



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Marzo 31 de 2023 n.º 03

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>

### **PENA - Fines: prevención especial / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Improcedencia**

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de M.E.M., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual, condenó a la referida por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, en consecuencia, le impuso las penas de 28 meses de prisión, 66.66 salarios mínimos legales mensuales de multa y 48 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Adicionalmente, negó la suspensión de la ejecución de la pena y concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural.

El recurso de apelación versó sobre la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia, y que en su lugar se concediera el sustituto.

En esta oportunidad la Corte confirmó la sentencia impugnada.

Para ello, la Corte determinó en primer lugar, que no le era aplicable la modificación del artículo 29 de la ley 1709 de 2014, toda vez que no le resultaba favorable en razón a los cambios que sufrió la norma. Así mismo, se estableció que el delito por el cual se condenó (prevaricato por acción), se encuentra incluido en los enlistados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, por lo que no había opción diferente a la de negar el subrogado.

Posteriormente, se señaló que, con la conducta cometida se desarrolló un acto de corrupción, motivo por el cual, era necesaria la ejecución de

la pena, teniendo en cuenta el fin de prevención especial y resocialización de la misma.

Finalmente, se estableció que no se había acreditado el pago total de la multa impuesta, un motivo más para negar la concesión del subrogado.

**SP006-2023(60186) de 25/01/2023**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. **M.E.M** se desempeñó como Fiscal [...] Delegada ante Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, quien ordenó verbalmente *-de manera manifiestamente contraria a la ley-* la libertad de J.G.O.B, persona que fue capturada el 29 de marzo de 2011 en vía pública *-[...]-* con \$ 10.900.000 y 22 de tarjetas de crédito y débito a nombre de diferentes personas.
2. Pese a que ese hecho permitía establecer que el referido ciudadano había sido capturado en flagrancia, pues tenía en su poder objetos o instrumentos de los cuales se deducía fundadamente que acababa de cometer un delito.
3. El 12 de abril de 2011, la misma funcionaria emitió orden de allanamiento al inmueble ubicado en el municipio de Chía (Cundinamarca) vereda Fonqueta, Finca LT, sin que se reunieran los requisitos legales establecidos por la ley procesal penal para ello y sólo con la pretensión de recubrir con apariencia de legalidad un falso allanamiento que tenía como finalidad apropiarse de una

supuesta caleta, que se decía existía en ese inmueble.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor subjetivo: consideración de la modalidad y gravedad de la conducta / **PENA** - Fines: prevención especial / **PENA** - Fines: resocialización / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - factor subjetivo: demostración / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia

En lo que atañe a la gravedad y modalidad de la conducta, se advierte que el delito de prevaricato por acción ejecutado por la entonces funcionaria de la Fiscalía constituye una conducta que encierra una inusitada gravedad dadas las expectativas sociales ansiadas en quienes hacen parte de ente investigador, y en la transparencia, probidad y honestidad que de aquellos funcionarios se espera.

Corresponde señalar que el inciso 2° del artículo 4° del Código Penal refiere que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, de manera que debe realizarse es un estudio de las condiciones particulares del condenado orientado hacia las funciones de la pena.

Así, como lo ha resaltado la Sala, la prevención especial tiende a evitar que el delincuente reincida en comportamientos desviados durante el término de ejecución de la sanción penal. Ello, por supuesto, debidamente engranado con el propósito de resocialización; ya que, como lo explica Von Listz, frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la

finalidad de prevenir ulteriores delitos (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 33254).

En el presente asunto, no puede pasar desapercibido el hecho que la hoy procesada no solo dejó en libertad a un ciudadano que había sido capturado en flagrancia con objetos o instrumentos de los cuales se deducía fundadamente que acababa de cometer un delito, sino que además emitió una orden de allanamiento ilegal con el propósito de recubrir con apariencia de legalidad un falso allanamiento que tenía como finalidad apropiarse de una supuesta caleta, que se decía existía en ese inmueble.

Este último hecho constituye un acto de corrupción que permite constatar la necesidad de la ejecución de la pena con un propósito resocializador que conlleve a un verdadero arrepentimiento por parte de la hoy procesada a efecto de evitar que en el futuro vuelva a incurrir en conductas delictivas que atenten contra los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia.

Además, es innegable el alto impacto negativo que en el conglomerado social causó el hecho que EM, en ejercicio del cargo como Fiscal 18 Delegada ante Jueces Penales del Circuito de Bogotá, cometiera un delito de la naturaleza conocida, por la repercusión inmediata que tiene en la pérdida de credibilidad en la administración de justicia que ella representa.

Por lo tanto, se exige en el presente asunto la respectiva consecuencia punitiva a efecto de restablecer la afrenta al ordenamiento jurídico y las expectativas sociales, así como de lograr un cambio en el futuro comportamiento de la procesada y con ello evitar su reincidencia en la comisión de conductas delictivas, todo lo cual torna inviable la concesión del subrogado objeto de análisis.

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), orden de archivo de diligencias, se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Tipicidad

subjetiva: no se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: evento en el cual la decisión es manifiestamente contraria a la ley, pero no se demuestra que el funcionario hubiese actuado con conocimiento de que contrariaba el orden legal / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Elementos: elemento normativo

(acto propio de sus funciones), omisión en el deber de la Fiscalía de investigar / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - No se configura: evento en que la omisión no es deliberada

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de apelación presentado por la Fiscalía y el representante de la víctima; contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante la cual, absolvió al procesado del concurso heterogéneo del delito de prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

La Sala confirmó el fallo impugnado.

Para ello, la Corte explicó los elementos del delito de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, y señaló que, para el primero, efectivamente la acción del sujeto contrarió la ley, toda vez que desconoció las normas que señalaban que en el caso concreto debía solicitar la preclusión de la actuación y no el archivo de las diligencias, no obstante, analizado el componente subjetivo del tipo penal, este, no se configuró, por cuanto que dicha decisión no provino de una determinación adoptada con dolo, elemento necesario para la consumación del punible.

Así mismo, se consideró que, para el caso del delito de prevaricato por omisión, su actuar fue omisivo en torno a los deberes de investigación de la Fiscalía, sin embargo, dicha omisión no fue deliberada, situación que permitió establecer que la sola configuración objetiva del tipo, no es suficiente para pregonar la punibilidad.

**SP025-2023(56218) de 08/02/2023**

**Magistrado Ponente:**

**Fernando León Bolaños Palacios**

**Salvamento de voto  
José Francisco Acuña Vizcaya**

**Salvamento parcial de voto  
Myriam Ávila Roldán**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. Considera el persecutor penal de primera instancia que el delito de prevaricato por

omisión se configuró porque el acusado, en su calidad de fiscal [...] local de Palmira (Valle), en indagación adelantada como consecuencia de querrela presentada el 9 de agosto de 2013, por el señor N.V.J. contra su compañera permanente L.G.V., por haberlo herido con arma cortopunzante el 7 de enero de 2012, no atendió las solicitudes probatorias que le hizo el querellante, no libró órdenes a policía judicial para desarrollar su programa metodológico de investigación del 27 de agosto de 2013, nada hizo para restablecer los derechos de la víctima y no adoptó medidas para proteger frente a publicidad que implicó ataque indebido a su vida privada o dignidad, vulnerando con esas omisiones lo dispuesto en los artículos 11 literal d), 22, 133, 134 y 138 numeral 5 de la Ley 906 de 2004.

2. El persecutor también considera que el delito de prevaricato por acción se configuró porque el 25 de abril de 2014 el acusado, en su calidad de fiscal 103 local de Palmira, ordenó el archivo de la indagación que adelantaba como consecuencia de la querrela atrás referida, argumentando como fundamento de esa decisión que había operado caducidad de la querrela, decisión contraria a la ley porque: (i) desde el 5 de julio de 2012, por virtud de lo consagrado en el artículo 2° de la Ley 1542 del 5 de julio de 2012, el delito investigado había dejado de ser querellable, y porque (ii) no aplicó precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia según el cual ante la caducidad de la querrela la Fiscalía debe solicitar audiencia de preclusión.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: A través del archivo de las diligencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Archivo de las diligencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: Procedencia / **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL** - Caducidad de la querrela / **QUERRELLA** - Caducidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la investigación: Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, caducidad de la querrela / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), orden de archivo de

diligencias, se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Tipicidad subjetiva: dolo, se debe demostrar que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de contrariar el orden jurídico a través de la determinación adoptada / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: debe oponerse al mandato jurídico en forma clara y abierta, producto del capricho o la arbitrariedad / **QUERRELLA** - Caducidad: evento de fuerza mayor o caso fortuito / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: conciencia de que la decisión es contraria a derecho / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Tipicidad subjetiva: respecto de decisiones proferidas por funcionarios judiciales, es necesario acreditar, además del dolo, una finalidad inequívocamente delictiva / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Tipicidad subjetiva: no se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: evento en el cual la decisión es manifiestamente contraria a la ley, pero no se demuestra que el funcionario hubiese actuado con conocimiento de que contrariaba el orden legal

[...] con relación a la decisión de ordenar el archivo de la actuación, la Sala estima necesario determinar si el fiscal procesado tenía competencia para pronunciarse sobre la caducidad de la querrela a través del archivo de las diligencias, o si era un asunto que estaba reservado al Juez de Conocimiento, por constituir causal de preclusión.

De conformidad con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, “cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.

[...]

Entonces, el archivo de las diligencias es admisible cuando no se encuentran los presupuestos del tipo objetivo, esto es, que el hecho investigado no reúne los elementos previstos en la norma penal, en tanto no puede ser caracterizado como delito.

[...]

Es claro entonces que la preclusión de la investigación debe ser solicitada por la fiscalía ante el juez de conocimiento, para que este último la resuelva cuando no exista mérito para acusar (artículo 331 de la Ley 906 de 2004) o cuando concurra alguna de las siguientes causales (artículo 332 ibidem):

[...]

El mismo Código de Procedimiento Penal en su artículo 77 establece que una de las causales de extinción de la acción penal es la “caducidad de la querrela”, surgiendo una circunstancia insuperable que impide al Estado ejercer la potestad jurisdiccional de perseguir al presunto delincuente.

El fenómeno de la caducidad de la querrela, es una circunstancia que se enmarca dentro del supuesto de hecho de “imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal” contenido en el numeral 1 del artículo 332 que dispone que ese tipo de asuntos son objeto de debate ante un juez de conocimiento y mediante la preclusión, tal como lo señaló el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Buga al promover la acusación en el presente asunto.

Así mismo, el tema ha sido decantado ampliamente por la Sala en distintas oportunidades, en las que ha referido, en resumen, que la causal 1ª del artículo 332 ibidem se refiere a los eventos donde concurre alguno de los supuestos fácticos de extinción de la acción, pues “son ellos los que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por tanto, ese precepto remite a los artículos 77 de la Ley 906 de 2004 y 82 del Código Penal por tratarse de las normas que establecen los motivos por los cuales, en un evento particular, fenece el ius puniendi”.

Justamente, son circunstancias que imposibilitan iniciar o continuar la acción penal: “la muerte del imputado o acusado, la prescripción, la aplicación del principio de oportunidad, el desistimiento, la amnistía, la oblación, la caducidad de la querrela, el desistimiento, el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley”.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la acción de archivar las diligencias, impartida por

el fiscal procesado, fue contraria a ley, pues desconoció las normas que lo obligaban a solicitar la preclusión y aplicó indebidamente otra que no contemplaba la posibilidad de archivar por el referido fenómeno.

Empero, desde el punto de vista subjetivo, no se puede tildar de prevaricadora la resolución de archivo sin verificar que la manifiesta ilegalidad de esa decisión provenía de una determinación adoptada con dolo, esto es, conocimiento y voluntad.

En el presente asunto, aun cuando la decisión se revela manifiestamente contraria a las normas que regulan el archivo y la preclusión, no encuentra la Sala elementos que den cuenta de que APC archivó el trámite por capricho o arbitrariedad, es decir, que su decisión fuese producto del desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

Contrario a ello, la decisión del procesado tuvo en cuenta supuestos fácticos que en su sentir le permitían el archivo, entre las que se destaca la manera como, en la práctica se venían resolviendo los casos en que operaba la caducidad de la querrela; de allí, resulta imposible para la Sala determinar que su actuar estuvo orientado conscientemente a obrar de manera ilegal, contrariando el ordenamiento jurídico.

[...]

Tampoco se advierte de las pruebas aportadas por la entidad acusadora, la existencia de algún tipo de ánimo o interés que hubiere motivado la decisión con el fin de obviar un control judicial; por el contrario, tal y como el mismo procesado lo refirió en su testimonio, en su sentir y con fundamento en jurisprudencia que no recordó, llegó a la conclusión de que la decisión de archivo era más favorable a los intereses de la víctima (NVJ - denunciante) ya que se trataba de una disposición que no hacía tránsito a cosa juzgada, como sí lo hacía la preclusión; además de permitirle, si era su deseo, acudir a un juez de control de garantías para solicitar el desarchivo.

Tampoco se logró demostrar el desinterés del procesado en la causa del demandante o su preferencia e inclinación en favorecer a la denunciada LGV; pues, la razón para archivar fue objetiva, en concreto, el haber pasado más de

6 meses desde la ocurrencia de los hechos sin que se hubiera interpuesto la querrela, tratándose el asunto de un delito que, para la fecha de ocurrencia de los mismos, tenía la connotación de querrelable.

Aunado a lo anterior, debe también tenerse en cuenta que la norma que regula el ejercicio de la querrela (artículo 73 del Código de Procedimiento Penal), solo establece una excepción a la regla general según la cual el término para presentarla es de 6 meses, so pena de ocurrir la caducidad; la cual opera “cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia (...)” evento en la que dicho “término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses”.

Excepción que, a simple vista, no resultaba aplicable al caso que estaba conociendo el procesado, lo que tampoco impedía que se adoptara tal determinación (archivo) pues los hechos de los que se trataba la denuncia consistían en la lesión que presuntamente LGV infligió a su compañero permanente NVJ con un cuchillo en su pierna izquierda, de donde ninguna evidencia permitía siquiera considerar que la demora en la interposición de la queja pudiese haber tenido lugar por razones de fuerza mayor o caso fortuito, que dieran lugar a que la víctima no conociera el hecho.

La Sala no ignora que el procesado actuaba como Fiscal 103 Local CAVIF de Palmira, desde el 30 de agosto de 2010, lo que significa que para el momento de proferir la orden de archivo llevaba más de 3 años y 7 meses en su labor dentro del ente acusador, participando en investigaciones y procesos por el delito de violencia intrafamiliar.

No obstante, como ya ha sido expuesto por esta Corporación en asuntos semejantes, para que la práctica profesional, los conocimientos, la formación o los estudios puedan ser tenidos como fundamento para acreditar el dolo, le corresponde a la Fiscalía demostrar de qué manera ese conocimiento, dominio o ejercicio de la profesión, fueron omitidos o desconocidos en el caso específico como elemento indiciario para corroborar ese elemento volitivo; de lo contrario, como aquí sucede, su mero planteamiento se convierte tan solo en un enunciado carente de

contenido, de aquellos que suelen emplearse con el ánimo de suplir vacíos probatorios.

[...]

De esa manera, por no contar con pruebas que acrediten el elemento subjetivo, en las condiciones que lo exigen los artículos 7° y 381 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), la Sala confirmará también en este aspecto el fallo impugnado; pues, si bien se demostró que la decisión desconoció la normatividad legal de manera manifiesta, no así, que el funcionario hubiese actuado con conocimiento de que contrariaba el orden legal y quisiera su realización.

**PREVARICATO POR OMISIÓN** - Demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctimas: derechos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deber de protección y garantía de los derechos de las víctimas, frente a su restablecimiento y la reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deber de protección y garantía de los derechos de las víctimas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctimas: deber de su protección / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: deberes / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Elementos: elemento normativo (acto propio de sus funciones), omisión en el deber de la Fiscalía de investigar / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - No se configura: evento en que la omisión no es deliberada

La Sala, con respecto del delito de prevaricato por omisión, debe advertir que mantendrá la decisión de absolver adoptada por el Tribunal, aunque las razones no serán las mismas, porque el fundamento del juez colegiado de segunda instancia estuvo centrado en que no tenía sentido investigar o realizar cualquier otro trámite dentro del proceso penal seguido en contra de LGV, por haber ocurrido el fenómeno de la caducidad de la querrela que impedía la continuación del ejercicio de la acción penal; mientras que en este proveído ya se demostró que debido a la expedición de la Ley 1542 de 2012, el delito de violencia intrafamiliar era investigable de oficio, por lo que lo lógico era la continuación del ejercicio de persecución penal en cabeza de la Fiscalía.

Sin embargo, lo inmediatamente anterior no significa que el procesado haya incurrido en el delito de prevaricato por omisión, pues que

tuviera la obligación de continuar con el ejercicio de la acción penal, no estructura de forma automática los elementos del tipo penal, como se procederá a explicar.

Para dilucidar el marco fáctico sobre el cual estructuró el pliego de cargos la Fiscalía y así vislumbrar con claridad los puntos de estudio, se transcribirá lo plasmado en la acusación [...]

[...] entiende la Sala que el ente acusador imputó al procesado el delito de prevaricato por omisión, porque, al no recaudar elementos materiales probatorios y pretermitir los derechos de las víctimas, omitió lo consagrado en los artículos 11, literal d, 22, 133, 134 y 138, numeral 5, de la Ley 906 de 2004.

Aclarado lo anterior, se advierte que no existen elementos materiales probatorios que den cuenta de que hubiera ocurrido el delito en mención, ni siquiera desde la tipicidad objetiva, como pasará a exponerse:

(a) El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal dispone que “el Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código” y consagra el derecho “a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas”, por lo que en el caso particular se imputa una omisión a esa obligación de la Fiscalía.

De acuerdo con lo probado en juicio, no existe evidencia demostrativa de que en el transcurso de la investigación el Fiscal haya dejado de escuchar a NVJ o le haya impedido o no le haya recibido elementos de prueba que quisiera aportar, porque, al contrario, se observa que, más allá de la renuencia que existiera en recibir la denuncia, según el dicho de la víctima, se repite, el procesado acogió la noticia criminal; posteriormente recibió, sin ninguna traba, la ampliación de la denuncia que contenía algunos elementos de convicción que consideraba pertinentes para el desarrollo del proceso y, finalmente, teniendo en cuenta esas actuaciones, resolvió elaborar el programa metodológico.

Así las cosas, las actividades desplegadas por el acusado de ninguna manera son indicativas de una omisión de sus obligaciones, al contrario, se puede considerar que en los momentos referidos cumplió sus deberes.

(b) El artículo 22 ibidem consagra que, “cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”, lo que implica que se debía demostrar que, en el marco de la investigación adelantada en contra de LGV, procedían las medidas de que trata el artículo y que el procesado tenía la obligación de adoptarlas.

No encuentra la Sala elemento alguno que demuestre que, en la indagación adelantada, producto de la denuncia presentada por NVJ era procedente la adopción de medidas para hacer cesar los efectos del delito de violencia intrafamiliar y que no se haya adoptado por PC la adecuada al caso.

En cambio, está demostrado que el núcleo familiar se había desintegrado, pues NVJ al momento de interponer la denuncia ya no convivía con LGV, y que existía una medida de protección expedida por la Comisaría de Familia de Buga, que, si bien era en favor de la denunciada, obligaba a que estos no se volvieran a agredir porque estaban impedidos de estar en el mismo lugar, sobre lo cual tenía conocimiento el enjuiciado.

Lo expuesto significa que el procesado de ninguna manera omitió los alcances contemplados en la norma citada, porque no era necesario adoptar medidas para cesar los efectos del delito, en tanto preexistían algunas que menguaban dichos efectos.

(c) Los artículos 133 y 134 ibidem disponen que “La Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad” y que “las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección”.

Como se observa, la primera de estas normas consagra la obligación de la Fiscalía de adoptar

las medidas para la atención de las víctimas, su seguridad y la de sus familiares, de manera oficiosa, de verlo necesario; y, la segunda, dispone que esas medidas de protección podrán también ser solicitadas por las víctimas, de ser ellas quienes evidencien algún riesgo en su seguridad, ante un juez de control de garantías, todo lo cual considera el ente acusador como pretermitido.

De acuerdo con lo anterior, no dilucida la Sala que el procesado hubiera omitido cumplir el artículo 133 ibidem, en la medida de que no se evidencian pruebas que den cuenta que existía la necesidad de adoptar alguna medida de protección en favor de la víctima NVJ, porque, como se dijo, él para ese momento ya no convivía con la denunciada LGV y existía una medida expedida por parte de la Comisaría de Familia de Buga que impedía que la expareja estuviera en el mismo lugar, lo cual, por obvias razones, disminuía el riesgo en la seguridad del entonces denunciante. [...]

En torno a lo dispuesto por el artículo 134 ibidem, es claro que no consagra ninguna obligación atribuible a la Fiscalía, por lo que era imposible que el procesado omitiera esa norma, en la medida en que no dispone ninguna obligación hacia este y si la obligación del juez de garantías de resolver la solicitud que pueda presentar una víctima dentro de un proceso, sobre los cual no tenía competencia el procesado.

(d) El numeral 5 del artículo 138 consagra que es deber de “los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones”, “Atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal”.

La Fiscalía sustenta esta omisión en que el procesado no atendió las solicitudes probatorias de la víctima, que tampoco expidió órdenes a policía judicial para desarrollar el programa metodológico y, en general, que no investigó, afirmaciones que son ciertas parcialmente de acuerdo con los hechos demostrados, pero que no demuestran de ninguna manera una actitud prevaricadora del procesado.

Lo anterior, porque la víctima no realizó solicitudes probatorias, sino que procedió a aportar unos documentos (en el oficio de

ampliación de la denuncia) y datos que podían servir para el desarrollo de la investigación, lo cual estaba en consideración del procesado para el momento en que elaborara el programa metodológico o cuando pretendiera imputar.

El hecho de que el procesado hubiera recibido la documentación no significa de ninguna manera que no las haya tenido en cuenta o las hubiera desechado, pues el solo acto de recibirlas implicaba que se encontraban en el plenario de la indagación y que eran elementos con los cuales contaba para realizar cualquier actividad.

Tanto así que días después de recibir esos elementos, que dice el censor no fueron tomados en cuenta, el enjuiciado en su calidad de Fiscal procedió a elaborar el programa metodológico, poniendo de presente los sucesos narrados en la denuncia y la ampliación de aquella, lo que hace sencillo advertir que la acusación no tiene fundamento probatorio y, menos, contribuye a demostrar que ese acto hubiera constituido un prevaricato por omisión, pues no alcanza a estructurar sus elementos objetivos.

Es cierto que el procesado no realizó ninguna orden a policía judicial, a pesar de haber realizado el plan metodológico; no obstante, hay algunos elementos fácticos probados con los cuales se entienden las razones de que el enjuiciado no impulsara la actuación desde la elaboración del plan metodológico (27 de agosto de 2013) y hasta el archivo de las diligencias (25 de abril de 2014).

Lo primero es que entre un acto y otro transcurrieron alrededor de 8 meses, tiempo que no es irrazonable para impulsar un asunto, si se cuenta con la carga de procesos que adelantaba el enjuiciado (aproximadamente 70 asuntos); o porque simplemente, él consideró que con los elementos materiales aportados por la víctima

tenía suficiente para imputar y, por ello, no era necesario desgastar el aparato judicial.

Esta última hipótesis no es irrazonable, si se cuenta con que el procesado para demostrar lo manifestado en la denuncia, sobre una puñalada en su mulso izquierdo, la víctima aportó la historia clínica que así lo decía y sus manifestaciones claras que coincidían con lo plasmado en aquel dictamen médico.

En ese orden, si bien se estructura el elemento objetivo del tipo penal de prevaricato por omisión, porque existe una omisión en el deber de la Fiscalía de investigar, no observa la Sala que esta hubiera sido deliberada. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud no es suficiente para pregonar su punibilidad.

En todo caso, lo expuesto no evidencia de ninguna manera la omisión del artículo 138, numeral 5, porque de acuerdo con lo reglado en ese precepto, lo que se omite es la atención a “las peticiones dirigidas por los intervinientes dentro del proceso penal”, lo que implicaría que el Fiscal procesado hubiera pretermitido una solicitud incoada por alguna de las partes dentro del asunto que acá se discute, lo cual no ocurrió, pues los dos únicos escritos que fueron radicados ante el enjuiciado, sobre los cuales esta Sala tiene conocimiento, no llevan intrínsecas solicitudes que no se hubieran resuelto.

Con todo lo expuesto, es claro que no se estructuró objetivamente el tipo penal de prevaricato por omisión, por ninguno de los hechos jurídicamente relevantes que presentó el ente acusador, que básicamente estaban encaminados a demostrar la omisión en la obligación de proteger los derechos de las víctimas y en el deber de investigar lo ocurrido.

---

**ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Elementos / **DAÑO INFORMÁTICO** - Concepto / **DAÑO**

**INFORMÁTICO** - Bien jurídico tutelado: protección de la información, los datos y la intimidad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: sujeto activo calificado / **PARTICIPACIÓN** - Clases: determinador y cómplice / **ACCESO**

**ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Se configura: caso en el que se accedió sin autorización al sistema informático de Gestión Siglo XXI, con el fin de manipular la asignación de expedientes / **DAÑO INFORMÁTICO** - Se configura: caso en el que se altera sin autorización, los datos informáticos de un proceso en el Sistema De Gestión Siglo XXI /

**ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Cómplice / DAÑO INFORMÁTICO - Cómplice / REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: el servidor público que persiste en desempeñar funciones que no son de su competencia, generalmente es porque tiene un interés ilícito / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: cuando un proceso no es sometido al reparto aleatorio estando obligado a ello, esto obedece a algún motivo habitualmente delictivo / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: cuando un funcionario público es advertido de la ilegalidad de alguna actuación que le incumbe, no la denuncia y la intenta ocultarla, posiblemente quería su realización y tenía alguna participación en su comisión / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través de decisión relativa a la prisión domiciliaria, sin tener la competencia / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: al conceder prisión domiciliaria, por la condición de madre o padre cabeza de familia, sin el cumplimiento y verificación de los requisitos

La Corte Suprema de Justicia resolvió los recursos de apelación interpuestos por el procesado J.H.T.M. y su defensor, contra la sentencia emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual condenó al procesado como cómplice de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático, daño informático agravado y autor del delito de prevaricato por acción.

En esta ocasión, la Sala confirmó la sentencia apelada. Para ello, la Corte señaló los elementos de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático, daño informático y prevaricato por acción, y así mismo, estableció las características de la complicidad.

Al respecto, la Sala consideró de acuerdo a la valoración probatoria, que no existía duda de la realización de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informativo agravados, toda vez que, el sistema informático Siglo XXI fue accedido sin autorización, con el fin de poder manipular la información correspondiente a la asignación de un expediente, y así mismo, alterar los datos informáticos que reposaban del proceso, con la

intención de asignarlo de manera irregular a un despacho en particular.

De otro lado, en lo que respecta al delito de prevaricato por acción, se demostró que, el procesado concedió dolosamente el beneficio de prisión domiciliaria, por la condición de padre o madre cabeza de familia sin verificar y evaluar el cumplimiento de los requisitos legales para conceder el subrogado.

**SP030-2023(58252) de 08/02/2023**

**Magistrado Ponente:**

**Myriam Ávila Roldán**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia SP2637-2015 del 11 de marzo de 2015, casó parcialmente la decisión proferida el 14 de julio de 2014 por el Tribunal Superior del Meta en contra de G.O.E.F. y F.A.B.M. y les impuso la pena principal de 192 meses de prisión como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, dentro del proceso radicado [...], sin concederles algún mecanismo sustitutivo de la prisión intramural.
2. El 30 de marzo de 2015 la Secretaría de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Villavicencio envió el expediente a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de la misma ciudad (reparto) para que vigilaran la pena impuesta a G.O.E.F. y F.A.B.M., quienes se encontraban en libertad. El asunto le correspondió al Juzgado 1° de EPMS de Descongestión de Villavicencio, autoridad que avocó el conocimiento del caso el 3 de junio de 2015 y libró nuevas órdenes de captura contra los sentenciados para cumplir la pena impuesta por la Corte Suprema de Justicia.
3. Luego de la expedición de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el abogado G.C.R. contactó a G.O.E.F. y le manifestó que, a cambio de 250 millones de pesos, él le conseguiría una rebaja de la pena y el beneficio de la prisión domiciliaria. Para lograr el beneficio, el sentenciado debía presentarse

en una cárcel de Bogotá, pues en esa ciudad se adelantarían los trámites para su concesión, además una funcionaria del ICBF de Villavicencio visitaría su domicilio y certificaría falsamente que él era padre cabeza de familia. Esta propuesta fue aceptada por EF, quien pagó el dinero en su totalidad.

4. A partir del 2 de julio de 2015 el sistema de reparto Siglo XXI del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá fue manipulado para asignar irregularmente el expediente al Juzgado 12 de EPMS de esta ciudad.
5. Por instrucciones del abogado G.C., el 31 de julio de 2015 GOEF, luego de reunirse con una persona que afirmó ser el director del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá “COMEB”-La Picota, fue ingresado en ese centro de reclusión con una orden de captura falsa.
6. En el mes de octubre de 2015 una carpeta del proceso [...] adelantado contra G.O.E.F. “apareció” en el despacho del Juzgado 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, motivo por el cual su titular, J.H.T.M., profirió un auto el 20 de octubre de 2015, en el que solicitó al área de sistemas del centro de servicios administrativos que de forma urgente le designara el asunto a su despacho, completara la información en el sistema Siglo XXI y le asignara la carátula al expediente con número interno desde el área de reparto.
7. Cumplido lo anterior, el 22 de octubre de 2015 el Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, J.H.T.M., avocó el conocimiento del asunto. El 11 de noviembre de 2015 el abogado de G.O.E.F. solicitó al juez T.M. que concediera los beneficios de permiso de trabajo y prisión domiciliaria a favor de su prohijado, con fundamento en que él era padre cabeza de familia de dos menores de edad, para lo cual allegó, entre otros documentos, un concepto suscrito por una defensora de familia de Villavicencio.
8. En poco tiempo, sin ordenar la práctica de alguna prueba para verificar si efectivamente el condenado era padre cabeza de familia y con base en los documentos allegados por el abogado del sentenciado, a través de decisión del 4 de diciembre de 2015 el juez J.H.T.M.,

concedió a G.O.E.F. el beneficio de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia y el permiso para trabajar.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

### ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO - Elementos

Acceso abusivo a un sistema informático

[...]

[...] esta Sala ha señalado que este tipo penal presenta las siguientes características: i) el sujeto activo no es calificado; ii) el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica titular del sistema informático; iii) provoca la lesión de varios bienes jurídicos tutelados, entre ellos, la información, los datos y la intimidad; iv) sólo admite la modalidad dolosa; v) contempla dos verbos rectores, acceder o mantener; vi) como ingrediente normativo, exige la intromisión en el sistema informático sin autorización, o, la permanencia dentro del mismo, excediendo las facultades otorgadas en el permiso .

En la primera modalidad de la conducta resulta suficiente la introducción ilegítima sin la voluntad del titular de la cuenta, mientras que en la segunda es necesario establecer los límites de esa autorización que se desbordarían con la permanencia indebida del agente en el sistema.

**DAÑO INFORMÁTICO** - Concepto / **DAÑO INFORMÁTICO** - Bien jurídico tutelado: protección de la información, los datos y la intimidad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Normativa aplicable: convenio de Budapest / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: sujeto activo calificado / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: sujeto pasivo / **DAÑO INFORMÁTICO** - Dolo / **DAÑO INFORMÁTICO** - Puede recaer de manera alterna sobre datos informáticos o sistemas informáticos

Daño informático

El artículo 269D del Código Penal adicionado por el precepto 1 de la Ley 1273 de 2009 describe la conducta típica del daño informático de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 269D. DAÑO INFORMÁTICO.** El que, sin estar facultado para ello, destruya, dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta Corporación estableció que este tipo penal busca asegurar, en términos generales, el bien jurídico de “la protección de la información y de los datos” introducido en el estatuto penal colombiano por la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 siguiendo las directrices sustantivas trazadas por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, el cual es un tratado multilateral suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001 por los Estados miembros del Consejo de Europa y que fue aprobado por el Estado colombiano a través de la Ley 1928 del 24 de julio de 2018, con motivo de la invitación a adherirse que le extendió el propio consejo .

Igualmente, la Sala indicó que el delito de daño informático, también denominado “sabotaje informático”, reunió los ataques a la integridad de los datos definidos por el Convenio de Budapest, con las siguientes particularidades: i) radicó la ilegitimidad del sujeto activo en la carencia de facultad o autorización para realizar las acciones, y ii) agregó el verbo rector de “destruir” y el objeto correspondiente a un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, los cuales tienen carácter alternativo .

Conforme a la ley colombiana, este tipo penal se compone de los siguientes elementos: i) el sujeto activo no es calificado; ii) el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica titular de los datos informáticos, el sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos; iii) provoca la lesión de varios bienes jurídicos tutelados, entre ellos, la información, los datos y la intimidad; iv) sólo admite la modalidad dolosa; v) como ingrediente normativo, exige la carencia de facultad o autorización para realizar las acciones; y vi) los verbos rectores son destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar o suprimir.

**PARTICIPACIÓN** - Clases: determinador y cómplice

El Código Penal contempla las instituciones de autoría y participación en los artículos 29 y 30. Las formas de autoría corresponden a la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría y las formas de participación son la determinación y la complicidad.

**ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Demostración / **DAÑO INFORMÁTICO** - Demostración / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria / **ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Se configura: caso en el que se accedió sin autorización al sistema informático de Gestión Siglo XXI, con el fin de manipular la asignación de expedientes / **DAÑO INFORMÁTICO** - Se configura: caso en el que se altera sin autorización, los datos informáticos de un proceso en el Sistema De Gestión Siglo XXI

[...] para resolver los recursos de apelación, la Corte determinará si las pruebas exhibidas en el juicio oral permiten afirmar, más allá de toda duda razonable, en primer lugar, la existencia de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados y la responsabilidad del acusado en calidad de cómplice, y, en segundo lugar, la materialidad de la conducta punible de prevaricato por acción y el compromiso penal del procesado a título de autor.

Los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados

La materialidad de los delitos

De acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, se encuentra que el 12 de octubre de 2007 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Villavicencio absolvió a GOEF y FABM de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego dentro del proceso identificado con el radicado [...] . El 14 de julio de 2014 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito del Meta revocó la decisión absolutoria y condenó a los acusados por los delitos mencionados.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la providencia SP2637-2015 del 11 de marzo de 2015 casó parcialmente la sentencia proferida el 14 de julio de 2014 por el Tribunal Superior del Meta, en el sentido de

declarar la prescripción del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, y les impuso a los procesados la pena principal de 192 meses de prisión como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

El 30 de marzo de 2015 la Secretaría de los Juzgados Penales del Circuito Especializado de Villavicencio envió el expediente [...] a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de la misma ciudad (reparto) para que vigilaran la pena impuesta a GOEF y FABM, quienes se encontraban en libertad. El asunto le correspondió al Juzgado 1° de EPMS de Descongestión de Villavicencio, autoridad que avocó el conocimiento del caso el 3 de junio de 2015 y libró nuevas órdenes de captura.

En el juicio oral GOEF, quien suscribió un principio de oportunidad con la Fiscalía por los hechos objeto de juzgamiento en este proceso, manifestó que, cuando la Corte Suprema de Justicia ratificó su condena de 16 años de prisión, el abogado GCR lo contactó y le propuso que a cambio de 250 millones de pesos conseguiría una rebaja de su pena y lograría que le fuera otorgado el beneficio de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia.

Esta propuesta fue aceptada por EF, quien pagó la totalidad del dinero exigido. Adicionalmente, el abogado GCR le indicó al condenado que, en primer lugar, el trámite se debía realizar en Bogotá, y en consecuencia debía presentarse en una cárcel de la capital y esperar la decisión favorable de un juez de ejecución de penas de esta ciudad, y, en segundo lugar, que una funcionaria del Instituto del Bienestar Familiar iría a visitar su domicilio para que certificara que él era padre cabeza de familia, a pesar de que no ostentaba dicha condición.

Se encuentra demostrado que desde el 2 de julio de 2015 el sistema Siglo XXI utilizado en el Centro de Servicios Administrativos y en los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá fue manipulado, con el fin de asignar ilegalmente el expediente [...] adelantado en contra de GOEF al Juzgado 12 de EPMS de esta ciudad, puesto que en realidad este expediente nunca ingresó legalmente al centro de servicios y tampoco fue repartido entre los despachos.

La Juez Coordinadora del Centro de Servicios Administrativos de EMPS de Bogotá, RSMM, explicó que el procedimiento que se realizaba al momento de los hechos para hacer el reparto de los procesos, era el siguiente: i) el expediente llegaba a la ventanilla del centro de servicios, en donde un empleado llenaba una hoja de Excel con los datos del asunto, ii) el caso pasaba al área de reparto, allí verificaban la ficha técnica e ingresaban los datos del proceso en el sistema Siglo XXI, el cual le asignaba un número interno, iii) el aplicativo hacía el reparto aleatorio y asignaba el juzgado, iv) una persona de la oficina de reparto llevaba el proceso al despacho correspondiente con una planilla, y v) un funcionario del juzgado (habitualmente es el asistente administrativo) recibía el proceso y firmaba la planilla.

Las manipulaciones al sistema Siglo XXI fueron explicadas en el juicio oral por el técnico investigador II del CTI adscrito al grupo de delitos informáticos, OMCJ, el entonces auxiliar del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, WAPR y la ingeniera de sistemas del mismo centro de servicios, YJCS.

En efecto, el técnico investigador II del CTI OMCJ, quien es ingeniero de sistemas y rindió los informes de investigador de campo del 19 de diciembre de 2017 y de laboratorio del 13 de febrero de 2018, manifestó que en el análisis que realizó en la base de datos Siglo XXI utilizada en el Centro de Servicios Administrativos de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, descubrió que se realizaron una serie de registros y cambios irregulares respecto al expediente [...] adelantado en contra de GOEF.

Entre las anomalías más destacadas encontró: i) anotaciones realizadas desde una máquina ajena al centro de servicios identificada como “auditoría” por el usuario “r” que corresponde a RAO, quien para la época de los hechos ya no trabajaba en la Rama Judicial, ii) la anotación “avocar proceso repartido en el grupo varios con preso el día 27 de junio de 2015” introducida por el usuario “baguilarg” el 11 de agosto de 2015, la cual resultó extraña porque el registro del evento se debió haber hecho el mismo día en que supuestamente fue repartido el expediente, es decir el 27 de junio de 2015, y iii) la nota “dando cumplimiento al auto de fecha del 20 de octubre 2015 se registra la información del proceso

faltante en el sistema y se remite al reparto para lo de su cargo” realizada el 21 de octubre de 2015 . El declarante señaló que, tras analizar estas tres anotaciones y la trazabilidad del expediente, pudo concluir que en realidad el proceso [...] nunca fue sometido al reparto en el Centro de Servicios Administrativos de EPMS de Bogotá.

El ingeniero CJ concluyó, luego del realizado al proceso [...], que el sistema Siglo XXI fue “manipulado” para asignar el conocimiento del asunto al Juzgado 12 de EPMS de Bogotá, pues las anotaciones introducidas en el sistema se hicieron para afirmar que el proceso fue repartido dentro del centro de servicios administrativos, pero en realidad ese reparto no existió.

Igualmente, el entonces auxiliar administrativo del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de EPMS de Bogotá, WAPR, manifestó que por solicitud de la Juez Coordinadora del Centro de Servicios Administrativos de EPMS de Bogotá, RSMM, practicó una auditoría al radicado [...] en el sistema Siglo XXI y elaboró un informe el 23 de octubre de 2015, en donde expuso las múltiples irregularidades descubiertas en el trámite del proceso.

131. Afirmó que encontró las siguientes anomalías: el asunto nunca fue repartido, se introdujeron anotaciones por parte del usuario externo “r”, el proceso no tenía número interno registrado, en el expediente no se había introducido la información referente al asunto y los sujetos involucrados, la condena no estaba en el formato correcto, la “bandera” correspondiente a la persona detenida no estaba registrada, apareció la palabra “reparto” con una fecha extemporánea, cuando lo normal era que se colocaran las palabras “registro reparto”, “actuación al despacho” o “avocando” . Con base en estos hallazgos, la juez coordinadora, RSMM, compulsó copias para que se investigara penalmente y disciplinariamente lo sucedido.

En el mismo sentido, la ingeniera de sistemas del Centro de Servicios Administrativos de EPMS de Bogotá, YJCS, narró que también realizó una auditoría al radicado [...] y encontró alteraciones en los datos del expediente en el sistema, entre estas, las modificaciones realizadas desde una máquina externa a la red del centro de servicios y el ingreso irregular del expediente, por cuanto el reparto se realiza el mismo día que entra el proceso al centro de servicios pero en este caso la

fecha de la anotación es posterior a la del supuesto ingreso del caso, el 27 de junio de 2015 .

Adicionalmente, también se pudo establecer con el testimonio de la técnica investigadora II de la Fiscalía, SPMS que el expediente [...] que había sido avocado por conocimiento por parte del Juzgado 1° de EPMS de Descongestión de Villavicencio el 3 de junio de 2015, nunca salió legalmente de esa ciudad.

Finalmente, en el mes de octubre de 2015 un cuaderno del expediente [...] adelantado contra GOEF “apareció” en el escritorio de la entonces asistente administrativa del despacho del Juzgado 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, DMSH , motivo por el cual su titular, JHTM, profirió un auto el 20 de octubre de 2015, en el que solicitó al área de sistemas del centro de servicios que de forma urgente le designara el asunto a su despacho, completara la información en el sistema Siglo XXI y le asignara la carátula al expediente con número interno desde el área de reparto.

Una vez cumplido lo anterior, el 22 de octubre de 2015 el Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, JHTM, avocó el conocimiento del asunto y mediante decisión del 4 de diciembre de 2015 concedió a GOEF los beneficios de prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia y permiso para trabajar, los cuales le habían sido solicitados por el abogado del sentenciado.

Todo lo anterior, permite afirmar al igual que lo hizo el Tribunal Superior de Bogotá, que, si bien no se identificaron a los autores directos, no cabe duda de la materialización de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados descritos en los artículos 269A, 269D y 269H (numerales 1, 2 y 5) del Código Penal. Conclusión que además no fue controvertida por la defensa.

Así, es claro que el sistema informático Siglo XXI utilizado en el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad fue accedido sin autorización por varios usuarios, con el fin de manipular la información de la asignación del expediente [...], lo cual consumó la conducta punible de acceso abusivo a un sistema informático.

138. Por su parte, se configuró el delito de daño informático, cuando desde el 2 de julio de 2015 se alteraron, sin autorización, los datos informáticos del proceso [...] en el aplicativo Siglo XXI, con el fin de asignarlo irregularmente al Juzgado 12 de EPMS de Bogotá. En particular, estos cambios consistieron en la modificación de la historia del proceso seguido en contra de GOEF en el sistema, a través de las anotaciones por parte del usuario externo “r” relativas a la información de los sujetos, la condena en el formato incorrecto, la palabra “reparto” con una fecha extemporánea y la nota “avocar proceso repartido en el grupo varios con preso el día 27 de junio de 2015” introducida el 11 de agosto de 2015.

**ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMÁTICO** - Cómplice / **DAÑO INFORMÁTICO** - Cómplice / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: el servidor público que persiste en desempeñar funciones que no son de su competencia, generalmente es porque tiene un interés ilícito / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: cuando un proceso no es sometido al reparto aleatorio estando obligado a ello, esto obedece a algún motivo habitualmente delictivo / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración: cuando un funcionario público es advertido de la ilegalidad de alguna actuación que le incumbe, no la denuncia y la intenta ocultarla, posiblemente quería su realización y tenía alguna participación en su comisión / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda

Esta Sala considera acreditada la responsabilidad del procesado JHTM en calidad de cómplice de los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados, por cuanto ayudó a la materialización de las mencionadas conductas punibles al omitir las irregularidades evidenciadas en el trámite del expediente [...] y ordenar que el asunto fuera asignado a su despacho.

[..]

Todo lo anterior, permite afirmar que, el procesado conociendo que la aparición del expediente en su despacho estaba colmada de

irregularidades, las omitió, no las denunció ni solicitó que el asunto fuera sometido a reparto correctamente, y en cambio ordenó que los datos faltantes del proceso fueran completados en el sistema Siglo XXI y que el conocimiento del caso fuera asignado directamente a su juzgado, a pesar de que no había una razón jurídica para ello.

Esta conducta del juez JHTM configuró su participación a título de cómplice en los delitos de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados. Toda vez que, con su actuar doloso prestó una ayuda posterior a la materialización de las conductas mencionadas, pues con ello ocultó y le dio un carácter de legalidad a la manipulación sufrida por el sistema Siglo XXI desde el 2 de julio de 2015, con el fin de que fuera asignado a su despacho el proceso [...] seguido contra GOEF.

En efecto, se demostró que el juez TM no manipuló el sistema Siglo XXI por sí mismo ni tenía el dominio del hecho sobre las conductas punibles que se cometieron, pero si prestó una ayuda posterior a la realización de las mismas por concierto previo o concomitante, pues gracias a su intervención la alteración de la información del expediente fue legalizada para que él pudiera asumir el conocimiento del asunto y posteriormente conceder beneficios al condenado.

Ahora bien, de las pruebas allegadas al plenario se infiere que el procesado JHTM sabía de la existencia del plan para manipular el sistema Siglo XXI y de su necesaria intervención para formalizar el reparto amañado y así asumir el trámite de la actuación. Pues no se puede explicar de otra manera, el inusitado interés y el actuar desplegado por el implicado para que, a toda costa, obviando el hecho de que el expediente no había sido repartido correctamente a su juzgado y que no existían soportes jurídicos para que asumiera la competencia del caso, ordenara a los empleados del centro de servicios que completaran la información faltante en el sistema y asignaran el proceso a su despacho».

[...]

Como se explicó en precedencia, el juez TM conocía que el expediente de EF no había sido repartido correctamente a su despacho y tampoco había sustento probatorio ni jurídico

para que asumiera su conocimiento. Sin embargo, él omitiendo esas irregularidades ordenó, mediante el auto del 20 de octubre de 2015 que le fuera asignado el asunto a su despacho.

La regla de la experiencia indica que, cuando un proceso no es sometido al reparto aleatorio estando obligado a ello, esto obedece a algún motivo habitualmente delictivo para que un funcionario judicial determinado conozca el asunto. En este caso, el expediente [...] seguido contra GOEF no fue repartido correctamente en el centro de servicios judiciales, porque era necesario que el asunto fuera conocido por el juez 12 de EPMS de Bogotá, JHTM, acorde con el plan criminal tramado por el abogado GCR.

Igualmente, si un servidor público se empeña en obtener la asignación de un asunto que legalmente no debía conocer, generalmente, es porque tiene algún interés ilícito en asumir el conocimiento del caso. En el sub judice, el acusado en su condición de juez 12 de EPMS obviando que el expediente [...] no había sido repartido aleatoriamente a su despacho, se empecinó en que el caso llegara a sus manos, con lo cual demostró que tenía un interés ilícito en su conocimiento.

Asimismo, cuando un funcionario público es advertido de la ilegalidad de alguna actuación que le incumbe, y a pesar de ello no la denuncia y con su actuar intenta ocultarla, la regla de la experiencia dicta que posiblemente él quería su realización y tenía alguna participación en su comisión. En el presente caso, el procesado sabía que el expediente de EF había sido repartido irregularmente a su despacho. Sin embargo, no denunció esta situación y en su lugar, mediante la decisión del 20 de octubre de 2015 ordenó que se completara la información faltante en el aplicativo y se cargara el proceso a su juzgado, con lo cual ocultó la manipulación que había sufrido el aplicativo Siglo XXI a través de delitos informáticos, revelando que el implicado quería la realización de estas conductas punibles y contribuyó a su realización.

Por todo lo anterior, se concluye más allá de toda duda razonable, al igual que lo hizo el a quo, que el juez JHTM actuó como cómplice de las conductas punibles de acceso abusivo a un sistema informático y daño informático agravados, pues colaboró dolosamente dentro del

plan criminal urdido por el abogado GCR, para ocultar la manipulación que había sufrido el sistema Siglo XXI, con el fin de asignar ilícitamente a su despacho el radicado [...] seguido contra GOEF.

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: a través de decisión relativa a la prisión domiciliaria, sin tener la competencia / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Configuración: requiere la existencia de arbitrariedad, capricho o ánimo de ejecutar acto de corrupción / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Madre o padre cabeza de familia: requisitos para su concesión / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Madre o padre cabeza de familia: requisitos, debe acreditarse que no hay otros parientes que puedan encargarse del cuidado, atención y protección del menor / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Se configura: al conceder prisión domiciliaria, por la condición de madre o padre cabeza de familia, sin el cumplimiento y verificación de los requisitos

El delito de prevaricato por acción

[...]

En tercer lugar, esta decisión resultó ser manifiestamente contraria a la ley, puesto que el Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá no tenía competencia para decidir el asunto, asumió el conocimiento de la actuación omitiendo las irregularidades del reparto, descartó arbitrariamente la gravedad de la conducta y sin corroborar los fundamentos de la petición del abogado GCR, le concedió plena credibilidad a los documentos aportados con la solicitud, los cuales posteriormente resultaron ser falsos.

Como se explicó suficientemente en precedencia, el Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, JHTM, no estaba habilitado para proferir alguna decisión en el radicado [...] seguido contra German EF, puesto que la competencia estaba legalmente asignada al Juzgado 1° de EPMS de Descongestión de Villavicencio, autoridad que avocó el conocimiento del caso el 3 de junio de 2015. Adicionalmente, el proceso nunca fue repartido correctamente a su despacho por parte del centro de servicios judiciales, situación conocida por el implicado.

Adicionalmente, el procesado al conceder el beneficio de prisión domiciliaria como padre cabeza de familia en la decisión tachada como prevaricadora valoró sesgadamente la gravedad de la conducta cometida por GOEF y esgrimió argumentos que ya habían sido descartados por los jueces de instancia.

La Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es la única persona a cargo del cuidado y la manutención de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia .

Así, desde la sentencia de casación del 22 de junio de 2011 emitida dentro del radicado 35943, en posición reiterada y uniforme, la Sala de Casación Penal ha sostenido que para conceder la prisión domiciliaria para un padre o una madre cabeza de familia, no es suficiente la simple verificación de tal calidad, sino que es necesario evaluar también la naturaleza del delito, para establecer si la ofensa legal es incompatible con cualquiera de las aristas que conforman el interés superior del menor o el condenado representa un peligro para la comunidad en general y para el menor en particular

[...]

Con facilidad se puede establecer que, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para favorecer al condenado, obvió la realidad sobre la gravedad de la conducta, por la cual GOEF fue finalmente condenado. Así, en la sentencia SP2637-2015 del 11 de marzo de 2015 , se relató que en el año 2005 en el municipio de Puerto Gaitán (Meta) miembros del Ejército Nacional en un vehículo conducido por EF en compañía de FABM encontraron trescientos veintinueve mil trescientos dos (329.302) gramos de cocaína y una pistola Browning Morgan, 9mm, con un proveedor y ocho (8) cartuchos para la misma, hechos por los cuales, luego de declarar la prescripción del delito de porte de armas, esta Sala impuso una pena definitiva de 16 años de prisión.

Conforme a lo anterior, era imposible afirmar, como sorprendentemente lo hizo TM para conceder el beneficio solicitado, que la posesión de 329 kilogramos de cocaína y un arma de fuego no fueran conductas de extrema gravedad

sancionadas con penas altas que ponían en peligro la seguridad pública, a la sociedad y a los hijos menores del condenado. Igualmente, esto también descarta que el sentenciado haya sido un simple comerciante de profesión, como lo pretendió hacer ver el juez implicado.

Asimismo, el juez 12 de EPMS argumentó de forma falaz que, EF cometió las conductas por las que fue procesado, a causa de las amenazas de los grupos al margen de la ley que operaban en Puerto Gaitán, a pesar de que el Tribunal Superior del Meta en la sentencia del 14 de julio del 2014 cuando revocó la proferida en primera instancia descartó dicha justificación [...]

[...]

Finalmente, también resultó probado que el juez MT concedió el beneficio de prisión domiciliaria en favor del sentenciado, con fundamento únicamente en los documentos aportados por el abogado GCR, entre los cuales, se encontraba un concepto suscrito por la defensora de familia del centro zonal 2 de Villavicencio, MLR, del cual se demostró posteriormente su falsedad.

El implicado desconociendo sus deberes y los hechos irregulares que rodearon el caso, extrañamente no ordenó prueba alguna para comprobar la situación real de los hijos menores de FE y si efectivamente ellos tenían otros familiares que se hicieran cargo de ellos. Potestades que estaban a su disposición para decidir conforme a derecho.

En efecto, la Juez Quinta de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias que ejerce funciones transitoriamente en Villavicencio, RYCC, y quien recibió el expediente con el beneficio concedido al sentenciado, manifestó que, en casos como este en donde se solicita la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, conforme a su experiencia, no se debe confiar únicamente en los documentos que allegan los defensores, sino que es necesario oficiar a otras entidades para confirmar si realmente existen otros familiares que se hagan cargo de los menores. También, señaló que es recomendable ordenar visitas para verificar la situación de los niños, a pesar de que en el expediente haya registro de alguna. Por último, aseveró que, no es común que en estos casos intervengan defensores de familia, sino que hay

psicólogas que apoyan la labor de los juzgados y a ellas se les encargan esas visitas.

Por otro lado, frente a la pregunta del fiscal a la juez CC de si ella hubiera concedido la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia a EF, la funcionaria judicial respondió tajantemente que no lo haría, en consideración a la calidad del delito y el monto de la pena.

Lo dicho por la funcionaria judicial es indicativo de las potestades que tienen los jueces a su

disposición para no conceder beneficios inmerecidos y la necesidad de valorar la gravedad de la conducta al momento de estudiar las solicitudes de prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia, conforme a la práctica judicial.

Todo lo anterior, permite afirmar que la decisión del 4 de diciembre de 2012 proferida por el juez JHTM es manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

---

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: concepto / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: finalidad / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho no son factores definatorios para su declaratoria / **SERVICIOS PÚBLICOS** - Las autoridades administrativas están en el deber de asegurar su prestación eficiente / **SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** - Intervención del Estado: es una obligación / **SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** - Intervención del Estado: fines / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: configuración, cuando el hecho haya sido causado por negligencia estatal o un evento de caso fortuito o fuerza mayor imputable al hombre o a la naturaleza / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: se configura / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Disponibilidad presupuestal: es requisito de la fase de ejecución del contrato / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Disponibilidad presupuestal: su inobservancia no genera inexistencia o nulidad del convenio / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Disponibilidad presupuestal: su inobservancia genera una irregularidad administrativa, derivada en la responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cargo del contrato / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Disponibilidad presupuestal: su inobservancia no puede ser objeto de reproche penal / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: del control de la contratación de urgencia, esta obligación nace después de la suscripción del contrato / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratación directa: no

requiere de la pluralidad de oferentes / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratación directa: que no se requiera de la pluralidad de oferentes, no indica que no existan otros requisitos que protejan el principio de selección objetiva / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Contratación directa: no requiere de la pluralidad de oferentes, sin perjuicio de que ello pueda realizarse a discreción / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Principio de selección objetiva: no se vulnera / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa la sentencia y absuelve

La Sala resolvió el recurso de casación interpuesto por C.M.D.D. y E.J.M.G. contra la sentencia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que confirmó la condena como interviniente y autor, respectivamente, del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Corte casó la sentencia impugnada y en consecuencia absolvió al procesado, por lo que dispuso su libertad inmediata.

Esto, por cuanto que, los falladores de instancia incurrieron en una aplicación indebida de la ley derivada de una errónea interpretación, al considerar que la declaratoria de urgencia manifiesta únicamente podría darse en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, sin tener en cuenta que, la paralización de la prestación de los servicios públicos por circunstancias de calamidad o cualquier otra, que no de espera de una solución, deben atenderse de manera inmediata, por lo que, al declararse la urgencia manifiesta, y en aras de atender la emergencia, la administración tiene la facultad legal de flexibilizar los procedimientos

contractuales acudiendo a la vía de la contratación directa.

Igualmente, se señaló que, el certificado de disponibilidad presupuestal es un requisito de la fase de ejecución del contrato, por lo que, no genera inexistencia ni nulidad de este, motivo por el cual, su inobservancia no puede ser objeto de reproche penal para el caso.

Por otra parte, se precisó que, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, el registro único de proponentes no es requisito para los casos de contratación directa.

De igual forma, estableció que, no se vulneró el principio de selección objetiva, por cuanto que, la modalidad de contratación directa no exige de la pluralidad de oferentes para contratar, sin que esto desconozca el principio en mención, toda vez que existen otros requisitos que permiten su protección.

Por todo lo anterior, la Sala consideró que no se configuraba el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

**SP038-2023(56014) de 15/02/2023**

**Magistrado Ponente:**

**Myriam Ávila Roldán**

## **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. E.J.M.G., Alcalde Municipal de Tasco (Boyacá), dispuso la declaratoria de urgencia manifiesta, con ocasión del colapso de un tramo de la red de alcantarillado del municipio. Invocó la necesidad de conjurar situaciones excepcionales, relacionadas con hechos de calamidad, constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas.
2. Ocho días después, con fundamento en dicho acto administrativo, el alcalde suscribió contrato de obra pública (N° [...]), por vía directa, con la O.C.D.M.E.T. ([...]), representada legalmente por C.M.D.D. El objeto contractual consistió en la construcción y reparación del alcantarillado de aguas

servidas del municipio, por valor de \$130.449.135.

3. La Contraloría General de Boyacá dispuso tener por no declarada en debida forma la situación de urgencia manifiesta, por cuanto, “en su criterio, no se trató de un evento imprevisible e irresistible”. Para el burgomaestre y el secretario de obras públicas era previsible que la red de alcantarillado podía colapsar, en vista de las fuertes lluvias. Además, la administración tenía la capacidad de evitar esas consecuencias, dado que la Oficina de Planeación había efectuado inspección ocular al tramo afectado, concluyendo que se debían realizar obras con carácter urgente.
4. En ese contexto, para el acusador, el contrato se suscribió con infracción del art. 42 de la Ley 80 de 1993, pues no existiendo fundamento para declarar la urgencia manifiesta, el alcalde debió respetar los mecanismos de convocatoria pública. Mas aquél eludió la licitación.
5. Adicionalmente, se habrían desconocido otros “requisitos de forma” en el trámite contractual, previstos en el art. 25 *idem*, comoquiera que i) no existió la respectiva disponibilidad presupuestal; ii) no se encontraron “las constancias de publicación” en el Diario Oficial ni en la Gaceta Municipal y iii) se incumplió con el deber de remitir inmediatamente a la Contraloría los soportes de la declaratoria de urgencia manifiesta y del contrato suscrito, infringiendo así el art. 43 *idem*.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Derivada de la errónea interpretación / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Se vulnera / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Demostración / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: concepto / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: finalidad / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho no son factores definitorios para su declaratoria / **SERVICIOS PÚBLICOS** - Las autoridades administrativas están en el deber de asegurar su prestación eficiente / **SERVICIOS PÚBLICOS**

**DOMICILIARIOS** - Intervención del Estado: es una obligación / **SERVICIOS PÚBLICOS**

**DOMICILIARIOS** - Intervención del Estado: fines / **SERVIDOR PÚBLICO** - Es responsable por infringir la Constitución y las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Urgencia manifiesta: configuración, cuando el hecho haya sido causado por negligencia estatal o un evento de caso fortuito o fuerza mayor imputable al hombre o a la naturaleza / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Urgencia manifiesta: se configura / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - Se configura / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** -

No se configura / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Verificación de las condiciones de los proponentes: Inscripción en el Registro Único de Proponentes, no se requiere en los casos de contratación directa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Verificación de las condiciones de los proponentes: inscripción en el Registro Único de Proponentes / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** -

Contratación directa: no requiere publicación de convocatoria pública o invitación para contratar

En el presente caso, la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta a la luz del art. 410 del C.P. se soporta, en esencia, en la afirmación cifrada en que, cuando el alcalde MG decretó la urgencia manifiesta, si bien se presentó una situación calamitosa por colapso de un tramo del alcantarillado, aquélla no justificaba la adopción de la medida excepcional, comoquiera que, por una parte, fue producto de ausencia oportuna de reparaciones; por otra, al conocerse por el burgomaestre la condición defectuosa de la red de tratamiento de aguas residuales, el rebosamiento de las aguas no podía catalogarse como un hecho “apremiante, imprevisible ni irresistible”.

De suerte que la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta estriba en la celebración del consabido contrato de obra con elusión de la licitación pública, trámite esencial que, en criterio de los falladores de instancia, era exigible por ausencia de circunstancias justificantes de la urgencia manifiesta, en tanto causal de aplicación de la contratación directa.

Ello, bajo el entendido que los presupuestos normativos a la luz de los cuales había de

evaluarse la procedencia de declarar la urgencia manifiesta eran la “imprevisibilidad e irresistibilidad” de la situación apremiante, cifrada en “el rebosamiento de las aguas lluvias y negras en el Barrio [...]”.

Así planteados los referentes generales y abstractos a la luz de los cuales se llenó el tipo penal en blanco (art. 410 del C.P.), a fin de fijar los requisitos esenciales de tramitación supuestamente inobservados en este caso, de entrada, se advierte la interpretación errónea del art. 42 de la Ley 80 de 1993. Si bien esta disposición es aplicable para evaluar si el alcalde podía o no declarar la urgencia manifiesta y, en consecuencia, utilizar el mecanismo de contratación directa (art. 2º, num. 4º, lit. a de la Ley 1150 de 2007), los juzgadores se apartaron de los criterios normativos de rigor, incluyendo factores extralegales e impertinentes para juzgar el asunto, en evidente quebranto del principio de legalidad penal.

Una simple transcripción de la norma pone en evidencia que la imprevisibilidad y la irresistibilidad, en sí mismos, no son factores definitorios de la urgencia manifiesta, sino criterios ajenos a la figura, según su definición legal:

Art. 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección pública.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Pero no es solo una interpretación gramatical del artículo en cuestión la que pone al desnudo la invocación de criterios extra legem, del todo ilegítimos para analizar la viabilidad o inviabilidad de decretar la urgencia manifiesta en el presente asunto, lo que vicia el juicio de adecuación típica en la premisa mayor o normativa del silogismo jurídico. La teleología de

la institución jurídica muestra, además, la impropiedad de los criterios invocados por a quo y ad quem para negar la justificación de la medida excepcional adoptada por el alcalde MG.

Al respecto, de la jurisprudencia contencioso administrativa y los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado puede extraerse que, además de someterse a la verificación de taxativas causales legales de procedencia, la urgencia manifiesta, en tanto mecanismo que flexibiliza los procedimientos contractuales ordinarios, tiene razón de ser en dotar a la administración de opciones de respuesta inmediata, céleres y expeditas que sean idóneas para atender situaciones de crisis, sumamente graves, cuya solución no admite espera. Así, se torna preponderante la superación de la circunstancia excepcional, evitando una parálisis de servicios públicos de prestación continua.

[...]

Clarificado, entonces, cuáles son las finalidades que persigue la figura de la urgencia manifiesta, así como las eventualidades legales que permiten su decreto, puede concluirse, contrario a lo considerado por los juzgadores, que en el asunto bajo examen sí estaban dados los presupuestos para que el alcalde acusado la hubiera declarado y, por esa vía, se habilitara la contratación directa de la construcción y reparación del alcantarillado del barrio [...], en el municipio de Tasco.

En efecto, contrastados los hechos que se declararon probados con los mencionados criterios normativos, sale a relucir, de inicio, la falta de solidez del análisis aplicado por el juzgado y el tribunal, al confundir los motivos que justificaban declarar la urgencia manifiesta con otras circunstancias que, si bien pueden ser referentes apropiados para cuestionar la eficiencia y eficacia en la prestación óptima de un servicio público, nada tienen que ver con la lógica de respuesta inmediata para conjurar una situación calamitosa que interrumpe la prestación continua del servicio y afecta los derechos de los ciudadanos.

Para los sentenciadores, la causa del rebosamiento de aguas negras fue la ausencia de intervención oportuna de la administración encabezada por EM del defectuoso sistema de

alcantarillado, que finalmente colapsó ante el aumento de las lluvias por el llamado fenómeno de La Niña. Por consiguiente, en criterio de a quo y ad quem, como el alcalde estaba enterado del malogrado estado de la red de alcantarillado y no dispuso su reparación oportuna, se presentó un colapso que era “previsible”, dado que la temporada invernal inició meses antes de la situación catastrófica. Además, en vista de las posibilidades de actuación que tenía a su alcance, las cuales, a su modo de ver, no quiso utilizar, no se configura la “irresistibilidad”.

Mas esa estructura argumentativa es falaz. Primero, por cuanto, como se dijo, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, en sí mismos, no son criterios legales para verificar si había o no lugar al decreto de la urgencia manifiesta, lo que ab initio comporta un análisis desatinado, que conduce a una conclusión irrelevante; segundo, dado que ésta también se soporta en una teleología errada que, reducida al absurdo, conduciría a negar la esencia misma de la urgencia manifiesta.

Así el tribunal lo niegue, lo cierto es que el núcleo del reproche se basó en las consideraciones de la Contraloría General de Boyacá, que en Resolución N° [...] de 2011 tuvo por no declarada la urgencia manifiesta, mediante el Decreto N° 013 de ese año, por supuesta inexistencia de una situación de calamidad o desastre, dada la “ausencia de imprevisibilidad e irresistibilidad”. Estos criterios, extra legem fueron trasplantados por los falladores, sin percatarse de los referentes pertinentes para evaluar la figura, a la luz del art. 42 de la Ley 80 de 1993.

Ciertamente, las autoridades administrativas están en el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 inc. 1° de la Constitución). De igual manera, a la luz del art. 2° de la Ley 142 de 1994, el Estado está obligado a intervenir en los servicios públicos domiciliarios -de los que hace parte el alcantarillado-, de carácter esencial, según los arts. 1° y 4° ídem-, para garantizar, entre otros fines, i) la calidad del bien objeto de servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ii) la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; iii) la prestación continua e ininterrumpida, sin

excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; y iv) la prestación eficiente.

A su vez, el art. 5-1 ídem preceptúa que, entre otras competencias, los municipios han de asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios públicos domiciliarios (entre ellos, el de acueducto).

Si los servidores públicos competentes para cumplir dichas funciones de aseguramiento las eludieran o las ejercieran indebidamente, es inobjetable que, a la luz del art. 6° de la Constitución, son sujetos de responsabilidad. Mas ésta, acorde con el art. 124 ídem ha de concretarse en determinados ámbitos, según señale la ley, por ejemplo, de orden patrimonial por los daños antijurídicos que les sean imputables; reproche disciplinario por la infracción de los deberes funcionales; responsabilidad penal si la conducta está tipificada como delito y afecta bienes jurídicos merecedores de tutela penal o de naturaleza fiscal, si se produjere afectación del erario por inadecuada gestión fiscal.

Entendido ello, es claro que la negligencia, desidia, indiferencia o desatención dolosa de los deberes de prestación y aseguramiento en cabeza de los servidores encargados de prestar servicios públicos puede dar lugar a que les sean imputables daños causados por la mala prestación de aquéllos, así como su deterioro o inutilidad, según sea el caso.

Piénsese ilustrativamente en el colapso de una represa, a cargo de una administración municipal, por falta de mantenimiento, que provoca una inundación masiva de la localidad, afectando la vida, integridad, salud y los bienes de sus habitantes, pese a que sus autoridades estaban previa, debida y suficientemente advertidas sobre la probabilidad e inminencia de su destrucción. En ese escenario, sin duda, pueden abrirse múltiples ámbitos de responsabilidad de los servidores implicados, a quienes podrían imputársele, por apenas mencionar algunos, daños por falla en el servicio, debido a su negligencia y culpa grave. Ahí, sin dudarlos, sí se ofrecerían pertinentes las categorías de previsibilidad o evitabilidad de los daños.

[...]

Mas -siguiendo los ejemplos-, al margen de la causa del colapso de la represa, que a su vez provoca una catástrofe (inundación de la población), suceso que inobjetablemente produce gran destrucción o daño, la entidad de éste es un factor que demanda la adopción de medidas inaplazables para conjurarlos. Ante un hecho calamitoso de tal magnitud, de cara a evaluar la necesidad de medidas extraordinarias y ágiles para superar el desastre y reestablecer los servicios públicos cuya prestación se interrumpe, los cauces ordinarios de los procedimientos contractuales han de perder preponderancia frente al apremio de superar la crisis, al margen de que haya sido causada por negligencia estatal o un evento de caso fortuito o fuerza mayor imputable al hombre o a la naturaleza.

Si se aplicara en esas circunstancias ilustrativas la errada lógica utilizada por los juzgadores, se llegaría al absurdo de decir que, para conjurar la catástrofe (inundación de un municipio), la administración podría acudir a la urgencia manifiesta sólo en los eventos de terremoto o atentado terrorista, no en el colapso por falta de mantenimiento, pese a que los daños son idénticos y la necesidad de restituir los servicios públicos esenciales es la misma. Que en uno u otro evento se pueda o no imputar responsabilidad a las autoridades, es asunto diverso, mas, de cara a la teleología de la urgencia manifiesta, lo pertinente es determinar si se requiere atender una situación de crisis con prontitud y celeridad, en la medida en que su solución no admite espera y reclama, además, restituir la prestación continua de servicios públicos paralizados.

Los falladores de instancia, erróneamente, asumieron que la urgencia manifiesta está dispuesta legalmente únicamente para reaccionar a eventos de caso fortuito o fuerza mayor, pero pasaron por alto que no son sólo tales situaciones las que la justifican, sino, además, la paralización de los servicios públicos, circunstancias de calamidad o cualquier otra circunstancia similar que no dé espera en su solución, de tal manera que resulten inconvenientes los trámites ordinarios de selección del contratista que, en vista de la situación de urgencia, se tornan entorpecedores, impeditivos de la solución del daño o influyentes en la agravación de éste.

Como si se estuviera juzgando al alcalde acusado por los daños antijurídicos derivados del rebosamiento de aguas negras por colapso del tramo de alcantarillado, debido al aumento de las lluvias y a su precario estado, a quo y ad quem pasaron por alto que lo pertinente, a fin de verificar la tipicidad objetiva en referencia al art. 410 del C.P., no era su diligencia o negligencia en haberlo evitado, sino establecer si la superación de la calamidad requería de medidas urgencia.

Reajustado, entonces, el marco de subsunción de la conducta atribuida al alcalde, la Sala concuerda con los censores y los sujetos procesales no recurrentes en que, indiscutiblemente, el señor MG decretó la urgencia manifiesta en respuesta a circunstancias que justificaban esa medida excepcional.

En efecto, filtrando la declaración de hechos probados de consideraciones impertinentes, se extracta que: i) se presentó un problema sanitario por rebosamiento de aguas negras, que inundó tanto vías públicas como viviendas en un barrio del municipio de Tasco; ii) en ese sector había tramos ausentes de alcantarillado (por lo que tuvo que contratarse su construcción) y colapsó la red antigua que venía presentando fallas; iii) en general, el sistema de alcantarillado de la localidad era precario, lo que motivó el decreto de emergencia sanitaria en abril de 2011; y iv) que la problemática de contaminación por rebose de aguas residuales o servidas se dio en el marco de un aumento inusitado del nivel de aguas lluvias por el fenómeno de La Niña.

Ese marco circunstancial, desde luego, justificaba la declaratoria de urgencia manifiesta, comoquiera que, en curso de una situación calamitosa por una ola invernal -hecho con la connotación de notorio - que ya había motivado el decreto de una emergencia sanitaria, i) se interrumpió la prestación del servicio público esencial de alcantarillado en un sector del municipio y ii) se presentó un problema de higiene y salubridad pública, con evidente impacto medioambiental, así como afectación del espacio público y daños en viviendas debido al rebosamiento de aguas residuales. Además, ante la magnitud de los daños, que comprometían la salud pública, la regularidad de las formas contractuales pierde preponderancia frente al apremio y urgencia con los que se debía superar

la crisis sanitaria y reestablecer el normal y continuo funcionamiento del sistema de alcantarillado.

Así, se constata que, contrario a lo concluido por juez y tribunal, la declaratoria de urgencia manifiesta fue justificada. Ello habilitaba al alcalde MG para tramitar el contrato de obra para la construcción y reparación del sistema de alcantarillado del barrio [...] de Tasco por vía directa, sin que le fuera exigible tramitar la selección del contratista mediante licitación o concurso público (art. 2-4 lit. a de la Ley 1150 de 2007).

Por consiguiente, decae una de las bases de la afirmación de la tipicidad objetiva de la conducta por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues el requisito esencial de tramitación consistente en la selección por licitación era inaplicable en el asunto bajo examen [...].

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Disponibilidad presupuestal / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Disponibilidad presupuestal: es requisito de la fase de ejecución del contrato / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Disponibilidad presupuestal: su inobservancia no genera inexistencia o nulidad del convenio / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Disponibilidad presupuestal: su inobservancia genera una irregularidad administrativa, derivada en la responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cargo del contrato / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Disponibilidad presupuestal: su inobservancia no puede ser objeto de reproche penal / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Abarca las fases de tramitación, celebración y liquidación del contrato / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - No se configura: en la fase de ejecución contractual**

Recientemente, por medio de la CSJ SP004-2023, rad. 62.766, la Sala reconstruyó la estructura de abordaje del juicio de adecuación típica por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en referencia a los múltiples ingredientes normativos del tipo, que han de comprenderse en

concordancia con el régimen jurídico de la contratación estatal. Entre otros aspectos, se enfatizó en que las formalidades pertenecientes a la ejecución o cumplimiento del contrato escapan al ámbito de punibilidad previsto en el art. 410 del C.P. y que, dentro de esos requisitos se encuentra la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, que también carece de la condición de formalidad esencial.

Según clarifica la jurisprudencia de esta Corte (CSJ SP12159-2016 y CSJ SP004-2023, rad. 62.766), en consonancia con la del Consejo de Estado, requisitos de la ejecución del contrato - como el certificado de disponibilidad presupuestal- no constituyen condiciones de perfeccionamiento ni de validez. Por ende, su inobservancia no genera inexistencia ni nulidad del convenio, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato.

[...]

Así, pues, siendo el requisito de expedición de disponibilidad presupuestal extraño a las fases de tramitación, celebración o liquidación, únicas susceptibles de reproche penal por vía del art. 410 del C.P., mal podría encontrar adecuación en la conducta típica. Su manifiesta impertinencia deja en el vacío, entonces, otro pilar de afirmación de la tipicidad objetiva por la hipótesis delictiva que fundamentó el juzgamiento de los aquí acusados.

**CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Urgencia manifiesta: del control de la contratación de urgencia, esta obligación nace después de la suscripción del contrato

[...], de la estructura de la decisión condenatoria también ha de removerse el aserto cifrado en que se inobservó el deber de “remitir inmediatamente a la Contraloría el expediente administrativo” que condujo a la declaratoria de urgencia manifiesta. Una simple interpretación gramatical de la norma aplicable muestra que tal formalidad no pertenece a la fase precontractual y, mucho menos, es de los requisitos que condicionan el perfeccionamiento del contrato. Dicha obligación nace después de la suscripción del convenio, no al momento de la declaratoria de urgencia por acto administrativo.

Así se extracta del art. 43 inc. 1° de la Ley 80 de 1993, norma conforme a la cual, “inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad...”.

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Demostración / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Verificación de las condiciones de los proponentes: Inscripción en el Registro Único de Proponentes, no se requiere en los casos de contratación directa / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Verificación de las condiciones de los proponentes: inscripción en el Registro Único de Proponentes / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - No se configura

[...], en cuanto a la cuestionada “ausencia de una documentación legal actualizada”, en punto de la inscripción vigente en el Registro Único de Proponentes, al margen de que se hubiera incurrido por los juzgadores en errores de apreciación probatoria, lo cierto es que, ab initio, tal reproche es igualmente impertinente para ser subsumido en el art. 410 del C.P., como quiera que, al tenor del art. 6° inc. 2° de la Ley 1150 de 2007, no se requerirá de dicho registro ni de calificación, entre otros casos, en la contratación directa.

Al respecto, vale la pena aclarar que los proponentes deberán calificarse (art. 1-1 del Decreto 092 de 1998) y clasificarse (art. 1-3 ídem) en dicho registro de conformidad con los documentos que ellos mismos aporten a las cámaras de comercio, las cuales realizarán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse.

La verificación de las condiciones establecidas en el art. 5-1 de la Ley 1150 de 2007 se demuestra con el respectivo certificado del RUP en el que consten dichas condiciones, así como la calificación del proponente. Además, según el art. 6-1 inc.2° ídem, “el certificado de Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que

hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el art. 5-1 de la presente ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones. En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro”.

Entonces, por concernir el asunto bajo examen a un procedimiento de contratación directa, en el que no es exigible el registro en el RUP, es manifiestamente atípica la conducta de haberlo suministrado sin estar en firme. Y si bien el último enunciado del art. 6° inc. 2° de la Ley 1150 señala que, en esa modalidad contractual corresponde a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes, habiéndose estipulado “la carencia de antecedentes penales de los acusados”, entre ellos CMD, representante legal de [...], es insostenible afirmar ausencia de capacidad jurídica por supuesta inhabilidad del proponente.

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratación directa: no requiere publicación de convocatoria pública o invitación para contratar / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - No se configura**

Pasando al reproche por ausencia de publicación de convocatoria pública o invitación para contratar, sin perjuicio de que -igualmente- los falladores hayan podido errar en la apreciación y valoración de las pruebas, lo cierto es que tal conducta es del todo impertinente para ser subsumida en el art. 410 del C.P., dado que el contrato concernido se tramitó y celebró por la vía directa, motivo por el cual no había lugar a exigir tal formalidad.

Sin precisar las normas concretas que consagrarían ese requisito, los juzgadores de instancia, fijando una premisa para nada respetuosa del principio de legalidad, asumieron que, “de acuerdo con la ley de contratación”, tanto la invitación como su publicación eran necesarias. Empero, ello no es así, pues consultada la normatividad aplicable a la fecha

de los hechos materia de investigación, lo que se advierte es que la contratación directa, por su naturaleza, está exenta de tal requisito de trámite.

En efecto, tanto el art. 4° del Decreto 066 de 2008 como el art. 4° del Decreto 2478 del mismo año preceptuaban que las convocatorias públicas aplican para los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos. Para esas modalidades es que dichas normas reglamentaban el contenido de los avisos de convocatoria y sus condiciones de publicidad.

En ese sentido, el parágrafo 1° del art. 6° del Decreto 066 de 2008 y el parágrafo 1° del art. 6° del Decreto 2474 de 2008, ratificando sistemáticamente el contenido de la antedicha previsión, preceptuaban que, cuando se seleccione al contratista bajo alguna de las causales de contratación directa, no es obligatorio el uso o publicación de pliego de condiciones. Por ende, es irrelevante determinar, de cara a la tipicidad objetiva en referencia al art. 410 del C.P., si la invitación pública a presentar propuesta se publicó o no, pues, por ministerio de la ley, no era obligatoria la publicación de aviso de convocatoria pública alguno.

**CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Demostración / INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY - Técnica en casación / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principio de selección objetiva / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratación directa: no requiere de la pluralidad de oferentes / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratación directa: que no se requiera de la pluralidad de oferentes, no indica que no existan otros requisitos que protejan el principio de selección objetiva / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contratación directa: no requiere de la pluralidad de oferentes, sin perjuicio de que ello pueda realizarse a discreción / CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Principio de selección objetiva: no se vulnera / CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - No se configura / INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY - Se configura**

[...], en cuanto a la ausencia de obtención de pluralidad de ofertas, los juzgadores, sin perjuicio de que también hubieran podido errar

en la apreciación y valoración de las pruebas sobre ese punto, al negar la existencia de una propuesta presentada por otro oferente, al equivocarse en torno a la viabilidad de la contratación directa de la obra, incurrieron consecuentemente en infracción directa de la ley por interpretación errónea.

En efecto, se afirmó la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales bajo el entendido que el alcalde acusado, en concreción del principio de selección objetiva, tenía que haber obtenido varias propuestas antes de celebrarlo. Mas tal requisito, como lo clarifica la jurisprudencia del Consejo de Estado, es inaplicable en la contratación directa por urgencia manifiesta, que por antonomasia está desprovista de una escogencia en la que concursen varios oferentes, sin perjuicio, claro está, de seleccionar objetivamente al contratista.

[...]

Tal característica de la contratación directa (no necesidad de obtener pluralidad de ofertas), importa precisar de cara al ámbito de aplicación del art. 410 del C.P., de ninguna manera implica que esa modalidad contractual pueda adelantarse al margen de los principios de la contratación estatal. Lo que pasa es que ellos encuentran concreción en otras formalidades que, pese a la flexibilización de los trámites, siguen siendo esenciales.

[...]

En sintonía con esa comprensión de los principios de la contratación estatal, que en materia penal no pueden ser una cláusula abierta e indeterminada para reprochar, ex post, el quebranto de supuestos requisitos esenciales del trámite, celebración o liquidación que la ley no consagra (CSJ SP004-2023, rad. 62.766), esta Sala, de cara al ámbito de aplicación del art. 410

del C.P., igualmente se ha pronunciado sobre la posibilidad de prescindir de la pluralidad de ofertas en la contratación directa, sin que ello habilite la supresión de otros requisitos que desarrollan los principios de la contratación estatal. [...].

[...]

Hoy, en vista de las particularidades del caso bajo análisis, tales criterios han de ratificarse, enfatizando en que en la contratación directa no es imprescindible la obtención de múltiples ofertas, sin perjuicio de que ello pueda realizarse a discreción, como una medida de maximización del principio de selección objetiva, no como un presupuesto del trámite. [...].

**APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Derivada de la errónea interpretación / **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Se configura / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - No se configura: atipicidad de la conducta / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa la sentencia y absuelve

[...], habiendo decaído todos los fundamentos del juicio positivo de adecuación típica por contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en su aspecto objetivo, producto de errores de juicio normativo en la hermenéutica aplicable al ingrediente normativo “requisito esencial de trámite o celebración”, en punto de la contratación directa motivada por urgencia manifiesta, se constata la aplicación indebida de los arts. 410 y 9° del C.P., por lo que habrá de casarse la sentencia, para absolver, sin que sea necesario examinar la denunciada violación indirecta de la ley sustancial.

---

**DERECHO CIVIL** - Posesión: clases, posesión irregular / **DERECHO CIVIL** - Prescripción adquisitiva de dominio: posesión irregular / **DERECHO CIVIL** - Simulación contractual: quien celebra un negocio simulado, asume los riesgos que del mismo se deriven / **ACCIÓN PENAL** - Es independiente a la acción ante otras jurisdicciones: jurisdicción civil / **FRAUDE PROCESAL** - No se configura

La Corte Suprema de Justicia, resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de J.I.N.R. y O.M.P.D.N., contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, y como

consecuencia, condenó a los acusados como coautores del delito de fraude procesal.

La Sala, casó la sentencia condenatoria impugnada, y en su lugar confirmó la decisión de primera instancia, mediante la cual se absolvió a los procesados.

Lo anterior, por cuanto una vez se precisaron los elementos del delito de fraude procesal, se señaló que, la solicitud hecha al Juez Civil, del reconocimiento de la propiedad en su favor, en virtud de la posesión irregular que se veía ejerciendo, no llegó a constituir irregularidad alguna, abuso o engaño que lleve a configurar el ilícito acusado.

De otro lado, la Sala consideró que, las consecuencias de un contrato simulado, las asume las partes que celebran el negocio.

#### **SP050-2023(54437) de 22/02/2023**

#### **Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. Del transcurso procesal se desprende que, P.R.B. transfirió a través de compraventa simulada mediante escritura pública N° 1576 del 10 de septiembre de 2007, en la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso a **J.I.N.R.** y **O.M.P.D.N.** derechos y acciones sobre siete bienes inmuebles que poseía en el municipio de Tasco- Boyacá.
2. El anterior negocio jurídico se realizó con el objeto de insolventarse y no indemnizar a G.E.C.V., al haber sido P.R.B. declarado responsable por el punible de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, por el cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz del Rio condenó el 7 de diciembre de 2007 a la pena de 56 meses y 29 días de prisión. Determinación que confirmó la Sala Única del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo el 12 de marzo de 2009, que modificó la sanción, dejándola en 42 meses y 5 días. La víctima es hija de M.V.V.- esposa de P.R.B.-

3. El 4 de marzo de 2011 P.R.B. falleció, procediendo **N.R. y O.M.P.D.N.** mediante escritura pública N° {...} del 12 de junio de 2013 a título de compraventa, devolvieron los predios a los herederos, excepto el ubicado en la (...) del municipio de Tasco, frente al cual adelantaron un proceso declarativo de pertenencia por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio por suma de posesiones ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tasco, que mediante sentencia del 11 de abril de 2014 accedió a sus pretensiones otorgándoles el referido bien.
4. A pesar de su inactividad en el proceso civil descrito, M.V.V. tres meses después de la emisión del fallo que adjudicó el bien por pertenencia en favor de los ahora procesados, decidió interponer denuncia en su contra por el delito de fraude procesal, alegando la ilegalidad en la adjudicación del mencionado bien inmueble.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FRAUDE PROCESAL** - Demostración / **DERECHO CIVIL** - Posesión: clases, posesión irregular / **DERECHO CIVIL** - Prescripción adquisitiva de dominio: posesión irregular / **FRAUDE PROCESAL** - No se configura

[...] Del anterior recuento procesal, se decantan las siguientes conclusiones, a fin de poder determinar si hubo engaño, con conocimiento y voluntad de los aquí procesados que configure el tipo penal de fraude procesal:

- i) El proceso declarativo por prescripción adquisitiva de dominio se realizó adecuadamente, respetándose las convenciones procesales.
- ii) La demanda se presentó en debida forma y se hizo traslado a personas indeterminadas. De ahí se acreditó como parte M.V.V, quien a través de representante judicial exhibió un documento de excepciones, oponiéndose a algunos hechos de la demanda.
- iii) Dentro del trámite probatorio, a pesar de haberse acreditado procesalmente, M.V.V. y su apoderada no asistieron, y en consecuencia no presentaron los testigos que confirmaban sus excepciones de fondo.

iv) Allí se evidenció que N.R Y O.M.P.D.N vivían en el predio objeto de disputa y lo poseyeron - inclusive- antes de la referida compraventa simulada, pero que luego de ello siguieron poseyendo el predio, y en razón de ello no transfirieron luego el dominio del mismo a los anteriores propietarios.

v) Respecto a dichas manifestaciones el Juzgado Promiscuo Municipal de Tasco, las analizó y frente a la carencia probatoria las declaró infundadas. Se pronunció especialmente sobre el negocio de simulación, concluyendo que no había prueba de ello, toda vez que no se acreditó el no pago por el bien inmueble objeto de la disputa civil.

vi) Sobre dicha determinación no se presentó ningún recurso judicial, quedando está en firme.

Del compendio procesal expuesto, esta Sala no observa los elementos constitutivos del fraude procesal, expuestos por el Ad quem y descritos por la Delegada del Ministerio Público y la representación de víctimas, esto es que hubo un ardid al funcionario judicial, a fin de lograr una sentencia contraria a derecho.

En ningún momento de la actuación se ocultaron hechos, tanto es que la excepción planteada por M.V.V como por su defensa, fue conocida y contestada en el fallo declarativo. Además, se respondió por qué ésta se declaraba infundada, puesto que no tenía soporte probatorio.

Los testigos, el perito y el curador asignado al caso, dieron cuenta de los hechos y confirmaron los descritos en la demanda, siendo contestes en la titulación del predio, área y límites del mismo, forma de adquirirlo, demostración de la propiedad y uso pacífico de la misma, por lo cual, cumpliéndose los requisitos del Código Civil-Arts. 2518, 2527, 2531 2532, 2530- se declaró la propiedad en favor de N.R Y O.M.P.D.N.

De lo anterior, tampoco se devela la tipicidad en el actuar de los procesados para cometer el delito de fraude procesal, toda vez que acudieron a la jurisdicción civil a fin de hacer valer sus pretensiones, en el cual no hubo ocultamiento de información.

Pero adicionalmente esta Corporación observa dentro del contexto de los hechos estudiados que

los procesados hicieron uso de una figura del derecho civil denominada posesión irregular, que luego colocaron de presente al juez de instancia, a fin de que reconociera sus derechos como poseedores y en consecuencia les adjudicara la propiedad por la prescripción adquisitiva de dominio.

[...]

De lo precedente es posible afirmar que N.R Y O.M.P.D.N -con los hechos y actuación procesal anteriormente referida-: i) hicieron uso de la posesión irregular, por cuanto poseían el bien ubicado en la (...) del municipio de Tasco-Boyacá; ii) que dicha posesión fue durante un período de más de 7 años, la cual se venía presentando inclusive antes de la compraventa; iii) frente al referido negocio simulado lo que hicieron los procesados fue solicitarle al Juez que declarare -por el paso del tiempo- se había consagrado su derecho a la propiedad en favor de ellos y ; iv) que llevaron su petición ante el Juez civil a fin de que a través de sentencia judicial consagrara sus aspiraciones sobre el referido bien, adjudicándosele en razón del cumplimiento de los requisitos legales. Luego en ello no se advierte irregularidad, abuso o engaño frente al trámite civil.

**FRAUDE PROCESAL** - Demostración / **DERECHO CIVIL** - Simulación contractual: quien celebra un negocio simulado, asume los riesgos que del mismo se deriven / **ACCIÓN PENAL** - Es independiente a la acción ante otras jurisdicciones: jurisdicción civil / **FRAUDE PROCESAL** - No se configura

Luego de la deficiente participación en el proceso civil declarativo, tres meses después -16 de junio de 2015- M.V.V. emprendió denuncia penal por medio de la cual dio inicio al presente proceso.

Pese a ello, se vislumbra en el transcurrir procesal que en la audiencia de formulación de imputación, ni en el escrito de acusación -Ver supra Parr. 51- no resultan detallados por el ente acusador los instrumentos engañosos utilizados por N.R Y O.M.P.D.N a fin de inducir en error al juez civil, mucho menos se demuestra su aptitud necesaria para provocar tal convicción, contrario a lo dicho por la Procuradora Delegada en esta actuación.

De hecho, para alegar la pretensión delictiva -de manera desatinada- únicamente mencionan:

“J.I.N.R y O.M.P.D.N, actuaron dolosamente por que conocían que P.R.B, les otorgó de manera simulada la escritura No {...} del 10 de septiembre de 2007, ante la Notaría Primera de Sogamoso, a pesar de ello adelantaron el proceso declarativo de pertenencia por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio 157904089001-2013-00040-00, haciendo incurrir al señor Juez, lesionando de esta forma el bien jurídico tutelado de la Eficaz y Recta Impartición de Justicia, sin justa causa”.

De lo anterior, le asiste razón a la censora en su cargo principal, al manifestar que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo incurrió en yerros dentro de su análisis, por cuanto omitió elementos importantes del proceso declarativo ya referido, manifestando que los procesados indujeron en error al funcionario judicial, al restringirle hechos relevantes o suministrándole unos falsos, cuando se denota, ello no fue así tomándose una determinación jurídica en el marco de la legalidad, tal como lo indicó el fallo de primera instancia.

Adicionalmente, ignoró que el referido expediente civil hizo parte de las estipulaciones probatorias, como se anotó pretéritamente, pasando por alto que todo su contenido se admitía como probado y no se realizó el análisis respectivo en dicha instancia. Igualmente, no se profundizó en las pruebas aportadas al mismo y tal como se demostró -apoyando esta postura por el representante delegado de la Fiscalía General de la Nación-, dicho proceso se surtió según las normas civiles y allí concluyó.

Al no resultar diáfano el trámite probatorio del fraude procesal, la segunda instancia decidió encaminar su análisis en las circunstancias de

tiempo, modo y lugar que probó el trámite notarial de la venta simulada de los predios, y además, como se expuso en la providencia de primera instancia, los procesados ejercieron su derecho a que se les declarara como dueños del señalado inmueble por cuanto venían poseyendo el bien de manera irregular, siendo los jueces de dicha jurisdicción los competentes de demostrarla y declararla.

Al hacerlo, yerra el Tribunal, pues en su análisis debieron estudiarse los medios idóneos emprendidos por los procesados a fin de presuntamente infringir la norma penal.

Lo que emana del anterior examen, es que M.V.V -frente a su derrota en la jurisdicción civil- prorrogó sus pretensiones sobre el bien objeto de disputa, pasándolo al plano penal, tratando de adecuar dicha conducta al tipo de fraude procesal. Pero como se anota en la demanda de casación -avalado por el ente acusador- y desarrollado por el fallo de primera instancia, ello refulge en atípico, ya que no se configuran los elementos objetivos y subjetivos del referido punible.

[...]

Bajo esa premisa, no puede perderse de vista que en el caso bajo estudio se está frente a la concreción de un riesgo que en vida asumió P.P.R., y M.V.V, quien con el fin de evadir la responsabilidad que acarrea tras el proceso penal que en su contra se adelantaba, decidió simular una compraventa, y frente al bien inmueble objeto de controversia se surtió el respectivo proceso civil, teniendo la oportunidad la aquí denunciante de participar en él, pero no lo hizo, presentando la respectiva denuncia penal como retaliación de lo ocurrido en el proceso declarativo.

---

**PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido amplio / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido estricto / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Alcance / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido estricto, relación con los principios constitucionales / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No

exigibilidad de otra conducta, fundamentos fáctico y normativo / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta: carácter excepcional / **ABANDONO DEL SERVICIO** - Demostración / **CULPABILIDAD** - Demostración / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta: demostración / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta: se configura, afectación emocional no

tratada / **ABANDONO DEL SERVICIO** - No se configura

La Corte Suprema de Justicia, resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de G.A.C.C. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar y Policial, que confirmó la condena contra el acusado por el delito de abandono del servicio.

La Sala, casó la sentencia condenatoria impugnada, y en su lugar, absolvió al procesado del delito acusado.

Para el efecto, la Corte realizó un análisis profundo del principio de culpabilidad y de las causales de inculpabilidad, con el fin de señalar que, para el presente caso, se presentó un falso raciocinio, toda vez que no se configuró el delito de abandono del servicio, por haberse presentado una causal de inculpabilidad, en razón de un grave estado motivacional no tratado y a quien no le era posible responsabilizarlo del punible.

**SP055-2023(62542) de 22/02/2023**

**Magistrado Ponente:**

**Myriam Ávila Roldán**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 19 de abril de 2013, el Sargento Viceprimero del Ejército Nacional **G.A.C.C.** fue atendido por psiquiatría en el Hospital Militar, luego de un intento de suicidio.
2. Al día siguiente fue dado de alto y debía regresar al Batallón de Artillería 1 “TARQUI”, con sede en Sogamoso (Boyacá).
3. Sin embargo, sin contar con incapacidad médica ni concepto profesional que lo declarara no apto para el servicio, se ausentó definitivamente del cumplimiento de sus obligaciones.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido amplio / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido estricto / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Alcance

/ **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido estricto, relación con los principios constitucionales / **CULPABILIDAD** - Dosificación punitiva

El principio de culpabilidad tiene un sentido amplio y un sentido estricto, pero en ambos casos constituye una garantía constitucional. En sentido amplio, implica que el individuo solo puede ser responsable por sus propios actos (personalidad de las penas). Así mismo, que únicamente puede responder por lo que hace o dejar de hacer, por sus conductas, no por lo que es, su personalidad o sus ideas (derecho penal de acto, no de autor). Además, comporta que la responsabilidad solo surge si se ha actuado con dolo o culpa, más allá de que el resultado le sea causalmente imputable (proscripción de la responsabilidad objetiva).

En esta acepción, la culpabilidad se halla intrínsecamente vinculada a la dignidad humana (Art. 1° de la Constitución). Dado el carácter utilitario de las penas, atenta contra ese derecho fundamental castigar a alguien por lo que no ha hecho de forma personal o lo que simplemente piensa o siente. Así mismo, en el plano contractualista liberal, la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena al comportarse conforme lo exija el sistema jurídico. Desde otro punto de vista, el Estado constitucional y democrático de derecho es incompatible con tipologías de autor propias de regímenes totalitarios y contrarias al mandato de determinación y certeza del derecho penal.

El principio de culpabilidad, sin embargo, tiene una acepción estricta, propia de la teoría del delito, que interesa específicamente para los fines del presente caso. Conforme a este sentido, la culpabilidad supone que el injusto típico sea susceptible de ser imputado a una persona, que pueda atribuírsele como producto de su motivación racional (principio de imputación personal). Dicho de otro modo, es necesario que la conducta punible sea obra del individuo, de su actuar como ser suficientemente responsable.

En este sentido, la culpabilidad se halla estrechamente ligada a tres principios constitucionales. En primer lugar, de la dignidad humana se deriva la concepción de la persona como ser racional, autónomo y responsable, titular de derechos y deberes dentro de un Estado

constitucional. Por lo tanto, dado que la pena solo se impone a quien ha tenido capacidad de ser responsable de una conducta punible, a la persona que ha estado en condiciones de ajustarse al derecho, la culpabilidad es una consecuencia normativa, en el campo del derecho penal, del principio de dignidad humana.

En segundo lugar, uno de los fines esenciales del Estado consiste en asegurar la vigencia de un orden justo (Art. 2 de la Constitución). En sincronía, la culpabilidad es un presupuesto sustantivo de una pena justa. Constituye una condición para sancionar a alguien en la misma medida en que haya sido responsable del delito y por el hecho de serlo. Es un dispositivo que permite controlar la reacción penal para que sea irrogada contra quien, pudiendo evitarlo, violó un bien jurídico amparado. En consecuencia, garantiza a nivel concreto un uso del derecho penal ajustado a la responsabilidad del sujeto y, por lo tanto, la imposición de penas individualmente justas.

Y en tercer lugar, en tanto presupuesto de la imposición de la pena, la culpabilidad se halla vinculada al principio de igualdad real. Constituiría una transgresión de este derecho imponer una sanción tan drástica como la privación de la libertad a quien no ha tenido las mismas condiciones de motivabilidad hacia la norma que a quien sí ha contado con esa posibilidad. Si el llamado de la ley penal no pudiera motivar al sujeto con la eficacia normalmente prevista para la generalidad, no sería lícito castigarle como si no se encontrara en esa condición diferenciada.

**PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto: sentido estricto, alcance / **CULPABILIDAD** - Dosificación punitiva

En este sentido estricto, la culpabilidad constituye el tercer elemento necesario para la imposición de una pena, luego de la tipicidad y la antijuridicidad. La tipicidad y la antijuridicidad configuran el denominado injusto típico y han sido tradicionalmente identificadas como la faceta valorativa, descriptiva y, en suma, objetiva, del delito. La culpabilidad, en cambio, relaciona el injusto con su responsable. No es un presupuesto destinado a constatar la realización del delito, sino orientado al análisis de imputación del injusto a la persona.

Contemporáneamente, la concepción mayoritaria en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia sobre la culpabilidad es la propugnada por la teoría normativa. Conforme a esta, culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Sala, se responsabiliza al sujeto porque, “teniendo a mano la alternativa de los jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”, “estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley”. Se plantea, por lo tanto, que el agente estaba en capacidad de conformar su obrar al derecho y la realización del delito fue producto de una decisión libre. Se ha discutido, sin embargo, este presupuesto de la teoría: el libre albedrío.

El juez, se afirma, no está en capacidad de arribar a una conclusión relativa a la comprobación sobre la libertad con la que actuó el sujeto a quien se pretende atribuir el delito. Las propuestas para lidiar con esta objeción han sido múltiples y variadas. Se ha considerado buscar el fundamento de la imputación, no en el análisis de reprochabilidad, sino en la necesidad de la pena. Así mismo, se ha pretendido concebir la culpabilidad desde el fin del castigo, vinculado al mantenimiento de la fidelidad al derecho. La culpabilidad sería sinónimo de infidelidad al derecho y la infidelidad al derecho habría quedado manifiesta cuando el sujeto actuó antijurídicamente.

De la misma manera, se ha planteado la perspectiva, según la cual, la “culpabilidad” supondría no exatadamente el libre albedrío sino la accesibilidad o apelabilidad normativa. El sujeto sería responsable por haber sido accesible, apelable, abordable por la norma y tendría la capacidad de conformarse a ella. Otros autores, de manera parecida, proponen considerar que la culpabilidad implica que el sujeto se halle en condiciones de motivabilidad.

Por último, una aproximación doctrinal, sin negar el concepto de libre albedrío, plantea desplazar el foco del análisis. Al debate en mención subyacería la idea de que el delito lleva envuelto un grado de desviación o maldad, pues se asevera que, en lugar de evitarlo, el sujeto resolvió cometerlo. Algo estaría mal en el individuo mismo. De esta manera, se ignora que la definición sobre lo que es delito y aquello que

no lo es deriva de una decisión oficial, de una política criminal determinada.

Esta perspectiva sostiene, entonces, que la atribución de una conducta punible debe partir por considerar que el sujeto no solamente tiene una configuración psíquica y fisiológica y es libre para actuar. La conciencia del individuo y sus actuaciones se inscriben en un marco social específico y son el producto de procesos institucionales de asignación. En este sentido, también la sociedad juega un papel relevante en el análisis de imputación de una conducta.

La persona responde por su comportamiento, por lo que hace, pero a partir de su interrelación, como sujeto éticamente autónomo, con un contexto social específico. Elige consciente y voluntariamente lo ilícito y desestima lo ajustado a derecho, sobre la base de dichos procesos de interacción. El problema de la culpabilidad, por lo tanto, es de exigibilidad, pero no de la persona para dar una respuesta determinada, sino del Estado para reclamarla del individuo. Si el sistema no tiene comunicación con la persona o esta es defectuosa, no puede exigir de ella una determinada respuesta. En cambio, si no se han producido problemas generales en los procesos sociales de comunicación, el sujeto se hace penalmente responsable de sus actos.

Lo anterior conduce, en el terreno práctico, a que la culpabilidad no puede evaluarse conforme a la idea del hombre promedio o el destinatario abstracto de la ley penal. Cada sujeto vive una realidad social concreta, cumple un determinado papel y es en ese contexto que se da su comportamiento. Por ende, se debe descender al individuo concreto, al análisis de las circunstancias específicas bajo las cuales obró y al momento específico en el que lo hizo.

**CAUSAL DE INculpABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta / **CAUSAL DE INculpABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta, fundamentos fáctico y normativo / **CAUSAL DE INculpABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta: carácter excepcional / **PRINCIPIO DE CulpABILIDAD** - Alcance

Mayoritariamente, la doctrina y la jurisprudencia reconocen como situaciones de inculpabilidad (i) el obrar en condiciones de inimputabilidad, (ii) actuar bajo el denominado error de prohibición y (iii) la no exigibilidad de otra conducta. Por lo que

aquí interesa, se hará mención, únicamente, a los rasgos y las características de la tercera forma de inculpabilidad.

En el análisis de inexigibilidad de otra conducta se evalúa fundamentalmente hasta qué punto se podía requerir al agente un comportamiento diferente al que asumió, frente a un determinado estado motivacional. En concordancia con lo señalado en el apartado anterior, el criterio de referencia no es el del hombre promedio o el del ciudadano ideal, sino que el examen ha de llevarse, de forma concreta, a la persona que ha desplegado el comportamiento. Se ha de analizar si la exigencia de conducta, ex ante, le era posible en la específica situación verificada. Solo así se puede concluir que el Estado se hallaba en condiciones de exigirle el no desconocimiento del bien jurídico.

La Sala ha sostenido que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque en las circunstancias en las que fue ejecutada la conducta no le era exigible actitud distinta. En el marco de las causales que se ubican bajo esta modalidad de inculpabilidad, ha precisado, no le era demandable al agente otra conducta, “no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado”.

En general, puede afirmarse que el sujeto no obra con culpabilidad en todos aquellos casos en los que la norma jurídico penal no estaba en capacidad de motivarlo o solo podía hacerlo con enormes dificultades. El individuo es impulsado por una fuerza externa que disminuyó de forma relevante o truncó su capacidad de decisión. No es que, en general, el Estado no pueda exigirle a esa persona que se adecúe al derecho, sino que, en las circunstancias extremas en las cuales se encontró, era sumamente difícil requerirle el comportamiento ajustado a derecho y, por ello, no le era adecuado ni posible exigirlo bajo amenaza de pena. Su capacidad de decisión se encontraba sustancialmente coartada debido a las circunstancias.

De otro lado, normativamente la situación anormal que produce la gran dificultad de exigibilidad, jurídicamente, se valora, sino positivamente, de modo no totalmente negativo y se considera humanamente entendible. Por eso, se comprende, se explica y se excusa al sujeto si infringe la norma en la situación en la que se halló, aunque la conducta siga estando

objetivamente desvalorada, reprobada y prohibida (es decir, aunque jurídicamente se exija a cualquier ciudadano no cometerla). Dicho de otro modo, se considera que individualmente no le es penalmente exigible al agente no incurrir en el delito.

En los anteriores términos, el fundamento de la inexigibilidad es (a) fáctico, debido a la gran dificultad o cuasi imposibilidad de la motivación normal por razones situacionales y sociales extremas; y (b) normativo, en la medida en que hay una valoración no negativa de la concreta dificultad motivacional situacional. Por esta razón, la admisión de la inexigibilidad penal subjetiva como eximente se basa en el principio de eficacia o idoneidad y en el principio de culpabilidad en su acepción normativa, con sus correspondientes fundamentos constitucionales.

Con fines de ilustración de lo explicado con anterioridad, obsérvese el supuesto del miedo insuperable, expresamente reconocido en la mayoría de los códigos penales de occidente (en nuestro caso, se halla previsto en el artículo 32.9 del Código Penal). La persona es objeto de un profundo e imponderable estado emocional ante el temor de advenimiento de un mal, el cual conduce al agente a obrar. Esta clase de miedo debe derivar de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados. No excluye la voluntariedad de la acción, pero sí priva al sujeto de las condiciones ordinarias para poder atribuirle responsabilidad penal.

En la mayoría de las legislaciones se reconoce, también, el estado de necesidad exculpante (en el Código Penal colombiano se prevé en el artículo 32.7). Bajo esta forma, se evalúa si, ex ante, en las circunstancias en las cuales se vio envuelto el agente le quedaba una alternativa posible, distinta al curso de conducta que asumió. Ha de actuar por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, frente a un peligro actual o inminente e inevitable de otra manera. Del mismo modo, para que opere, el individuo no debe haber causado el riesgo intencionalmente o por imprudencia y, además, no ha de tener el deber jurídico de afrontarlo.

Una vez más, la exención de culpabilidad se explica en la medida en que el curso de conducta seguido por el sujeto se torna apenas comprensible, de modo que se impone su disculpa legal. Ello, ante la enorme dificultad

motivacional que le planteó la situación extrema de tener que causar males para evitar la pérdida de bienes jurídicos existenciales importantes como la vida, la integridad corporal o la libertad propios o de un allegado.

Además de los casos anteriores, la doctrina reconoce la posibilidad de aplicar la causal general de inexigibilidad de otra conducta a situaciones no previstas expresamente por el Legislador, siempre que se cumplan con el sentido y los fundamentos normativos de esta modalidad de inculpabilidad y se efectúe con carácter restrictivo.

La dogmática ha sostenido que cuando se deriva de principios generales del derecho penal, como el de culpabilidad, la inexigibilidad se puede configurar en diversos supuestos concretos de forma análoga a las causales de inculpabilidad expresamente contempladas. Se ha señalado que esta interpretación no comporta una infracción al principio de legalidad penal. En cambio, contribuye a dar una solución justa a cada caso, acorde con las valoraciones generales del derecho o las peculiaridades del derecho penal.

La Sala considera, en particular, que el reconocimiento de supuestos concretos de inculpabilidad, por inexigibilidad de otra conducta, no previstos específicamente, se deriva de dos fundamentos constitucionales nucleares. Como se indicó en las consideraciones anteriores, la Constitución prevé la obligación para las autoridades de velar por la vigencia de un orden justo, fin al que, en el plano de la teoría del delito, tiende el principio de culpabilidad. Este opera como presupuesto de una pena equitativa e igual al grado de merecimiento por parte del agente.

Por lo tanto, imponer una pena a quien ha actuado al amparo de circunstancias que, claramente, no le permitían actuar de otro modo, significaría un castigo arbitrario e injusto. Pese a no ser jurídicamente responsable, el sujeto debería cargar con el peso de la drástica intervención de la pena, sin justificación alguna. Se le estaría obligando a actuar de un modo que no le era humanamente exigible y, por ende, se le estaría instrumentalizando, en pro de reforzar la vigencia de la norma, lo cual sería, además, contrario al principio de dignidad humana.

De otra parte, quien actúa motivado por circunstancias que no le permitieron proceder de

otro modo, obviamente, no está en la posición de aquel que no se hallaba en ellas y a quien, por ende, el Estado sí podía exigirle conformidad al derecho. De esta manera, hacer responsable al agente por el injusto típico cuya evitación no le era exigible, ignoraría las condiciones reales en las cuales se dio el comportamiento. En consecuencia, se le menoscabaría el principio de igualdad real y se produciría esta violación de la manera más intensa, dado que derivaría de la imposición de una sanción penal.

La Sala advierte, en todo caso, que el reconocimiento de supuestos fácticos constitutivos de inexigibilidad de otra conducta, como presupuesto de inculpabilidad, solo procede de forma absolutamente excepcional y siempre que estén demostrados los elementos en los cuales aquella se funda. En especial, es preciso que se encuentren probadas circunstancias constitutivas de un estado motivacional con la suficiente entidad para neutralizar la capacidad de la norma a fin de generar conformidad al derecho. Ello, teniendo en cuenta las particularidades del sujeto y de los factores de hecho que adquirieron relevancia y fueron determinantes al momento de la realización de la conducta.

Recapitulando lo expuesto en estas consideraciones, el principio de culpabilidad en sentido estricto relaciona el injusto típico con su responsable. Constituye un límite constitucional al poder punitivo del Estado, en tanto presupone el principio de dignidad humana, al cual es consustancial la idea del sujeto éticamente autónomo y responsable. De igual manera, garantiza que la pena sea individualmente justa y su imposición conforme a las circunstancias materiales en las cuales actuó el sujeto.

La culpabilidad es exigibilidad y, por ende, lleva a analizar si el Estado podía, o no, exigir de la persona su conformidad al derecho. Cada sujeto vive una realidad social concreta, cumple un determinado papel y es en ese contexto que se da su comportamiento. Por lo tanto, el análisis de culpabilidad debe tomar en consideración el individuo en concreto, las específicas circunstancias en las que actuó y el momento particular en el que lo hizo.

Una de las modalidades generales de inculpabilidad es la inexigibilidad de otra conducta. Esta se caracteriza porque el sujeto se

encontraba en unas circunstancias tan extremas que la norma penal no estaba en posibilidad de motivarlo o solo podía hacerlo con enormes dificultades. Se considera humanamente entendible y explicable su comportamiento y, por ello, en la especial situación ocurrida, se concluye que agente ha actuado sin culpabilidad.

La mayoría de legislaciones penales en occidente contemplan, bajo la égida de la inexigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante. Esto no implica, sin embargo, que no puedan reconocerse situaciones de inculpabilidad extralegales. Las mismas razones constitucionales que fundan el principio de culpabilidad, imponen su reconocimiento, siempre que el caso particular ponga de manifiesto sus rasgos y fundamentos.

**ABANDONO DEL SERVICIO** - Demostración / **CULPABILIDAD** - Demostración / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta: demostración / **PRUEBA** - **Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto / **CAUSAL DE INCULPABILIDAD** - No exigibilidad de otra conducta: se configura, afectación emocional no tratada / **CULPABILIDAD** - No se configura / **ABANDONO DEL SERVICIO** - No se configura / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Corte casa la condenatoria impugnada, y dispone la absolución del procesado

Las pruebas allegadas a la actuación demuestran lo siguiente. La investigación penal inició luego de que el Sargento Viceprimero GACC se ausentara del Batallón de Artillería 1 "TARQUI", del Ejército Nacional, con sede en Sogamoso (Boyacá), del que era orgánico. El suboficial se contactó con un superior del Batallón y le informó que había consumido un "veneno para ratas" y que se encontraba en un hotel de la localidad. Al sitio fue enviado un teniente, quien lo encontró en mal estado de salud y con una granada de mano en el pecho, por lo cual procedió a llevarlo al Hospital Regional de Sogamoso. Allí le realizaron un lavado intestinal y le brindaron la atención médica necesaria para su recuperación.

[...]

Lograda la estabilización orgánica, el paciente fue remitido a psiquiatría, a instancias del servicio de sanidad militar[...]

[...]

Una vez atendido en el centro asistencial, la psicóloga le dio salida al suboficial y lo remitió al Batallón de Sanidad Militar. Sin embargo, el mismo 19 de abril de 2013, el uniformado viajó con quien era su compañera sentimental a San Juan Nepomuceno (Bolívar) y allí permaneció entre 2013 y 2014. No volvió al Batallón del cual era orgánico ni al de sanidad militar. El proceso penal se inició entonces en junio de 2013, aproximadamente dos meses después del episodio médico relatado, por el delito de abandono del servicio[...]

[...]

[...] a la pregunta sobre la razón por la cual no se había reintegrado al batallón al que pertenecía y había abandonado sus deberes militares, contestó:

Por lo que le acabo de comentar, por mis problemas de psiquiatría, yo no estoy bien, mi salud mental anda muy mal...me mandaron para sanidad como ya le conté y no regresé a las filas por mi enfermedad mental... llegó una época que no me importaba nada, ni comer, ni bañarme, en un estado de depresión total.

Luego, se le interrogó sobre si había puesto en conocimiento de alguno de sus superiores la situación por la cual no se había reintegrado a sus obligaciones militares. Al respecto, narró:

A mi compañera varias veces la llamaron del batallón y ella les decía que yo estaba muy mal, con una fuerte depresión y les explicaba cómo estaba decayendo mi salud día a día.

En el curso de la instrucción, el 1º de febrero de 2018, le fue practicada al acusado valoración psiquiátrica forense, por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

[...]

Así, con base en las historias clínicas, en los documentos del proceso penal y luego de escuchar al procesado, el médico forense conceptuó:

De acuerdo con la información reunida, en el evaluado GACC se evidencian rasgos de personalidad dependiente, caracterizados por un patrón de conducta de no confiar en su propia capacidad para tomar decisiones, severa alteración frente a la separación y la pérdida de alguien, enfocarse demasiado en los miedos de ser abandonado, volverse pasivo en las relaciones interpersonales, sentirse muy perturbado o impotente cuando las relaciones terminan; hasta incluso padecer presunto maltrato, con tal de conservar la relación de pareja con la señora MPMD.

[...]

En este orden de ideas, las historias clínicas referidas, el dictamen forense y los relatos del ex uniformado muestran que este, desde antes de los hechos, se encontraba con graves afectaciones emocionales. Estas no implican que el suboficial no estuviera en condiciones de comprender la ilicitud de su conducta y de determinarse conforme a esa comprensión. Como lo indica el médico del Instituto Nacional de Medicina Legal, no es dable aseverar que no fuera consciente de que, con su actuación, estaba abandonando sus deberes como suboficial del Ejército Nacional.

Precisamente, antes de marchar de la capital del país hacia el departamento de Bolívar, el acusado cuenta que pensó en solicitar un permiso para hacer frente a la crisis que lo aquejaba. Esto denota que sabía que, si no regresaba, sin permiso, licencia u otra causa justificada, podría incurrir en el delito por el cual se le procesó. Por lo tanto, está descartado que el procesado haya actuado en un estado de inimputabilidad.

Con todo, a juicio de la Sala, lo que sí está probado es que el procesado, debido a sus condiciones personales y a las extremas circunstancias emocionales en las que se encontraba, no le era exigible actuar de otro modo a como finalmente lo hizo.

Los medios de convicción acreditan que varias semanas antes de la conducta por la cual se le juzga sufría síntomas nerviosos, como estrés, ansiedad y depresión, además de alteraciones fisiológicas colaterales a los padecimientos anteriores. Los síntomas habían venido en aumento y le habían ocasionado alteración del

patrón de sueño por insomnio de múltiples despertares e ideas de muerte. Como consecuencia, sobrellevaba una carga intensa de preocupaciones, tristeza, sentimientos de minusvalía, desesperanza, irritabilidad y frustración.

La causa del cuadro anterior fueron factores laborales, económicos y, en especial, una relación sentimental de pareja. El procesado es reiterativo en atribuir el episodio crítico de salud mental vivido en 2013 a la relación con una mujer. La responsabiliza de que se haya truncado su carrera militar y del rompimiento de las relaciones con su esposa y sus hijos. Señala que lo engañó, que mantuvo el vínculo con él por interés, que lo humillaba y de múltiples formas le dispensaba maltrato psicológico.

Precisamente, según el acusado, la referida pareja lo dejó y, a raíz de ello, el 17 de abril de 2013, se tomó el veneno para ratones, mediante el cual pretendía suicidarse. Cuenta, además, que en esa ocasión portaba también una granada de mano para explotarla y lograr el propósito de terminar con su vida. Esto fue confirmado por el testimonio del teniente que lo recogió en el hotel en el cual se hallaba, quien relató que, en efecto, encontró al suboficial en posesión del artefacto explosivo. El acusado refirió, además, que, al salir del hospital, inducido por quien era su compañera y en compañía de ella, marcharon para el departamento de Bolívar, de donde aquella es oriunda y nunca más volvió a las filas.

Así, está probado que la decisión del uniformado, de no regresar al Batallón del cual era orgánico y partir para otra ciudad, se dio apenas dos días después de que intentó suicidarse y cuando, como lo muestran con claridad los medios de convicción, la crisis nerviosa desencadenante aún lo afectaba intensamente. Nótese que, al ser atendido por psiquiatría, el especialista indicó que el paciente tenía “ideas de muerte y suicidio activas”. De igual manera, el suboficial aseveraba que seguiría “intentado quitarse la vida” y que “debieron haberme dejado morir”.

El citado profesional de la salud también puso de presente que existía alto riesgo de autolesión. Además, la historia clínica del Hospital Militar a donde fue atendido el día siguiente por la misma especialidad, da cuenta de que el procesado refería presentar alucinaciones auditivas: “escucho voces que se ríen de mí y que hablan

entre ellas, la última vez fue ayer”. Los especialistas, en adición, señalaron que el paciente debía continuar manejo en unidad de salud mental, lo cual finalmente no ocurrió.

De este modo, como resulta obvio, al momento que decidió no regresar a la unidad militar, el uniformado estaba también notablemente afectado a nivel emocional. Los procesos nerviosos que lo aquejaban lo habían conducido a decaer de ánimo y motivación para continuar con sus actividades, labores y proyectos habituales. El mismo acusado, narró: “no me importaba nada, ni comer, ni bañarme, en un estado de depresión total”. Las historias clínicas también prueban que su autoestima se hallaba completamente disminuida y lo agobiaban la angustia y los sentimientos de tristeza y frustración. En suma, se hallaba en un estado de deterioro psicológico, como lo aduce el demandante.

En estas condiciones, a juicio de la Sala, el cumplimiento del deber, la conducta de regresar y retomar sus labores militares era inexigible al acusado. Recuérdese que la inexigibilidad de otra conducta, como causal de inculpabilidad, supone que el agente no estaba en condiciones de ser motivado por la norma penal, bajo las circunstancias concretas en las que obró. Al hallarse en un particular estado motivacional, no le era dable al Estado, en ese caso específico, exigirle que hubiera actuado conforme a la regla que se le atribuye como violada.

La realización de un trabajo o actividad laboral presupone que la persona se halle en condiciones emocionales, al menos básicas, para que su disposición y capacidades intelectuales puedan operar elementalmente. Si tales condiciones no están dadas de forma mínima, tampoco se podrán poner en marcha las aptitudes intelectuales necesarias para el desempeño del servicio o trabajo. Esto cobra mucho más sentido tratándose de funciones exigentes como las militares, vinculadas a la disciplina, la obediencia y el valor.

En este caso, afectada gravemente como estaba la salud mental de GACC, no le era penalmente exigible la decisión de retornar al batallón para continuar con su labor. Los intensos sentimientos de tristeza, angustia y desesperanza que lo aquejaban y sus recientes ideas de muerte, habían hecho prácticamente

inoperante la capacidad motivacional de la norma penal hacia él. Podría reprochársele que, en lugar de haber abandonado el cargo, tuvo la opción de hablar con sus superiores para solicitar un permiso o licencia, con el fin de recuperarse. De hecho, en su indagatoria, el uniformado dice que alcanzó a contemplar esa posibilidad pero no lo hizo a causa de su estado de ánimo.

Tal reproche, sin embargo, ignoraría que el juicio sobre exigibilidad de otra conducta debe tomar como criterio de referencia, no el hombre promedio o el destinatario abstracto de la ley penal, sino las circunstancias concretas en las que se hallaba el sujeto. En este asunto, el procesado se encontraba, no con algo de desánimo o desmoralizado para continuar con sus funciones militares. Está demostrado que atravesaba una grave crisis emocional no tratada, la cual lo había llevado a un intento de suicidio. Obsérvese, además, que en varias oportunidades subrayó el importante valor que para él tenía su carrera militar y su proyecto laboral. Pese a esto, ni siquiera tales factores pudieron llegar a adquirir mayor fuerza motivacional que las emociones negativas derivadas de su crisis nerviosa.

Además, la Sala resalta que aquello que debe analizarse no es la decisión, en general, del uniformado de dejar su cargo, sino el hecho específico de no haber regresado al Batallón, en abril de 2013, pocos días después de ser atendido en el Hospital Militar, a consecuencia de su intento de suicidio. La inexigibilidad de otra conducta, como se señaló en las consideraciones del presente fallo, está ligada a un escenario circunstancial específico. Las variables presentes en este son las que permiten determinar el grado de exigibilidad que puede predicarse.

La situación de salud mental que experimentaba GACC en esos momentos, según se ha mostrado, era crítica, como se infiere del hecho de que el mismo psiquiatra que lo había atendido dos días antes señaló que existía incluso alto riesgo de autolesión. De igual forma, el procesado relató en la indagatoria que cuando le dieron de alta en el Hospital Militar[...]

[...]

debe tenerse en cuenta que, según el dictamen del médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el suboficial

muestra rasgos de personalidad dependiente, severa alteración frente a la separación y la pérdida de alguien, tendencia a enfocarse demasiado en los miedos de ser abandonado, sentirse muy perturbado o impotente cuando las relaciones terminan, hasta incluso aceptar presunto maltrato, con tal de conservar la relación de pareja.

Lo anterior pone de manifiesto que el uniformado, al momento de ser dado de alta en el Hospital Militar, no solo tenía su salud mental considerablemente comprometida. Además, se hallaba en un estado de influenciabilidad notable hacia quien entonces era su pareja. Ello, de un lado, porque el intento de suicidio había sido desencadenado, según afirma, por la emocionalidad propia de problemas derivados de esa relación. De otro lado, porque su propia personalidad le hacía altamente susceptible, particularmente en ese momento, a sacrificar otros bienes o intereses con el fin de mantener el referido vínculo sentimental.

De esta forma, resulta inequívoco que los anteriores factores contaron de forma determinante para que el procesado tomara la decisión de no regresar a la unidad militar de la cual era orgánico. Como se señaló en los fundamentos, en la inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, la capacidad de decisión del sujeto se encuentra sustancialmente coartada o influenciada por los aspectos circunstanciales. Esto precisamente es lo que puede apreciarse, pues el conjunto de elementos de hecho analizados muestra que el suboficial se halló en imposibilidad personal de adoptar un curso de acción distinto al que tomó.

En este orden de ideas, fundamentalmente a partir de las historias clínicas allegadas a la actuación y el contenido de la indagatoria, la Sala concluye que GACC actuó al amparo de una serie de circunstancias que le hacía inexigible una conducta diferente a la que llevó a cabo. Por lo tanto, de su conducta no puede predicarse culpabilidad. Tampoco es posible, como efecto, atribuirle responsabilidad por el delito de abandono del servicio.

Los jueces de instancia incurrieron en falso raciocinio, pues, como afirma el demandante, omitieron llevar a cabo una apreciación conjunta de los medios de convicción a la luz de los estándares de la sana crítica. De esta forma,

ignoraron aquello que las citadas pruebas, valoradas ponderada, razonable y armónicamente, hacían evidente. En consecuencia, dejaron de aplicar los artículos 7 y 10 de la Ley 522 de 1999. De acuerdo con la primera disposición, “para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable” (subrayas fuera de texto). Conforme a la segunda norma, “para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad” (subrayas fuera de texto).

De haber apreciado el universo de los medios de prueba allegados al trámite, las instancias habrían concluido que el acusado se halló bajo factores motivacionales que le impidieron obrar de una manera diversa a como procedió. Por ende, que el comportamiento fue ejecutado en situación de inculpabilidad y no era procedente responsabilizarlo por el delito de abandono del servicio. En virtud de las razones expuestas, la Sala dispondrá casar el fallo impugnado y, en consecuencia, absolver a GACC.

---

**INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: elementos / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: procede únicamente en condenas por delitos que hubieren afectado el patrimonio público / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: debe demostrarse un daño real y concreto / **CASACIÓN OFICIOSA** - Se casa parcialmente la sentencia / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: no se configura / **CASACIÓN OFICIOSA** - Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas: redosificación punitiva / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Redosificación punitiva / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - No se vulnera: cuando se redosifica la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de intemporal a temporal

La Corte Suprema de Justicia, se pronunció de manera oficiosa frente a la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Valledupar, que confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, que condenó al acusado como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Sala, casó oficiosa y parcialmente la sentencia en el sentido de excluir la pena intemporal de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, y en su lugar, fijó la pena temporal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en ochenta (80) meses.

Para ello, señaló que, para que procediera la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas como pena intemporal, se requiere que la condena sea por delitos que hubieren afectado el patrimonio público, y que tal afectación, esté demostrada en un daño real y concreto, que para el presente caso no ocurrió.

De otro lado, la Sala consideró que, al redosificar la pena de intemporal a temporal no se vulneraba el principio de non reformatio in pejus, toda vez que, no está en discusión la naturaleza de la pena sino su intemporalidad, motivo por el cual, la misma subsiste de forma temporal.

**SP070-2023(57360) de 01/03/2023**

**Magistrado Ponente:**

**Myriam Ávila Roldán**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. El 9 de octubre de 2014, entre **J.L.G.**, en su condición de alcalde del municipio de Pueblo Bello (Cesar), y la F.S.S.E., representada por J.B.A.R., se celebró el Convenio de Cooperación N° 023, con el fin de auxiliar, a las víctimas en situación de desastre de la entidad territorial, con el suministro de víveres y materiales, por valor de \$125.000.000, de los cuales \$8.000.000 serían aportados por la persona jurídica privada y \$117.000.000 por el ente municipal, pagaderos estos en dos contados iguales de \$58.500.000 –con el anticipo y luego de presentar el informe de recibido-.

2. Dicho pacto se rigió por el artículo 355 de la Constitución Política y los decretos 777 y 1403 de 1992, esto es, a través de contratación directa y no por licitación pública.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: procedencia / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: elementos / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: procede únicamente en condenas por delitos que hubieren afectado el patrimonio público / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: debe demostrarse un daño real y concreto

De acuerdo con el inciso 5° del canon 122 de la Constitución Política, modificado por el precepto 4° del Acto Legislativo 1 de 2009: «no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado (...).

Al respecto, la Corte Constitucional, desde la sentencia CC C-038 de 1996, viene precisando que la defraudación al erario público, es el soporte en el que el constituyente se fundó para impedir que en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública.

Es así como en la sentencia CC C-652 de 2003 sostuvo que, para la imposición de esa sanción, se demanda el cumplimiento de los siguientes presupuestos: i) el destinatario de la pena es un servidor público, ii) es la consecuencia de una condena penal por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, iii) no procede respecto de punibles culposos y, iv) únicamente prohíbe el acceso a la función pública, no el ejercicio de derechos políticos

[...]

[...] la inhabilidad del artículo 122 Superior no cabe respecto de todos los delitos contra la administración pública, sino en tanto «se dirija[n] específicamente contra el patrimonio público, es decir, que atente[n] contra el erario.

Estos reatos, es decir, los que afectan el patrimonio del Estado, a voces del derogado canon 38 de la Ley 734 de 2002, reproducido de exacta manera en el precepto 42 de la Ley 1952 de 2019, son «aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Así mismo, por previsión de la misma norma, la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

Como ejemplos distintivos de los injustos que lesionan el patrimonio público, respecto de los cuales siempre debe imponerse la inhabilidad intemporal, la sentencia CC C-652 de 2003 identificó los delitos de peculado por apropiación, peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente y destino de recursos del tesoro nacional para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos

En cambio, aseguró la providencia, existen otros tantos ilícitos en los que no siempre es posible imponer la sanción intemporal, verbi gratia, los relacionados con la celebración indebida de contratos; por modo que, únicamente en la medida en que produzcan necesaria e indefectiblemente un daño real y concreto al patrimonio estatal será viable dicha pena.

[...]

En estas condiciones, es claro que, el presupuesto esencial para identificar si es procedente la imposición de la pena de inhabilitación intemporal para ejercer funciones públicas es que el delito ejecutado por el servidor público haya causado un detrimento patrimonial a las arcas del Estado.

**INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena

intemporal: procede únicamente en condenas por delitos que hubieren afectado el patrimonio público / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: debe demostrarse un daño real y concreto / **CASACIÓN OFICIOSA** - Se casa parcialmente la sentencia / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena intemporal: no se configura / **CASACIÓN OFICIOSA** - Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas: redosificación punitiva / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Redosificación punitiva / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - No se vulnera: cuando se redosifica la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de intemporal a temporal

Tal como consta en los antecedentes de este fallo, J.L.G fue condenado, entre otras penas, a la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas de manera intemporal, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Al respecto, el a quo justificó esa determinación en que la conducta desplegada por el acusado - consistente en suscribir con la Fundación Social Sembrando Esperanza, el “convenio de cooperación No. 23 del 9 de octubre de 2014”, sin acatar el Decreto 777 de 1992 y los artículos 209 y 355 de la Constitución Política y 23 de la Ley 80 de 1993-, ocasionó un daño al patrimonio del municipio de Pueblo Bello - Cesar.

Pese a esta declaración judicial, la Sala observa que, en el asunto de la especie, no es clara la existencia de un detrimento de las arcas del Estado, habida cuenta que, más allá del mero enunciado del juzgador unipersonal en el sentido de que la conducta del inculpado afectó el patrimonio del mentado ente territorial, los falladores dieron por probado que, con ocasión del irregular contrato, en todo caso, se suministraron bienes -víveres e insumos- y servicios -capacitación- dentro de un programa de interés general, de los cuales fueron beneficiarios los habitantes del municipio, damnificados con la ola invernal del segundo semestre de 2014, y, en ese orden, no hay evidencia que indique que los dineros estatales

no fueron invertidos en el objeto propuesto, o que hubo eventuales sobre costos.

Aunque podría discutirse que, dada la violación del principio de selección objetiva y la aparente falta de idoneidad de la mencionada fundación para cumplir el objeto pactado, éste último pudo no haberse desarrollado adecuadamente y, por consiguiente, pudo haberse causado que los recursos públicos no fueran invertidos conforme a los postulados de planeación y eficiencia, es lo cierto que, nada específico se acreditó en el diligenciamiento, por modo que, no es posible concluir que necesaria e indefectiblemente se produjo un daño real y concreto al patrimonio estatal y, por lo tanto, tampoco es viable la imposición de la pena intemporal de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

Así las cosas, para restablecer la garantía de legalidad de la pena vulnerada, se impone casar parcial y oficiosamente la sentencia impugnada para excluir dicha sanción y fijar, en cambio, la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en ochenta (80) meses, atendiendo que la pena de prisión fue tasada en el mínimo punitivo (64 meses) por el juez de primer nivel.

Ahora bien, aunque, a primera vista, podría pensarse que esta fórmula de solución podría vulnerar el principio de no reforma en peor, es lo cierto que lo censurado por la Corte, en el caso concreto, realmente, es la intemporalidad de la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, no su naturaleza, de modo que, subsiste la sanción temporal, cuyo monto debe ser tasado, como se hizo, dentro de los estrictos límites legales -80 a 216 meses-, máxime que, en la sentencia CC C-652 de 2003 se dejó bien claro que la pena principal de inhabilitación descrita en el artículo 410 del Código Penal es exequible siempre que no se afecte el patrimonio del Estado, porque de lo contrario vendría a ser intemporal.

En el asunto sub examine, es evidente que el juzgador no impuso la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, prevista en el anotado canon 410 -en concordancia con el artículo 44 ibidem-, porque consideró, de manera equivocada, que la sanción procedente era la de carácter intemporal, la cual es de aplicación automática o de pleno derecho, lo que significa que al decaer dicha sanción

procede la del precepto 410 -de carácter temporal-.

En los anteriores términos, se casará parcialmente de oficio el fallo demandado. En todo lo demás, se mantiene incólume.

---

**Olga Lucía Linares Lopez**  
**Relatora**

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

Teléfono: 5622000 ext. 9318

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

