tanto, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas deben estar en la posibilidad de acudir al juicio con sus herramientas para llevar al juez al conocimiento de su teoría del caso para que decida si está o no satisfecho el estándar probatorio legalmente establecido para emitir condena, sin privilegios ni desventajas.

Ahora bien, la Ley 906 de 2004 tiene una marcada perspectiva acusatoria que se rige por el principio adversarial, caracterizado por el trámite de las distintas audiencias de manera oral, con intermediación y concentración, con la finalidad de que se garantice el derecho a la contradicción y controversia del llamado proceso de partes, donde cobra gran importancia el principio de igualdad de armas.

[...]

Justamente para ello, el procedimiento penal contempla la figura del descubrimiento probatorio, que pretende que ninguna de las partes contendientes asista al juicio ignorante de las herramientas que la contraparte tiene para estructurar su estrategia. Así, esta figura se adelanta antes del juicio, en el marco de las audiencias de acusación y preparatoria, pues con ello se evita la sorpresiva presentación de material probatorio en la vista oral, circunstancia que comprometería gravemente el derecho a la

defensa del acusado ante la imposibilidad de recaudar, ya estando en la etapa final, material probatorio de contraste.

[...]

Así las cosas, la posición de la Sala mayoritaria entraña un mensaje nefasto para el sistema procesal adversarial de la Ley 906 de 2004, pues a partir de introducir esa errada interpretación que modifica el efecto suspensivo en que debe concederse el recurso de apelación contra el auto que niega pruebas, permite el inicio del juicio oral cuando aún no se ha cerrado el debate sobre las pruebas a practicar, lo cual, se reitera, desconoce los preceptos legales que regulan el asunto y desestructura el proceso penal al permitir el paso a una etapa consecuente sin haberse terminado su antecedente de la manera como lo regula la ley, afectando con ello el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de igualdad de armas.

Pero, para terminar, si se considera que el artículo 177.4 de la Ley 906 también manda que la apelación del auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral se concederá en el efecto suspensivo, que impone la suspensión de la competencia de quien lo profirió, anticipo que como si no fuera suficiente la manera como se mina por diferentes ángulos los pilares del sistema procesal que se derivó del Acto Legislativo 3 de 2002, quien ose interponer una apelación contra auto de esa naturaleza, mutatis mutandis, verá que aquel mandato quedará vacío de contenido, pues se le concederá el recurso en un efecto diferido, que ni está en aquél ordenamiento ni al que para darle soporte se debe acudir a otros, porque sobre la forma del efecto en que se concede el recurso de apelación no existe vacío en el Código de Procedimiento Penal de 2004.

Bajo esa lógica, en orden a evitar estas afectaciones estructurales que violan garantías fundamentales y en garantía del principio de legalidad, debió anularse el trámite a partir del momento en que la Sala Especial de Primera Instancia decidió avanzar en el juicio -sin haberse agotado bajo el cobijo de la ley la audiencia preparatoria- al tiempo que concedió el recurso de apelación contra el auto de pruebas que negó la inclusión de los dos testimonios solicitados por la defensa»

**SALVAMENTO DE VOTO:
CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO**

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Descubrimiento probatorio: oportunidad /
SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Descubrimiento probatorio: obligaciones del juez
/ **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -
Descubrimiento probatorio: controversia,
saneamiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**
- Descubrimiento probatorio: prevalencia de lo
sustancial sobre lo formal / **DEFENSA TÉCNICA**
- Estrategia defensiva

«[...] Al respecto, se advierte que el juzgador de primer grado tomó diversas medidas para agilizar el descubrimiento probatorio y, más específicamente, para garantizar que la audiencia preparatoria transcurriera rápidamente.

Entre ellas, se destaca el deber de las partes de realizar el descubrimiento antes de la audiencia, con la carga adicional de dejar debidamente documentada esa actividad. Ello, a pesar de que el artículo 356 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que en esa diligencia debe verificarse que el descubrimiento realizado por fuera de la audiencia de acusación haya quedado completo y, en el numeral 2, establece que el juez dispondrá “que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física”.

Lo anterior tiene sentido dentro de la estructura de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) la acusación y el consecuente descubrimiento probatorio tienen como finalidad principal brindarle el conocimiento suficiente a la defensa para que defina su estrategia; (ii) por tanto, el descubrimiento a cargo de la Fiscalía debe perfeccionarse en esa audiencia, salvo los aspectos que deban concretarse después de la misma, a lo que alude el numeral 1° del artículo 356 en cita; (iii) a partir de esa información, la defensa tiene la oportunidad de decidir sobre las pruebas que puedan resultar útiles para derribar la hipótesis de la Fiscalía o presentar una hipótesis factual alternativa; y (iv) lo anterior explica por qué el descubrimiento probatorio a cargo de la defensa puede perfeccionarse en la audiencia preparatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 344 ídem sobre la posibilidad de que la Fiscalía solicite la entrega “de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios (que la defensa) pretenda hacer valer en el juicio”, así como la obligación de entregar

los “exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado” cuando “piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes”.

En suma, no existe duda de que la defensa puede completar el descubrimiento probatorio en la audiencia preparatoria, porque así lo establece expresamente el artículo 357, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004, lo que se aviene a la estructura del modelo procesal regulado en la Ley 906 de 2004.

[...]

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se tomaron algunas medidas para que la Fiscalía y la defensa logran el mayor nivel de descubrimiento posible antes del inicio de la audiencia preparatoria.

Al inicio de dicha audiencia, se le indagó a las partes si ese acuerdo se había logrado, a lo que todas contestaron afirmativamente.

Sin embargo, la situación generó algo de ambigüedad, porque es claro que la defensa concurrió a la audiencia con el propósito de solicitar varias pruebas que no habían sido descubiertas bajo las reglas establecidas por el director del proceso. Por tanto, cuando se le preguntó si el descubrimiento se había perfeccionado, se refirió al que debía surtirse antes de esa diligencia.

Prueba de ello es que, inmediatamente después, advirtió que solicitaría dos testimonios y una “evidencia demostrativa”, que no habían sido incluidos en el reporte concertado por fuera de la diligencia.

Ante este panorama, lo único que podría reprochársele al defensor es que no haya utilizado la palabra “descubrimiento” para dar a entender lo que era obvio, esto es, que a las pruebas incluidas en el acta ordenada por el juzgador se adicionarían otras tres. [...]

[...] la dirección de la audiencia debió orientarse a aclarar la situación, especialmente a establecer si las partes habían comprendido bien la pregunta sobre el perfeccionamiento del descubrimiento, pues una cosa es que hayan entendido que les estaba indagando por el que debió surtirse por fuera de la audiencia, y otra muy distinta si con ello se cerraba la posibilidad de traer a colación otras pruebas, lo que, como ya se indicó, le está permitido a la defensa en

virtud de lo dispuesto en el artículo 356, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004.

Adviértase, además, que prácticamente no hubo solución de continuidad entre la pregunta del despacho (con la ambigüedad ya referida) y el paso a la enunciación de las pruebas, espacio durante el cual la defensa se refirió a las nuevas pruebas que pretendía hacer valer.

Por tanto, si se trata, como corresponde, de hacer prevalecer el derecho sustancial, debe tenerse en cuenta que, en este caso, el mismo está reflejado en la materialización del derecho a la prueba, que no puede sacrificarse porque la parte no utilizó la palabra correcta, en medio de la ambigüedad ya referida, pero expresó sin dubitación su propósito de hacer valer algunas pruebas que no fueron sometidas al sistema de descubrimiento establecido por el director del proceso para dinamizar la audiencia preparatoria.

Con mayor razón, si ello no le generaba perjuicios a las demás partes e intervinientes, en esencia por dos razones: (i) la audiencia preparatoria es el escenario propicio para que la defensa descubra los elementos que pretende hacer valer en el juicio; y (ii) no hay constancia de que la Fiscalía, el apoderado de víctimas o el delegado del Ministerio Público hayan expresado su inconformidad con el descubrimiento, a pesar de que el director de la audiencia permitió el debate sobre la pertinencia y demás condiciones de admisibilidad de las pruebas que finalmente fueron negadas».

RECURSO DE APELACIÓN - Auto que niega pruebas / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: falta de competencia del juez de primera instancia (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Efecto suspensivo: auto que niega pruebas, asimilación con el efecto diferido, es improcedente (SALVAMENTO) / **RECURSO DE APELACIÓN** - Principio de integración: inaplicación del efecto diferido de la Ley 600 de 2000, a procesos de la Ley 906 de 2004 (SALVAMENTO)

«[...] si la postura mayoritaria da cuenta de que el trámite adelantado por la primera instancia es ajustado a derecho, no tenía que hacer ninguna declaración en la parte resolutive, toda vez que: (i) como ya se dijo, ninguna parte o interviniente propuso el debate sobre la legalidad del trámite; y (ii) un pronunciamiento de oficio sobre esa materia solo opera cuando se opta por la nulidad. En palabras simples, no es necesario declarar

que los trámites se adelantaron en debida forma cuando ello no hace parte del debate que activa la competencia de la Sala, ni se avizora una causal de nulidad.

De otro lado, se advierte una contradicción al interior de la postura mayoritaria, porque, de un lado, se hace un recuento de los principios que rigen las nulidades, entre los que se destaca el de trascendencia, y, de otro, se acepta que no se sabe si la primera instancia fijó fecha para el inicio del juicio oral y si dio inicio a dicha actuación.

Lo anterior le resta trascendencia al debate sobre la interpretación que hizo la primera instancia sobre el efecto del recurso de apelación. Efectivamente, cualquiera sea la conclusión sobre ese aspecto hace improcedente la nulidad, bien porque se considere que ello no es violatorio del debido proceso o por la falta de trascendencia del supuesto yerro, pues lo resuelto por el fallador de primer grado no ha tenido efectos procesales relevantes.

[...]

Por tanto, la búsqueda de la celeridad (presupuesto de una justicia pronta y eficaz), aconsejaba la pronta solución del recurso interpuesto en contra del auto a través del cual se rechazaron varias pruebas de la defensa. Esa decisión se vio afectada por el debate sobre un supuesto yerro en la interpretación del efecto en que debió concederse el recurso, lo que no era necesario toda vez que: (i) ninguna parte o interviniente solicitó la nulidad; (ii) de oficio, no se deben tomar decisiones sobre la legalidad del trámite, salvo que se avizore un asunto relevante para el proceso; y (iii) en este caso, no se vislumbra que una supuesta irregularidad sobre el efecto del recurso haya tenido algún efecto relevante, que amerite la anulación del trámite.

Bajo esas condiciones, la Sala, para garantizar la prontitud y eficacia de la administración de justicia, debió limitarse a resolver lo más rápido posible el recurso de apelación interpuesto por la defensa, lo que, a su vez, le restaría trascendencia a un posible yerro sobre esa materia.

Lo anterior, bajo el entendido de que la naturaleza de la decisión (la segunda instancia de un auto de pruebas), no es el escenario propicio para el cumplimiento de las funciones que tiene la Sala como tribunal de casación, especialmente el desarrollo de la jurisprudencia. En estos casos,

al actuar como juez de segunda instancia, debe primar la celeridad, para evitar que los procesos se dilaten y puedan tener cabida el vencimiento de términos, la prescripción de la acción penal, etcétera.

En suma, si la postura mayoritaria da cuenta de la ausencia de irregularidades que vicien de nulidad la actuación, no se requiere un pronunciamiento sobre la legalidad del trámite, pues ninguna parte o interviniente ha presentado una solicitud en ese sentido.

Si uno o varios miembros de la Sala consideran que hay lugar a la nulidad, así deben expresarlo en el respectivo salvamento de voto. Para tales efectos, tienen la carga de mostrar la irregularidad y, por su expuesto, explicar su trascendencia.

Si lo que se pretende es hacer un llamado de atención, así pueden expresarlo, bien en la postura mayoritaria o en la respectiva aclaración de voto.

Aunque lo anterior constituye razón suficiente para no analizar el tema en cuestión, se harán algunas precisiones orientadas a delimitar el debate propuesto en la postura mayoritaria sobre el efecto en el que debe concederse el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de inadmisión, rechazo o exclusión probatoria, así como el sentido y alcance del mismo.

[...]

Por tanto, la propuesta mayoritaria puede generar un efecto contrario al deseado por el legislador, en cuanto implica trasladar al juicio oral la suspensión del trámite que debe ocurrir en la audiencia preparatoria.

En efecto, el argumento central de dicha postura es que la segunda instancia puede tardar en la resolución del recurso interpuesto en contra del auto de pruebas, lo que hace aconsejable el inicio del juicio oral. Sin embargo, si esa tardanza tiene la entidad que allí se menciona, es razonable esperar que la suspensión deba operar en el juicio oral, cuando ya se hayan practicado algunas pruebas.

Finalmente, la preocupación expuesta por el juzgador de primera instancia se centra en la tardanza para el inicio del juicio oral, lo que puede dar lugar a la libertad por vencimiento de términos. Al respecto, no pueden pasarse por alto algunas medidas orientadas a evitar esas situaciones, entre ellas: (i) el rechazo de plano de

peticiones y /o impugnaciones improcedentes; (ii) la adecuada dirección de la audiencia, orientada a evitar debates innecesarios sobre el descubrimiento probatorio (lo que luce deficitario en este caso, según se explicó en precedencia); y (iii) el deber del superior funcional de resolver en el menor tiempo posible este tipo de asuntos, para evitar que los mismos se paralicen.

De otro lado, si se pretende acudir al Código General del Proceso, necesariamente debe tenerse en cuenta: (i) allí, se consagran los tres efectos que tradicionalmente le han sido asignados al recurso de apelación (suspensivo, devolutivo y diferido); (ii) el impacto negativo que cada uno de ellos se flexibiliza con la posibilidad de que el impugnante pueda solicitar que el recurso se conceda en el efecto diferido o devolutivo cuando está previsto el efecto suspensivo; (iii) debe analizarse cuidadosamente la compatibilidad de esa reglamentación con las características propias del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004; etcétera.

Finalmente, en la postura mayoritaria se plantea una interpretación específica del efecto suspensivo en el que debe concederse el recurso de apelación, aplicable exclusivamente al auto que inadmite, rechaza o excluye una prueba.

Aunque es evidente el loable propósito de explorar soluciones que hagan más razonable el proceso, los argumentos expuestos no convencen, principalmente porque se mencionan algunos criterios de interpretación, sin tener en cuenta su verdadero sentido y alcance.

[...]

En síntesis, en el presente asunto no estaban dados los presupuestos para el desarrollo del problema jurídico propuesto por la primera instancia, ya que no se avizora que la postura allí invocada tenga efectos sustanciales en el proceso, que ameriten una eventual declaratoria de nulidad, por lo que no debió existir un pronunciamiento expreso en la parte resolutoria; (ii) por tanto, lo expuesto por la Sala al respecto tiene el carácter de dichos de paso, que únicamente pueden resultar útiles para alimentar debates futuros sobre esa importante materia; y (iii) bajo este entendido, se exponen algunas reflexiones sobre los argumentos expuestos en la Sala, que pueden resultar útiles para resolver de fondo este tipo de asuntos, en casos donde resulte verdaderamente necesario».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9408
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

