



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Mayo 31 de 2022 n.º 05

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>

CONDUCTA PUNIBLE - Formas: dolo, culpa y preterintención / **DOLO EVENTUAL** - Diferente al dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **CULPA** - Concepto / **PRETERINTENCION** - Estructura y requisitos / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Concepto

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de J.J.G.S., condenado en ambas instancias como autor de homicidio cometido con dolo eventual.

En esta oportunidad, la Sala no casó la providencia, al considerar que, como lo indicaron las instancias, el procesado actuó con dolo eventual, pues, pese a la previsibilidad del resultado de su conducta, persistió en ella con absoluta desidia.

Al respecto, efectuó un concienzudo análisis de las formas de la conducta punible y sus diferencias, incluyendo el concepto de culpa, las clases de dolo y la estructura de la preterintención; así como los errores sobre el curso causal.

SP1680-2022(60875) de 18/05/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. En la madrugada del 2 de julio de 2016, R.Q.N. (quien para la época prestaba el servicio de transporte informal en un carro de su propiedad) recogió a L.R.O. para llevarla desde

Cúcuta hasta Ureña. Con la nombrada iban su hijo B.A.G.R., de 22 años, su hermana y su cuñado. L ocupó el puesto del pasajero de adelante, B.A. se ubicó en la parte posterior - justo detrás del conductor - y los dos restantes tomaron los puestos medio y derecho del asiento trasero. Así emprendieron el camino.

2. Pasados algunos minutos, y en cierto semáforo de la vía, los mencionados se encontraron con unos motociclistas que estaban obstruyendo el paso. Ante el reclamo que por ello les hizo R.Q.N., uno de los individuos reaccionó rompiendo con una patada el retrovisor izquierdo del automóvil. Algunos metros más adelante, en una glorieta cercana a la cárcel Modelo donde volvieron a coincidir, Q.N. descendió armado con un machete para confrontarlos por lo sucedido, pero L.R. también se bajó, intervino, lo calmó y continuaron el recorrido.

3. Sin embargo, cuando estaban en el sector conocido como "la cuerera" fueron alcanzados por los motociclistas. Allí, J.J.G.S. - quien iba como parrillero en la moto, le lanzó al vehículo una piedra que entró por la ventana del conductor, pasó rozando su cabeza e impactó en el pecho a B.A. El golpe le fracturó el esternón y laceró la aorta, consecuencia de lo cual falleció segundos después.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONDUCTA PUNIBLE - Formas: dolo, culpa y preterintención

«De acuerdo con el artículo 21 del Código Penal, la conducta humana (cuando menos para efectos jurídico-penales) puede ser dolosa, culposa o preterintencional»

DOLO - Directo / **DOLO** - Indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **DOLO EVENTUAL** - Concepto

«El dolo es de tres tipos. El directo, o de primer grado, que se verifica, al decir del artículo 22 siguiente, “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Es el supuesto del individuo que realiza un comportamiento típico sabiendo lo que hace y porque esa es precisamente su voluntad.

Puede ser también indirecto - o de segundo grado o de consecuencias necesarias - si el agente, aunque no quiere lograr un determinado resultado, sabe que éste se seguirá necesariamente de su conducta y aun así sigue adelante con ella. Sucede, por ejemplo, si para causar la muerte a otra persona le lanza una granada con el conocimiento de que en la explosión también fallecerá un tercero que allí se encuentra (cuyo deceso no pretende pero se representa cierto). Esta forma de dolo no está expresamente consagrada en el Código Penal, pero se deriva lógicamente del tenor del artículo 22 precitado. En últimas, la aceptación de un resultado no querido que sin embargo se sabe seguro (así sea al modo de una consecuencia accesoria para asegurar una finalidad ulterior) consiste básicamente en lo mismo que simplemente quererlo. Una y otra modalidad sólo pueden diferenciarse a partir de una sutileza volitiva que es irrelevante para la caracterización del injusto.

[...]

Finalmente, el dolo puede ser eventual. En este caso, el sujeto activo no quiere el resultado típico, pero sabe que puede seguirse como una consecuencia probable de su conducta; aun así, persiste en su comportamiento con total indiferencia o apatía por su posible ocurrencia, es decir, le da igual si sucede o no».

DOLO EVENTUAL - Diferente al dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias

«[...], mientras que en la conducta cometida con dolo indirecto o de segundo grado el agente sabe que el resultado no querido se producirá y, aunque no lo desea, lo asume, en el dolo eventual prevé que el resultado no querido es probable, mas no cierto, y sigue adelante con su conducta porque le es irrelevante si se da o no. La diferencia radica, pues, en el pronóstico de probabilidad sobre la configuración del resultado típico y, por ende, en qué es aquello que el individuo asume como consecuencia de sus acciones u omisiones».

DOLO EVENTUAL - Representación del resultado como probable / **DELITO DE RESULTADO** - Conductas especialmente aptas y conductas neutras: concepto

«[...], es por lo general imposible conocer mediante pruebas directas cuál es la relación cognitiva y volitiva del sujeto con el resultado típico. Salvo que aquél la confiese o la haya comunicado exteriormente mediante manifestaciones susceptibles de incorporación en el juicio, aquella debe deducirse o inferirse de los datos objetivos anteriores, concomitantes y posteriores al hecho acreditados en la actuación. En algunos casos aparece evidente (por ejemplo, cuando la conducta consiste en disparar directamente y a corta distancia un arma de fuego hacia la cabeza de un tercero), pero en otros se requiere un análisis más minucioso de las variables fácticas relevantes.

Similar sucede con el pronóstico de probabilidad o certeza del resultado típico. En algunos eventos, es evidente que la acción u omisión emprendida por el agente habrá de causarlo necesariamente y, por ende, que la conducta cae en el ámbito del dolo directo o indirecto, según el caso (verbigracia, y para reiterar el ejemplo ya usado, cuando se acciona una granada para asesinar a una persona que camina junto a otra). En otros, la predicción de eficacia causal (que debe agotarse desde una perspectiva ex ante) no es tan obvia y, por ende, la distinción probatoria entre el dolo indirecto y el eventual deviene más difusa. A su vez, y como el dolo eventual requiere que el agente haya previsto el resultado como probable (que no simplemente como posible), debe inferirse de los hechos acreditados cuál fue el grado de representación del resultado típico que el agente alcanzó antes de ejecutar su comportamiento. A ese respecto, la Sala ha referido a la utilidad [...].

CULPA - Concepto

«[...] al tenor del artículo 23 ibidem, “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

Es el caso, pues, en que el agente, obrando con negligencia o impericia, crea un riesgo que se concreta en la realización de un resultado típico que siendo consecuencia previsible de su actuar aquél no previó o que, aunque sí previó, creyó erradamente poder evitar.

Así, en el comportamiento culposo el sujeto activo no quiere el resultado, no lo asume como consecuencia necesaria de su actuar ni es indiferente a su ocurrencia. Tampoco es producto de un exceso en su voluntad dolosa primaria. O no lo previó aunque era previsible (justamente por su negligencia o impericia) o, habiéndolo previsto, siguió adelante con su actuar porque creyó que lograría evitar su realización».

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL - Elementos / DOLO EVENTUAL - Frente a la culpa con representación

«[...]

En ese orden, y conforme el precedente en cita, “la configuración del homicidio preterintencional requiere (i) un comportamiento inicial de naturaleza dolosa orientado a causar lesiones corporales; (ii) la muerte de la persona cuya integridad pretendió afectar el agente, siempre que el deceso pueda calificarse como una consecuencia previsible de dicho comportamiento, y; (iii) la constatación de que, a pesar de la previsibilidad de dicho resultado, el agente no lo previó por su propia culpa”.

Desde luego, si la valoración de las circunstancias que rodearon la conducta permite inferir que el resultado típico no sólo era previsible para el agente sino que éste efectivamente se lo representó, su comportamiento trasciende la preterintención para ubicarse en cambio en el ámbito del dolo eventual, pues en ese caso su vinculación subjetiva con el resultado deja de ser la culpa (en concreto, la de haber dejado de advertir, siendo previsible, que su conducta podía causar un resultado más gravoso del pretendido) y se convierte en indiferencia por la causación de algo que sabe probable».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Concepto / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Se diferencian de aquellos errores que surgen de una visión alterada de la realidad por parte del autor

«Puede suceder que el agente, no obstante actuar con una finalidad y conocimiento definidos y emprender una serie de acciones u omisiones dirigidos a la consecución de su propósito, ocasione resultados típicos diferentes de los que

quería lograr, es decir, que se configure un error sobre el curso causal.

Preliminarmente ha de aclararse que no obstante la denominación que en el ámbito académico se hace de tales casos como errores, no se trata, en estricto sentido, de especies de error (como el de tipo o prohibición) porque con ello no se alude a situaciones en que el actor obra con una representación distorsionada de la realidad, sino a alteraciones objetivas de la causalidad planeada en las que se involucran criterios de imputación objetiva, conforme se explicará en detalle más adelante.

Así, se excluyen de esta categoría los supuestos de error en la cosa y en la persona, los cuales en principio - salvo los escenarios en que falta la equivalencia típica porque las características específicas del objeto o del individuo determinan una subsunción objetiva particular (verbigracia, la condición de bien público para el peculado, o la calidad de menor de edad para el homicidio agravado) - carecen enteramente de trascendencia.

Y es que, de todas maneras, no resulta necesario profundizar sobre estos errores (en el objeto y la persona) por cuanto en el caso que se examina la controversia no guarda ninguna relación con uno u otro: lo que se debate no es si GS dirigió la agresión contra BAGR bajo la representación errada de que éste era RQN (a quien, según la tesis del Tribunal, quería lesionar), ni tampoco que lo haya hecho con la convicción equivocada de que BA era el vehículo que pretendía dañar (conforme el planteamiento de la defensa). No es, pues, un supuesto de “confusión del objeto por otro”.

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Aberratio ictus (error en el golpe) / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Aberratio ictus (error en el golpe): cuando existe equivalencia típica entre el resultado pretendido y el obtenido / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Aberratio ictus (error en el golpe): cuando no existe equivalencia típica entre el resultado pretendido y el obtenido

«[...] el análisis se centrará específicamente en el error del curso causal conocido como aberratio ictus.

Éste - en su concepción tradicional - se configura cuando el resultado pretendido por el autor no se produce sobre el objeto al que estaba dirigida la acción sino sobre otro, no porque el agente los haya confundido (lo cual sería un error en el objeto o la persona, según el caso), sino por cuanto ocurre una doble desviación en la ejecución del delito. El ejemplo más evidente es el que sucede si el agente dispara contra Pedro con la intención de matarlo (sabiendo que se trata de Pedro y sin ninguna representación errada sobre su identidad) pero por su mala puntería, o por cualquier otra razón similar, desatina (primera desviación), impacta en cambio a Carlos (segunda desviación) y le causa la muerte. El resultado querido no se produce y el que se produce no era querido.

En tales eventos se ha admitido como solución, asumiendo una comprensión abstracta de dolo, la de responsabilizar al agente únicamente por el resultado consumado (en el entendido, desde luego, de que exista absoluta equivalencia típica entre el resultado pretendido y el conseguido) , pero también - con apoyo en un entendimiento concreto del dolo - la de atribuirle una tentativa por lo pretendido y la infracción culposa por lo logrado, pues el resultado configurado deviene del descuido o negligencia en la ejecución del plan originalmente concebido y como concretización del peligro desaprobado que por esa vía ha creado.

Esta segunda solución (que parece más ajustada al orden jurídico nacional que la primera, no sólo por la comprensión específica del dolo, sino también porque no deja en la impunidad el atentado contra el interés jurídico cuya afectación pretendía el agente) también resulta aplicable a los eventos en que no existe equivalencia típica entre el resultado pretendido y el obtenido. Así sucede si el agente, queriendo causar la muerte de Pedro con un disparo, desatina e impacta a Carlos, quien no fallece pero queda lesionado. O viceversa: si con el ánimo de lesionar a Pedro yerra en la ejecución del plan y causa la muerte de Carlos.

Por supuesto, para que la infracción efectivamente materializada pueda ser castigada como un delito culposo no sólo se necesita que exista el correspondiente tipo imprudente, sino también que el resultado ocasionado sea previsible para el autor y éste no lo previese por su negligencia, o que, habiéndolo previsto,

confiase equivocadamente en que lograría evitarlo».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Aberratio ictus (error en el golpe): no es aplicable cuando el resultado obtenido es asumido por el autor a título de dolo eventual

«[...], la solución recién mencionada únicamente tiene cabida en tanto la vinculación subjetiva del agente con el resultado típico producido sea, en efecto, la culpa. En cambio, “de forma diferente hay que decidir cuando el autor ha considerado como posible el curso erróneo de su ataque y se ha conformado con una eventual lesión del segundo objeto, es decir, cuando ha actuado con (dolo eventual)”. En efecto, si el sujeto activo, con independencia de cuál fuere su voluntad original, se representa como probable que su plan podría provocar un resultado típico distinto del querido y esto efectivamente ocurre, su relación cognitiva y volitiva con ese resultado no puede calificarse de negligente sino de dolosa (§ 2.1.1).

Como de tal representación, según se explicó, rara vez se tiene prueba directa, este juicio debe fundamentarse en las circunstancias objetivas conocidas en el proceso y, muy específicamente, en el análisis del mecanismo empleado por el autor para conseguir el resultado pretendido: si el agente busca asesinar a Pedro con un disparo y lo que sucede es que el proyectil traspasa su cuerpo - dejándolo lesionado pero vivo - e impacta a un tercero que pasaba aleatoriamente por allí y fallece, podría razonablemente concluirse que el resultado conseguido fue ocasionado por culpa. Pero si lo ocurrido es que el atentado inicial se ejecuta mediante una prolongada ráfaga de metralla contra su residencia y quien muere no es Pedro sino un tercero que vive con él, difícilmente podría aceptarse que ese resultado no fue previsto como probable».

DOLO - Se configura: aun cuando la individualización del objeto sobre el que recae la conducta no dependió del autor

«Otro supuesto relevante para la comprensión del caso examinado debe abordarse acá: aquél en el cual “la individualización concreta del objeto no dependa del autor y en ella exista solo una elección del objeto de agresión casual, no motivada”. En tal evento, “(según) la opinión dominante, se considera aisladamente la sanción

por un delito doloso consumado respecto al error en la ejecución”. Piénsese en quien, motivado por un profundo fanatismo, se determina a asesinar al primer hincha de un equipo rival que vea en la calle, quienquiera que sea. Al salir de su casa oye que por la esquina viene un grupo de gente haciendo cánticos alusivos a dicha escuadra, por lo cual se apresta a disparar al primero de ellos que se asome. Así lo hace, pero el proyectil, en vez de impactar a Pedro (quien encabezaba la marcha) le pega y mata a Carlos, que iba a pocos pasos de él. Nótese cómo (i) la individualización específica del objeto del delito no dependía en tal caso de la voluntad del agente, sino de una circunstancia ajena a él, y (ii) en la determinación finalística de su comportamiento, la elección del sujeto pasivo no tenía motivación específica, pues le daba lo mismo matar a uno o a otro en tanto ambos fuesen hinchas del equipo contrario. Así las cosas, no hay lugar a sancionar al autor por una tentativa de homicidio respecto de Pedro (así fuese quien encabezaba el grupo y la persona contra la cual aquél, en principio, disparó) sino únicamente por el homicidio doloso de Carlos. En últimas, su dolo (al margen de la circunstancia accidental de que haya sido Pedro a quien el agente vio primero) se perfeccionó conforme lo concibió (pues quería matar a un hincha rival y eso fue precisamente lo que consiguió)».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Se solucionan bajo los parámetros de la imputación objetiva teniendo en cuenta si el resultado es o no procedente debido al peligro creado por la acción del autor / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Se deben analizar las exigencias subjetivas del tipo penal / **ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Es irrelevante cuando el resultado responde al dolo del autor)

«[...] debe tenerse en cuenta que las desviaciones del curso causal tienden a ser excluidas del tema del error (pues, como ya se dijo, no trata de situaciones en que el agente obra bajo una representación errada de la realidad) para ser examinadas “como puros problemas de imputación objetiva”, de manera que “las soluciones (dependen) de si el resultado es o no procedente del peligro creado por la acción del autor...” y, claro está, de las exigencias subjetivas pertinentes para cada una de las modalidades delictivas (§ 2.1). En esas condiciones, y en términos generales, “el error sobre el curso

causal es irrelevante cuando el resultado responde al dolo del autor”».

DOLO EVENTUAL - Representación del resultado como probable / **DOLO EVENTUAL – Homicidio / ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal)** - Se solucionan bajo los parámetros de la imputación objetiva teniendo en cuenta si el resultado es o no procedente debido al peligro creado por la acción del autor

«[...]

Ya en lo que tiene que ver con la subsunción subjetiva de la conducta investigada, la Sala advierte, a partir de las premisas fácticas establecidas en precedencia, que:

La agresión inicial de JJG contra RQ, se reitera, no tuvo la finalidad ni de dañar su carro ni de lesionarlo, sino la de matarlo. No otra cosa puede concluirse de los hechos demostrados, vistas (i) las características de la piedra y (ii) las circunstancias contextuales objetivas en que aquél hizo el lanzamiento. En relación con ese comportamiento primigenio, pues, el enjuiciado obró con dolo directo.

El acusado GS individualizó por sí mismo el objeto del delito pretendido (que lo fue el conductor RQ) y tal individualización fue específicamente motivada (por la reyerta previa que habían tenido). Ello descarta que la muerte de BA le sea imputable a título de dolo directo, como lo sería en el supuesto examinado en la § 2.2.3.3, esto es, si hubiera dirigido el ataque indistintamente contra cualquiera de los tripulantes del rodante sin una individualización específicamente motivada.

Tratándose de la muerte de BA, la Corte concluye, tal como lo entendieron las instancias, que efectivamente fue causada por GS con dolo eventual, pues aquél tuvo que prever ese resultado típico como una consecuencia probable de su comportamiento. A pesar de ello, persistió en la conducta con total apatía por su ocurrencia.

Ello, es obvio, descarta la subsunción en el tipo preterintencional. De una parte, porque el resultado típico efectivamente causado no se configuró sobre el mismo sujeto al cual estuvo dirigida la agresión inicial; de otra, porque no fue consecuencia de un exceso negligente del autor, sino de la absoluta desidia con que asumió su configuración probable.

Por iguales razones debe desestimarse la tesis de la culpa por la cual propugna la defensa. Ésta supondría que GS no previó que el riesgo creado con su conducta original podría causar la muerte de BA (lo que, como se vio, está desmentido por la valoración de las circunstancias objetivas demostradas), o bien que, aunque sí lo previó, confió en poder evitarlo (hipótesis de la cual no hay ninguna indicación fáctica y que riñe con la conducta efectivamente desplegada por aquél)».

ERRORES SOBRE EL CURSO CAUSAL (Desviaciones del curso causal) - Aberratio ictus (error en el golpe): no es aplicable cuando el resultado obtenido es asumido por el autor a título de dolo eventual

«Aunque la Fiscalía consideró que este es un caso de aberratio ictus, no es en realidad tal. La representación probable del resultado típico configurado y la vinculación subjetiva del autor con ese hecho implican que la muerte de la víctima, aunque no pretendida por aquél como finalidad principal de su proceder, estuvo de todas maneras contemplada como probable en su plan. En ese orden, aunque sí ocurrió un error causal (en concreto, el desatino de no haber impactado a quien quería impactar), el deceso de

BA no correspondió en estricto sentido a la segunda desviación causal que define el denominado “error en el golpe” (§ 2.2.3.2).

Es decir, no puede coherentemente sostenerse que el resultado típico fue causado con dolo eventual y, a la vez, que el caso corresponde a un evento de aberratio ictus, pues ésta última supone, como quedó explicado, que la vinculación subjetiva del agente con el resultado conseguido es culposa y, por ende, queda descartada si, como en este asunto, la configuración de dicho resultado es producto del dolo eventual.

Esto, sin embargo, es apenas una corrección conceptual que no supone una modificación del núcleo fáctico de la acusación. Aunque en el llamamiento a juicio se afirmó que el delito se cometió por la “configuración del aberratio ictus”, ello fue un dicho de paso sin significación en la delimitación del juicio, pues la sindicación concreta formulada contra el sentenciado, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, fue la de haber perpetrado el homicidio con “dolo eventual”».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -

Reconstrucción de expediente: Ley 906 de 2004: no prevé un mecanismo para realizarlo / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no se configura, por la pérdida del expediente / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no todo extravío o destrucción del expediente supone una privación ilegal de la libertad

Al resolver la impugnación interpuesta contra la providencia mediante la cual un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Córdoba, negó por improcedente la acción constitucional de habeas corpus presentada por el ciudadano M.A.V.A., la Sala concluyó que la pérdida del expediente no convierte en ilegal la privación de libertad, sino que, lo adecuado es proceder a su reconstrucción, razón por la cual confirmó la decisión de primera instancia.

AHP927-2022(61176) de 10/03/2022

Magistrado Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. El 8 de mayo de 2018, M.A.V.A. fue capturado y puesto a disposición del Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Montelíbano, Córdoba, por hechos relacionados con el hurto de una motocicleta.
2. Durante los días 9 y 10 de mayo de 2018, ante tal autoridad judicial se legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario
3. El 11 de mayo de 2018, la Fiscalía 14 Local de Montelíbano radicó escrito de acusación con aceptación de cargos por la conducta punible de hurto calificado y agravado (arts. 239, 240-1, 241-10 del Código Penal), con el fin de que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de

Montelíbano, Córdoba programara audiencia de “verificación de allanamiento y sentencia”.

5. Según la Fiscalía, dicha vista pública fue celebrada el 24 de junio de 2020. Aunque se avaló la aceptación de cargos del señor V.A., no se cuenta con documento, audio, videoconferencia o cualquier otro registro de la sentencia.

6. Desde el 11 de mayo de 2018 el procesado se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario Las Mercedes de Montería INPEC- EPMS, y su situación jurídica es la de sindicado a disposición del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Montelíbano.

7. M.A.V.A. promovió la acción de hábeas corpus al considerar que la privación de su libertad se está prolongando injustamente. Adujo que está privado de la libertad desde el 8 de mayo de 2018, y que a pesar de haber sido condenado, no fue notificado de su sentencia. Ha solicitado la libertad por pena cumplida a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería sin éxito, porque no aparece el expediente para dar trámite a su petición.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Reconstrucción de expediente: Ley 906 de 2004: no prevé un mecanismo para realizarlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Reconstrucción de expediente: aplicación del principio de integración/ **RECONSTRUCCIÓN DE EXPEDIENTE** - Actuación con detenido: quienes estuvieren privados de la libertad, continuarán en tal situación con fundamento en la providencia que así lo hubiera dispuesto / **RECONSTRUCCIÓN DE EXPEDIENTE** - Excarcelación: término para conceder la libertad de quien está privado de ella, en un proceso que se debe reconstruir / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no se configura, por la pérdida del expediente / **HABEAS CORPUS** - Privación ilegal de la libertad: no todo extravío o destrucción del expediente supone una privación ilegal de la libertad

«[...]

Frente a este particular, la Ley 906 de 2004 no prevé un mecanismo de reconstrucción de expedientes, sino que en virtud del principio de integración contenido en el artículo 25 de dicho

estatuto procesal, se mantienen vigentes los artículos 155 y siguientes de la Ley 600 de 2000, que establecen el trámite a seguir para dicha actividad.

En cualquier caso, la pérdida del expediente no convierte en ilegal la privación de libertad, tanto así, que el mismo artículo 159 de la Ley 600 de 2000, refiere que quienes estuvieren privados de la libertad, continuarán en tal situación con fundamento en la providencia que así lo hubiera dispuesto, y el artículo 160 contempla un término para conceder la libertad de quien está privado de ella, en desarrollo de un proceso que debe ser reconstruido.

Ante la imposibilidad de reconstruir el expediente parcial o totalmente, los procesos deberán ser reiniciados o continuados según el caso, bien sea de manera oficiosa o a petición de alguno de los sujetos procesales -art. 158 ibidem-.

En el caso concreto, se evidencia una pérdida del expediente, pues el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montelíbano - Córdoba- no encontró la sentencia que al parecer había definido la situación jurídica del accionante MAVA. Ni la Fiscalía ni la defensa conocen esa decisión, y la primera sólo allegó algunos documentos que conforman la actuación.

Ante esta circunstancia, y sobre todo a la indeterminación de la situación jurídica del señor VA, lo procedente es una reconstrucción del expediente. Con la información allegada a este trámite no es posible establecer con certeza si efectivamente se emitió una sentencia jurídicamente válida y lo que se resolvió.

Hasta ahora, lo cierto es que si existe una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario que continúa vigente, conforme a la respuesta del INPEC. En virtud de ello, por integración sería aplicable el artículo 159 de la Ley 600 de 2000. Así, la privación de la libertad del señor VA es legal.

En el caso hipotético de ordenar la libertad, la situación jurídica del accionante continuaría indefinida, hecho que transgrede el derecho al debido proceso y a una administración de justicia pronta y eficaz. En tal sentido, la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería resulta razonable porque al ordenar se convoque a audiencia de verificación de allanamiento e individualización de pena, se busca obtener una sentencia con una decisión

que en un sentido u otro permita definir la situación del accionante.

[...]

Como no todo extravío o destrucción del expediente supone una privación ilegal de la libertad, y en este caso ya se están tomando medidas para atender las irregularidades en el proceso penal al que se encuentra vinculado el señor MAVA, en aras de garantizar no sólo seguridad jurídica sino también la protección a los derechos al debido proceso y a una administración de justicia pronta y eficaz, para esta Magistrada no resulta procedente la protección de hábeas corpus demandada.

COMPULSACIÓN DE COPIAS - Procedencia / **COMPULSACIÓN DE COPIAS** - Comisión Seccional de Disciplina judicial: para que investigue por presuntas faltas disciplinarias cometidas

«[...] es evidente la irregularidad en la que incurrieron los funcionarios públicos que conocieron de la actuación. Pasados casi dos años de supuestamente haberse dictado la sentencia, ni de oficio ni a petición de parte se buscó la reconstrucción del expediente o tener certeza del resultado del proceso. En razón de ello, se confirma la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba de compulsar copias ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de ese departamento».

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES -

Elementos / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Protege por igual los titulares de los derechos de propiedad y de posesión / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - Verbo rector: alcance / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: evolución normativa / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de genero para adoptar la decisión judicial

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de F.A.V.C., contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que revocó el fallo absolutorio del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sabanalarga, y lo condenó por el delito de invasión de tierras o edificaciones., la Corte analizó el asunto con perspectiva de género, dando aplicación a los mandatos contenidos en la Convención de Belém do Pará, en especial, sus artículos quinto, que garantiza a toda mujer el libre y pleno ejercicio de derechos, civiles, políticos y económicos, y séptimo, que impone como obligación del Estado, entre otras, adoptar las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

Por tanto, la Sala determinó que, la conducta punible de la que se responsabiliza al acusado emerge como una especifica forma de violencia de

género que afecta claramente los derechos económicos y patrimoniales de la víctima, su dignidad humana y el derecho fundamental a la igualdad. Para el efecto, explicó los delitos de invasión de terrenos o edificaciones y de perturbación de la posesión sobre inmueble; explicó sus diferencias y concluyó que, el primero de ellos protege por igual a los titulares de los derechos de propiedad y de posesión, razón por la cual no casó la sentencia de segunda instancia.

SP849-2022(51402) de 16/03/2022

Magistrada Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Los señores F.A.V.C. y M.M.L., conformaron una unión de hecho, en la cual adquirieron un lote por la suma de \$4'500.000, ubicado en el corregimiento La Peña, municipio de Sabanalarga.
2. Posteriormente, dieron por terminada la relación sentimental, debido a que el procesado V.C., se radicó en el país de Venezuela, quedando la denunciante en posesión del inmueble. Luego en el mes de enero del año 2009, el indagado cedió en venta el 50% del inmueble, a la señora M.L., por la suma de \$2'250.000 y en el año 2010 ésta última declaró su posesión regular ente un

notario e inscribió ese acto ante la Oficina de Instrumentos Públicos, en el certificado de tradición del inmueble.

3. En el mes de enero de 2011, el acusado regresó del vecino país, irrumpiendo de manera forzosa el inmueble de su excompañera, impidiendo la entrada de los inquilinos, que por esa época tenía la denunciante.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: documento anónimo como medio probatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Evidencia documental: Presunción de autenticidad / **POSESIÓN** - Pruebas para corroborarla / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Se configura / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - Verbo rector: alcance / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - No se configura

«[...]

Por este aspecto debe declararse la improperidad del cargo, ya que los documentos cuestionados por el actor, presumiéndose auténticos, estaban en condición de ser valorados por el sentenciador siguiendo los criterios establecidos en el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, satisfechos, dicho sea de paso, tal como precisaron los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público, pues no se advierte que hubieren sido alterados en su forma ni en su contenido, transmiten un conocimiento claro y preciso del hecho que acreditan (posesión), y revelan acontecimientos de ocurrencia común por cuanto exponen la celebración de un específico negocio jurídico, es decir, un acto de disposición de intereses particulares alusivo a la cesión de los derechos que el acusado tenía en el inmueble individualizado en la escritura 371, derechos que compartía con la querellante por haberlos adquirido durante la vigencia de su relación como compañeros permanentes.

[...]».

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria: principio de trascendencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Violación indirecta de la Ley sustancial: errores en la producción y en la apreciación probatoria

«[...]

La producción de ese resultado depende de la capacidad que el medio de convicción afectado tenga para incidir el sentido de la decisión, en cuanto establezca una acreditación fáctica diferente e imponga una respuesta jurídica sustancialmente contraria a la opugnada, potencialidad de la que carecen los elementos de convicción enunciados por el demandante, pues, por su contenido, resultan insuficientes para desvirtuar la facticidad establecida por el juzgador de segundo grado, como con acierto lo devela el Fiscal Delegado ante la Corte. Ciertamente, las declaraciones de los testigos PA y PR, no anuncian ni acreditan hechos distintos a los establecidos por otros medios en el juicio, esto es que el acusado compró el inmueble varias veces indicado, adquisición que hizo en la época de convivencia marital con la querellante MML, sin que las declaraciones de los testigos logren desvirtuar que el acusado ocupó indebidamente el bien sobre el cual ejercía posesión la víctima, dato relevante en la configuración de la conducta punible por la cual lo condenó el sentenciador de segundo grado».

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Se configura / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - Verbo rector: alcance / **PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE** - No se configura

«Carece igualmente de sustento la afirmación del actor, según la cual, el acusado no ejecutó el delito de invasión de tierras o edificaciones, sino del punible de perturbación de la posesión sobre inmueble, previsto en el artículo 264 del Código Penal, hipótesis que no desarrolló, pues omitió acreditar que con las pruebas practicadas en juicio se estructura el componente fáctico de esa preceptiva, de manera concreta, que el acusado pretendía afectar la posesión de la señora ML y que el acto perturbador lo ejecutó ejerciendo violencia sobre las personas o las cosas existentes en el sitio, modo comportamental que determina la tipicidad de la conducta en ese otro atentado a la propiedad o los derechos sobre los bienes raíces.

Al contrario, lo que se acreditó en juicio es que el acusado penetró en el inmueble sin ejercer ningún tipo de violencia o fuerza. Incluso, no se mencionó, siquiera, que en ejercicio de la acción haya tenido al menos contacto con algún morador o visitante en el lugar y que hubiere

procedido contra ellos de modo violento. Tampoco se insinuó que hubiere violentado la entrada o alguna de dependencia del inmueble. De hecho, lo que se sabe es que el acusado aprovechó la facilidad que representaba ingresar de modo abusivo al inmueble, conforme lo relata la afectada MML, quien declaró que el acusado “se metió porque la casa estaba abierta... la casa estaba abierta por eso se metió él ahí...”; dato suficiente para descartar la conducta violenta que actualiza la perturbación de la posesión sobre inmuebles.

[...]».

INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES - Configuración / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Tipicidad objetiva / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Tipicidad subjetiva: ingrediente subjetivo, propósito de obtener un provecho ilícito / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Elementos / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Evolución Legislativa / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Jurisprudencia constitucional / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda

«[...]

El artículo 263 el Código Penal establece que incurre en el delito de invasión de tierras o edificaciones quien, con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos.

[...]

Se acredita de esa manera que el acusado penetró en forma clandestina, sin derecho alguno, un inmueble ajeno. Ingresó aprovechando que la puerta estaba abierta, se asentó en el lugar, se proclamó propietario y desalojó a quienes allí moraban retirándoles sus pertenencias. De ese modo, afectó tanto los derechos de la querellante, poseedora regular del fundo, como los del inquilino que ella por voluntad y poder había establecido allí.

En esas condiciones acertó el Tribunal en cuanto halló satisfecho el estándar de conocimiento para condenar en este caso, pues se demuestra con el testimonio de la ofendida que en el inmueble en cuestión se encontraba viviendo un vecino a quien ella de manera solidaria le facilitó refugio

en su casa, dado que en el sector se inundaban las viviendas

[...]

De igual modo, al concluir que la conducta además de típica “es antijurídica porque causó un daño al patrimonio económico de la denunciante y es culpable porque tuvo conciencia de la ilicitud de su conducta y aun así escogió el camino de la ilegalidad.”

[...]».

ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer: concepto / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: aplicación de la Convención de Belem Do Pará / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: evolución normativa / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Vulneración: cuando no se aplica y el juez incurre en dinámicas machistas contra la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Derechos de la mujer: se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de genero para adoptar la decisión judicial / **INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES** - Protege por igual los titulares de los derechos de propiedad y de posesión

«[...]

Desde esa perspectiva, la conducta punible de la que se responsabiliza al acusado, emerge como una específica forma de violencia de género que afecta claramente los derechos económicos y patrimoniales de la víctima, su dignidad humana y el derecho fundamental a la igualdad, el cual, de conformidad con los artículos 13 y 47 Superiores, determina que mujeres y hombres tienen iguales derechos y oportunidades, y repudia todo acto de discriminación emprendido contra la mujer.

Las conductas contrarias a los derechos y garantías de la mujer, que acarrearán violencia de género, son un atavismo con el que pugnan las sociedades modernas, especialmente en países de aletargada evolución económica, política y social, en los cuales las relaciones de poder, estructuralmente patriarcales, machistas, normalizan la desigualdad entre hombres y mujeres y tiende a minimizar y ocultar la violencia que las afecta. Sobre el punto la jurisprudencia constitucional enfatiza que las mujeres son sujetos de especial protección constitucional debido a que presentan una

situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familiar, a la educación y al trabajo, e ilustra cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha indicado que en los casos de violencia contra la mujer, las obligaciones específicas derivadas de la Convención de Belém do Pará, refuerzan y complementan las obligaciones generales contenidas en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas (...), una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”.

[...]

La sentencia recurrida respeta estas reglas y corrige el desacierto del juez de primera instancia, que consideró atípico el comportamiento del acusado, porque el inmueble que invadió no era de propiedad de la víctima y se trataba de una simple poseedora, con lo cual desconoció que el tipo penal de la invasión de terrenos o edificaciones, protege por igual a los

titulares de ambos derechos, y contravino por esa vía el mandato contenido en el artículo 5° de la Convención de Belém do Pará, que garantiza a toda mujer el libre y pleno ejercicio de derechos, civiles, políticos y económicos.

[...]

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único: no se puede hacer más gravosa su situación / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único: legalidad de la pena

«Es cierto como lo advierte el Fiscal Delegado ante la Corte que el sentenciador de segundo grado fijó la pena por fuera del marco legal establecido al momento de los hechos, por cuanto consideró la sanción para el delito de invasión de tierras prevista en el texto original del artículo 263 de la Ley 599 de 2000, esto es, sin atender el incremento correspondiente al artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Sin embargo, la condición del sentenciado como recurrente único impide corregir el error y ajustar a la legalidad la pena que le correspondía al acusado».

ABUSO DE CONFIANZA - Delito de ejecución instantánea / **PRESCRIPCIÓN** - Delito iniciado o consumado en el exterior: aumento del término / **PRESCRIPCIÓN** - Abuso de confianza calificado y agravado / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo: que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: el arraigo no se demuestra con la sola enunciación del lugar de residencia del enjuiciado

La Corte se pronunció sobre los recursos de casación interpuestos por el apoderado de la parte civil y la Procuradora 353 Judicial II Penal de Barranquilla, contra la sentencia proferida por la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, que revocó la del Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a S.B.G.P. por el delito de abuso de confianza calificado y agravado.

La Sala de Casación Penal, casó la sentencia recurrida por los cargos contenidos en las demandas. En consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia, pero lo modificó redosificando la pena impuesta, por vulneración de los principios de congruencia y non bis in ídem, porque la fiscalía acusó a S.B.G.P. por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, pero ninguna mención expresa hizo en punto a circunstancias de menor o mayor punibilidad, de manera que no podía el fallador inferirlas del sustrato fáctico.

En este caso, en primer lugar, analizó la figura de la prescripción respecto del delito de abuso de confianza calificado y agravado, teniendo en cuenta el aumento del término dispuesto cuando la conducta inició o se consumó en el exterior; posteriormente, explicó la diferencia existente entre los punibles de hurto agravado por la confianza y de abuso de confianza, y finalmente, examinó la procedencia de los subrogados penales de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de prisión domiciliaria, avalando la posición del *a quo* de negarlos.

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. S.B.G.P., fungió como rectora de la Universidad Autónoma del Caribe entre el 4 de noviembre de 2003 y el 6 de agosto de 2013.
2. Entre noviembre y diciembre de 2006, A.E.S., nombrada asesora de marketing de la Uniautónoma, contactó a P.E.G.Q. y D.F.G.Z., propietario de una compañía, los que expusieron frente a la entonces rectora y otros directivos, un proyecto exclusivo y confidencial para la obtención de cuantiosos réditos en el extranjero, mediante la colocación de un capital inicial en bancos americanos o europeos que sería invertido por un operador financiero canadiense, identificado como T.F., en documentos representativos de deuda redimibles a mediano plazo.
3. Dentro de esa opción de financiamiento, según los proponentes, se requería un millón de dólares estadounidenses (USD \$1.000.000) en una cuenta bancaria internacional, en cualquiera de los bancos que integraban el Top 25 de mayor prestigio, listado también aportado por los expositores, dado que facilitaban plataformas de intercambio o "Trading". La cuenta, según ellos, podía estar a nombre de la universidad o de alguno de sus directivos.
4. En esa reunión, supuestamente, se acordó que S.B.G.P. ofrecía sus cuentas personales, con el fin de realizar la inversión con mayor agilidad.
5. El 13 de febrero de 2007, el entonces director financiero de la Universidad Autónoma del Caribe, en ejercicio de sus facultades estatutarias, transfirió USD\$1.006.000 desde la cuenta corriente de la institución en el Banco de Crédito de Barranquilla con destino al Helm Bank de Miami, con lo cual se dio apertura a una cuenta corriente en esa misma sucursal. Movimiento que fue conocido por la rectoría, dado que se requirió su aval para ello.
6. Para la administración de esta cuenta en el exterior, el director financiero autorizó su firma, la del representante legal y la de S.B.G.P.,

como rectora del claustro educativo. Sólo ella realizó los trámites pertinentes ante el Helm Bank en Miami para disponer del mencionado producto financiero. La cuenta corriente en mención funcionaría bajo la modalidad de cuenta colectiva, esto es, cualquiera de las firmas autorizadas podía disponer de los recursos depositados, toda vez que no se exigía su concurrencia.

7. Encontrándose consignada la suma de un millón seis mil dólares estadounidenses (USD \$1.006.000) en la cuenta corriente que tiene la Universidad Autónoma del Caribe en el Helm Bank de Miami (Florida), la entonces rectora, S.B.G.P., prevalida de la autorización conferida a su firma, trasladó la suma de un millón de dólares estadounidenses (USD \$1.000.000) de dicha cuenta a una de su propiedad en el Wachovia Bank, también en Estados Unidos.

8. El mencionado traslado de divisas tuvo lugar el 20 de febrero de 2007, cuando G.P. libró un cheque a nombre del Helm Bank de Miami por ese valor y, a su vez el mismo banco expidió un cheque de gerencia a su favor, siendo entonces ese instrumento negociable o título valor el que la procesada depositó en su cuenta corriente personal, en el Wachovia Bank.

9. La rectora de la Uniautónoma comunicó a P.E.G.Q. y D.F.G.Z. que el proyecto de inversión había sido avalado por la entidad, de manera que contaba con el capital inicial que se requería para iniciar el proyecto, a fin de obtener recursos, a título de beneficios. Les informó que dicho capital se lo había entregado la universidad en calidad de préstamo y que de ello tuvieron conocimiento los órganos colegiados de la casa de estudios.

10. Estando el capital depositado en la cuenta personal de G.P. en el Wachovia Bank, a finales del mes de agosto de 2007, fue transferido al banco Liechtensteinische Landesbank en Zurich (Suiza), donde se dio apertura de una cuenta a su nombre.

11. Lo anterior, según la procesada, dado que por gestiones del corredor internacional T.F., el 4 de agosto de 2007 celebró un contrato con una empresa dedicada al "trading", que le exigió trasladar el capital al Liechtensteinische Landesbank, toda vez que, al parecer, la sociedad tenía sus movimientos de dinero en ese banco de Zürich.

12. Después de supuestas negociaciones infructuosas con la empresa en mención, S.B.G.P. transfirió el USD\$1.000.000 al HSBC de Hong Kong (China), en octubre de 2008, a una cuenta bancaria de propiedad de una entidad representada por T.F., pues según este operador existían mejores programas de inversión en China y las negociaciones serían más fáciles si el dinero estaba bajo su administración directa.

13. Finalmente, aunque se dice que el dinero fue invertido por el ciudadano canadiense en el arriendo de unos bonos históricos en México y Alemania, por intermedio de una fundación de éste, no brindó información concreta, alegando la confidencialidad de dichas negociaciones.

14. Por consiguiente, a la fecha no se tiene certeza sobre la existencia de T.F., a quien nadie ha visto ni conoce su ubicación concreta, ni se tiene noticia del millón de dólares estadounidenses (USD \$1.000.000) que, en febrero de 2007, S.B.G.P., como rectora de la Universidad Autónoma del Caribe, retiró de la cuenta de la institución educativa en Miami, gracias a que había sido autorizada con su firma para administrar dicho producto financiero.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Delito iniciado o consumado en el exterior: término a tener en cuenta / **ABUSO DE CONFIANZA** - Consumación / **ABUSO DE CONFIANZA** - Delito de ejecución instantánea / **ABUSO DE CONFIANZA** - Elementos / **PRESCRIPCIÓN** - Delito iniciado o consumado en el exterior: aumento del término / **PRESCRIPCIÓN** - Abuso de confianza calificado y agravado / **PRESCRIPCIÓN** - Evento en que prevalece sobre la sentencia absolutoria / **SENTENCIA ABSOLUTORIA** - Prevalencia frente a la prescripción

«[...]

De cara al escenario probatorio expuesto, conviene reiterar que esta Corte, de antaño, ha sostenido que la consumación del delito de abuso de confianza opera, como delito de ejecución instantánea, cuando el sujeto agente, a quien le ha sido confiada o entregada la cosa mueble ajena mediante un título precario, exterioriza el primer acto de apropiación o incorporación del objeto a su patrimonio.

[...]

De lo expuesto, colige la Sala que el ad quem incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, por distorsión, por cuanto tergiversó la expresión objetiva de las pruebas reseñadas, en el sentido de aseverar que la acusada pudo estar en Colombia al momento de consumación del delito contra el patrimonio económico, siendo que la procesada relató, en injurada, que acudió a los bancos en Miami para obtener la expedición del cheque de gerencia y su posterior consignación en su cuenta personal, devenir ratificado por los extractos y demás certificados bancarios relacionados en precedencia.

Corolario de lo anterior, omitió aplicar el inciso 6° del artículo 83 original del Código Penal, contentivo del incremento en la mitad del término prescriptivo cuando la conducta ha sido iniciada o consumada en el exterior.

Por consiguiente, la prescripción de la acción penal por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, objeto de acusación, aun no habría operado, si el máximo de la pena asciende a 9 años (artículo original 250, núm. 4° y 267, núm. 1° del Código Penal) y dicho guarismo se incrementa en la mitad por haber sido consumado el delito en el exterior (13 años, 6 meses). Luego, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el 23 de julio de 2015, se interrumpió el término para correr nuevamente, pero por la mitad del señalado en el artículo 83, que para el caso sería de 6 años y 9 meses, resultando así que dicho fenómeno extintivo operaría el 23 de abril de 2022, como lo advirtió el juez de primer grado.

Vale destacar, con ocasión del tema debatido, que el Tribunal también hizo una lectura equivocada de la postura jurisprudencial que esta Corporación ha sostenido en punto a la prelación de la absolución sobre la prescripción, pues si en gracia a discusión hubiese operado el fenómeno extintivo, lo procedente, en el caso concreto, habría sido declararlo.

En efecto, siendo la prescripción de la acción penal una institución de orden público, en virtud de la cual, el Estado pierde su capacidad de investigación y juzgamiento por el trascurso del tiempo, una vez cumplido el lapso establecido por el legislador para ello, debe el fallador declararla, pues obrar más allá de dicho límite, conlleva desconocer las formas propias del juicio, incluso cuando lo que se pretende es adoptar determinaciones que puedan favorecer al procesado, como la absolución.

Esta regla, en virtud de la cual advertido el fenómeno extintivo debe declararse, solo tiene dos excepciones: i) cuando la sentencia de segundo grado es absolutoria, siempre que el fundamento del reproche en sede de casación no sea la exoneración con que se benefició al encartado y, ii) en los eventos en que el procesado renuncia a la prescripción, en ejercicio de la prerrogativa que consagra el artículo 85 del C.P.

Conforme lo expuesto, refulge que el Tribunal no se encontraba bajo ninguno de los supuestos en mención. De manera que, si en efecto, había fenecido el plazo para adelantar la acción penal desde el 24 de julio de 2020, así lo debió reconocer en el fallo de segunda instancia.

[...].

ABUSO DE CONFIANZA - Consumación / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por distorsión: se configura / **ABUSO DE CONFIANZA** - Elementos: elemento normativo, que se le haya confiado / **ABUSO DE CONFIANZA** - Se configura

«[...]

Por consiguiente, la autorización de la firma constituyó el título o acto jurídico mediante el cual el titular de la cosa mueble, esto es, la Universidad Autónoma del Caribe, confirió un derecho precario a la procesada, cual era, la facultad de administración y disposición de la cuenta, sujeto a la obligación de destinar los recursos en procura de los objetivos institucionales del ente educativo, es decir, reconociendo el dominio ajeno. Existiendo, por ello, entre las partes un concurso real de voluntades, pues SBGP, por su parte, aceptó el encargo, cuando refrendó su firma personalmente en el Helm Bank de Miami.

De ahí que la relación entre GP y el dinero apropiado fue jurídica, pues el acceso a la suma en cuestión estuvo precedido por el aval de su firma como rectora, emanado del director financiero, quien estatutariamente estaba facultado para ello por la entidad, incluso, sin la previa consulta o aprobación de la Sala General o del Consejo Directivo, al punto que la encartada logró la emisión de un cheque de gerencia por USD\$1.000.000, que luego depositó en su cuenta personal.

Sin que a dicha prerrogativa le fuese oponible la limitación estatutaria de que trata el artículo 36

del Acuerdo No. 231-01 del 5 de diciembre de 2003, pues aun cuando conforme a dicha normativa, la procesada solo podía ordenar gasto hasta por 59 s.m.l.m.v., es claro que la convalidación que la universidad le dispensó para administrar la cuenta bancaria en el Helm Bank de Miami en manera alguna estuvo sujeta a dicha cuantía, toda vez que la procesada logró retirar el millón de dólares sin requerir refrendación distinta a la conferida por su propia signatura. Si la entidad educativa hubiese tenido la intención de restringir el monto, habría advertido en ese sentido a la entidad bancaria, por medio del director financiero.

De ahí que el Tribunal haya incurrido en falso juicio de identidad por distorsión -no así en falso raciocinio-, pues pese a que OSM dijo que la universidad autorizó la firma de la acusada para administrar los recursos de la cuenta en Miami, es decir, del millón de dólares que habían sido transferidos para su creación, el ad quem le atribuyó al medio de prueba el entendido de que la procesada solo podía disponer de 59 s.m.l.m.v., siendo que en ningún momento el testigo adujo que la autorización impartida hubiese sido restringida en ese monto. En consecuencia, el fallador de segundo grado alteró el contenido material del referido medio de convicción, al punto que bajo esa errada valoración, concluyó que GP no sostuvo un vínculo jurídico con el dinero de la universidad en la cifra efectivamente apropiada, para descartar la existencia del título no traslativo de dominio y absolver a la sindicada.

Por tanto, como el ingrediente normativo característico del delito de abuso de confianza sí existió, el cargo propuesto por los censores tiene vocación de prosperidad».

ABUSO DE CONFIANZA - Configuración: requiere la realización de un acto externo de disposición sobre el bien mueble con ánimo de incorporarlo al patrimonio / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Un suceso no puede ser y no ser a la vez / **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN** - Se vulnera

«[...]

En ese orden de ideas, para la Corte, GP tomó USD\$1.000.000 de una cuenta en el exterior, de la Universidad Autónoma del Caribe, en ejercicio abusivo de la administración que le había sido conferida por la corporación sin ánimo de lucro,

para transferirlos a su cuenta personal, con el fin de invertirlos en la adquisición de papeles de deuda que, según PEG, AES y DFG, le reportarían ingresos astronómicos en corto tiempo.

Refuerza el anterior aserto que la encartada empleó sus cuentas personales para movilizar los fondos por medio de otras cuentas en bancos internacionales, aduciendo que provenían de su propio patrimonio, por lo que tenía plena disposición de ellos. Se insiste que estas decisiones no fueron puestas en consideración de la Sala General ni del Consejo Directivo, siendo tomadas de manera unilateral por la encartada.

De ahí que la supuesta exigencia de que existiera un proyecto de gran impacto social por parte la institución educativa para participar en el exclusivo y confidencial plan de inversión se advierte por la Sala como una apariencia para ocultar el verdadero interés de los intervinientes en la negociación, pues causa extrañeza que si el plan tenía como propósito obtener recursos para la modernización de la universidad, el rendimiento esperado se concretara en un mediano plazo de 10 años, siendo que la reestructuración era apremiante. Recuérdese que, según AES, el ente educativo se encontraba en etapa de acreditación para el 2007 y de acuerdo con PEGV, ya habían sido sancionados por la administración municipal debido a la ausencia de parqueaderos.

Es para la Sala evidente que la procesada, prevalida de la administración que le había sido conferida del patrimonio de la universidad, se apropió del capital inicial equivalente para la época a \$2.239.959.600 pesos colombianos, para ponerlo a entera disposición de quien ha sido identificado como TF, persona a la que jamás conoció personalmente y que le fue recomendado por DFGZ como un operador financiero canadiense. No obstante, dijo este último que no conoce los negocios que F ha llevado a cabo, dado que son confidenciales, pudiendo acotar, únicamente, que administra un supermercado.

Es más, demostrado está que SGP se apoderó del dinero, pues desde el 2007 a la fecha, han transcurrido más de 15 años sin que haya retornado los recursos, debidamente actualizados al cambio de la divisa, a su verdadero dueño, la Universidad Autónoma del Caribe. Y, si en gracia a discusión se admitiese que, en efecto, fueron invertidos en bonos históricos que aun no son exigibles, es claro que

el negocio no estaba encaminado a beneficiar a la corporación educativa ni ésta prestó su aquiescencia en ello.

[...]

Por consiguiente, de cara a los cargos expuestos por los libelistas y que son objeto de análisis en este acápite, fuerza concluir que el ad quem incurrió en error de hecho por falso raciocinio, pues si la defensa sostuvo que SBGP fue autorizada por la Universidad Autónoma del Caribe para obtener créditos en la banca internacional, mientras que la Fiscalía adujo que ningún aval emitió la entidad en ese sentido -ni siquiera para llevar a cabo un proyecto de inversión con un capital de USD\$1.000.000-, el Tribunal desconoció el principio lógico de no contradicción al concluir que ambos supuestos eran ciertos, pues conforme a dicho precepto, dos juicios que entre sí se contradicen, no pueden ser verdaderos al mismo tiempo, en especial cuando la valoración crítica del acervo probatorio arrojaba que le asistía razón al ente investigador».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia / **NON BIS IN IDEM** - Se vulnera / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Deben aparecer en la resolución de acusación tanto las genéricas como las específicas fáctica y jurídicamente / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Imputación fáctica y jurídica en la acusación / **CASACIÓN OFICIOSA** - Variación de la calificación jurídica: redosificación de la pena / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Situación en la que se viola el principio de doble incriminación

«[...]

De cara a lo expuesto, surge palmario que el juez de primera instancia contravino los principios de congruencia y non bis in ídem. En primer lugar, porque la fiscalía acusó a SBGP por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, pero ninguna mención expresa hizo en punto a circunstancias de menor o mayor punibilidad, de manera que no podía el fallador inferirlas del sustrato fáctico.

[...]

En segundo lugar, el funcionario judicial desconoció la prohibición a la doble incriminación atendiendo a que ya el ente investigador había enrostrado a la procesada el haberse apropiado de bienes “destinados a la

utilidad común”, como causal que califica el abuso de confianza, en atención a que la Universidad Autónoma del Caribe es una corporación sin ánimo de lucro dedicada a la educación, por tanto, no podía acudir al mismo supuesto para sustentar un mayor reproche en sede de punibilidad.

Dichos errores imponen a la Sala su corrección oficiosa, con fundamento en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, toda vez que la exclusión de circunstancias agravantes de la punibilidad implica ubicarse en el primer cuarto mínimo, en los términos del artículo 61 del C.P., lo que ciertamente incide en la pena a imponer.

En ese orden de ideas, por no existir circunstancias de mayor punibilidad, se acudirá al cuarto mínimo que comprende de 48 a 63 meses de prisión y multa de 40 a 217,55 s.m.l.m.v. Para respetar la proporción y las consideraciones expuestas por el fallador, la Sala fijara las penas en el máximo de los citados cuartos, esto es, 63 meses de prisión y multa de 217,5 s.m.l.m.v. La accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se establecerá por el mismo término de la privación de la libertad».

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo: que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: factores eliminados con la Ley 1709 de 2014 / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Arraigo: análisis (Ley 1709) / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Factor subjetivo: el arraigo no se demuestra con la sola enunciación del lugar de residencia del enjuiciado / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Improcedencia

«[...]con respecto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, advierte la Sala que se supera el factor objetivo de 3 años señalado en el numeral 1º del artículo 63 original del Código Penal, vigente para la consumación del delito, toda vez que la pena de prisión impuesta es de 63 meses, esto es, 5 años y 3 meses. Asimismo, se rebasa el límite introducido por el artículo 29 de

la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 original del C.P., de cuatro (4) años, motivo por el cual se descarta que esta disposición sea más favorable para la sentenciada.

Por consiguiente, el incumplimiento del factor objetivo dispuesto en la norma, tanto en su versión original como modificada, releva a esta Corporación de hacer mayores comentarios respecto de los demás requisitos establecidos para la procedencia del subrogado. No procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En punto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, el artículo 38 original del C.P, dispone como requisito para su procedencia que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

Bajo esa condición, en línea de principio, la condenada podría ser acreedora al sustituto, dado que la sentencia fue proferida respecto del delito de abuso calificado y agravado, cuya pena mínima, según los artículos 250 y 267 originales del C.P., es de 4 años, por ende, se cumple con el aspecto objetivo dado que no se supera el límite señalado en la norma, motivo por el cual es necesario establecer la satisfacción de los demás requisitos que concurren para su otorgamiento.

Señala el numeral 2º de la norma en cita que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permitan al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Al respecto, considera la Sala que el presupuesto subjetivo no se satisface, en atención a que la conducta punible cometida por la acusada revistió trascendencia social pues, aunque recayó sobre el bien jurídico del patrimonio económico de una entidad de carácter privado, es claro que los recursos estaban destinados a la consecución de un beneficio común, como lo es la educación superior, al punto que la apropiación revistió un detrimento significativo que ralentizó el progreso de la Universidad Autónoma del Caribe, en cuanto a la modernización de su planta educativa.

Además, no deja de sorprender que la encartada haya manifestado un demarcado desdén al momento de disponer de la muy alta y considerable suma, propiedad de la corporación, pues movida por la ambición de recibir

cuantiosos beneficios a cambio de la inversión, poca importancia le mereció el bienestar de quienes conformaban la comunidad educativa, pese a que fue acogida en un cargo honorario por más de 10 años, como lo es la rectoría. Hechos que denotan un inadecuado desempeño personal y laboral.

Además, tal como lo destacó el a quo en acápite similar, la procesada también fue condenada como determinadora de soborno en actuación penal, en decisión del 24 de agosto de 2015, situación que sin duda permite inferir que su desempeño social no se ajusta al cumplimiento de las normas ni al respeto por las instituciones, de manera que implica un riesgo para la comunidad, al punto que posible que reitere su comportamiento delictivo.

Por consiguiente, a la luz de los fines de la pena, resultaría necesario que la acusada purgue la sanción en establecimiento carcelario.

Ante este escenario, procede la Sala a constatar la procedibilidad del mecanismo sustitutivo al tenor de la reforma al instituto efectuada con la Ley 1709 de 2014, por medio del artículo 23, que adicionó el canon 38 B al Código Penal, por resultar más favorable en tanto no está sujeta a consideraciones de índole subjetivo, como las expuestas para negar la prisión domiciliaria en aplicación del artículo 38 en su versión original.

En efecto, se cumple el primer requisito previsto en el numeral 1° de la norma en cita, dado que la conducta punible por la cual se impuso sanción en la sentencia, abuso de confianza calificado y agravado, prevé una pena mínima de 4 años de prisión, es decir, que no rebasa el límite de 8 años

dispuesto en la norma. Igualmente, se constata que la conducta punible en mención no está incluida en el listado del inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, en ninguna de sus modificaciones.

[...]

No obstante, advierte la Sala que más allá de lo expuesto, no obra elemento de convicción que permita establecer vínculo social, familiar, de comunidad, trabajo o actividad entre SBGP y la dirección mencionada, para concluir que allí la procesada decidió asentarse de manera permanente, al punto que ni siquiera conoce la Sala si el mencionado inmueble es de su propiedad o si reside con algún familiar, sin que el ente investigador o el defensor hayan realizado labor alguna por establecer este aspecto.

Sumado a ello, en el proceso no reposa información adicional para establecer con claridad si esa dirección corresponde al lugar donde la procesada tiene su arraigo actualmente, pues la sentencia condenatoria de primera instancia fue proferida hace más de dos años, la procesada recobró su libertad con ocasión del fallo de segunda instancia de manera inmediata e incondicional y las notificaciones han sido realizadas, desde ese momento, a su correo electrónico, desconociéndose sus actuales vínculos sociales, familiares y laborales.

En tal virtud, ante la falta de demostración del arraigo social y familiar de la acusada, la negativa a la prisión domiciliaria se mantiene, pero por los motivos que acaban de ser expuestos».

FEMINICIDIO - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprime por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género / **FEMINICIDIO** - Diferente al homicidio simple causado a una mujer / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Violencia contra la mujer: ejercida en una relación asimétrica, bajo condiciones de discriminación basada en estereotipos de poder, sobre la idea recurrente de inferioridad de la mujer / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases / **DETERMINADOR** - Configuración: no es necesario que se compruebe el pago por el encargo criminal lo

esencial es hacer nacer la idea criminal en el autor material

Decidió la Corte el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor de F.A.G.C. contra la sentencia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante la cual revocó la providencia absolutoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Duitama, y en su lugar condenó al procesado, por primera vez, como determinador del delito de feminicidio agravado en la modalidad de tentativa.

En esta ocasión, la Sala, con enfoque de género, estudió la estructura típica del delito de feminicidio y la determinación como forma de participación punible; para luego examinar el caso concreto desde el punto de vista de: la materialidad de la conducta de feminicidio agravado en grado de tentativa, y la responsabilidad del procesado a título de determinador, análisis que le llevó a confirmar la sentencia impugnada.

SP1167-2022(57957) de 06/04/2022

Magistrado Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. F.A.G.C. y Y.P.S.R. sostuvieron una relación de pareja durante 6 años, fruto de la cual tienen hoy una hija menor de edad. La relación entre ambos transcurrió de manera pacífica, hasta que Y.P.S.R. decidió terminarla e inició un noviazgo con L.A.D.F., en el año 2017. Dicha situación encolerizó a F.A.G.C., quien empezó a acosarla, amenazarla y además agredió físicamente a su nueva pareja.

2. Aproximadamente a las 2:00 de la mañana del día 9 de julio de 2017, mientras Y.P.S.R., se desempeñaba como vigilante, fue atacada por L.A.R.A., quien le causó graves heridas con arma blanca. El agresor fue posteriormente capturado y la víctima se salvó de morir gracias a la oportuna atención médica.

3. L.A.R.A. fue condenado por estos hechos, tras la suscripción de un preacuerdo con la Fiscalía, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, señaló que F.A.G.C. le ofreció una suma de dinero a cambio de que atentara contra la vida de su excompañera sentimental Y.P.S.R.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / FEMINICIDIO - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprime por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género / **FEMINICIDIO** - Diferente al homicidio simple causado a una mujer / **FEMINICIDIO** - Bien jurídico tutelado / **FEMINICIDIO** - Elementos:

ingrediente subjetivo, no se agota en las circunstancias expresadas en los literales del artículo 104A de la ley 906 de 2004

«[...]

En primer lugar, el delito de feminicidio consiste en causar la muerte por la condición de ser mujer. Esta expresión introduce un elemento subjetivo del tipo, el cual se fundamenta en la motivación que debe llevar al sujeto activo a privar de la vida a una mujer.

Este elemento le otorga autonomía normativa al tipo de feminicidio y permite diferenciarlo particularmente del homicidio simple causado a una mujer. Así, el homicidio simple de una mujer no requiere motivación, mientras que el feminicidio sanciona la circunstancia de haber acabado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer.

En el feminicidio, este móvil que lleva al agente a terminar con la vida de la mujer comporta no sólo una vulneración al bien jurídico de la vida, sino también la lesión a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Con este delito el legislador reprime y pretende desestimular la muerte de las mujeres con carácter discriminatorio, entendido como un acto de sujeción y dominación.

Ahora bien, este elemento subjetivo del tipo, no debe entenderse de forma restringida, simplemente como un asesinato motivado por la misoginia, esto es, por el desprecio y odio hacia todas las mujeres. Pues, matar a una mujer por aversión hacia las mujeres, es el evento más obvio de un “homicidio de una mujer por razones de género”, dado que también se comete la conducta cuando la muerte de la mujer es consecuencia de la violencia en su contra en un contexto de dominación y su causa está asociada a su instrumentalización y discriminación.

En segundo lugar, el tipo penal de feminicidio contiene un elemento alternativo consistente en “o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias”, las cuales corresponden a seis escenarios descritos en los literales a) al f) del artículo 104A que acompañan la comisión de esta conducta punible.

Frente a estos escenarios, la Corte Constitucional ha señalado que son elementos contextuales que contribuyen a revelar o mostrar el elemento

subjetivo del tipo penal; sin embargo, aseguró que no lo pueden reemplazar ni llevan a prescindir de su existencia. Además, el elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos, puesto que éste puede ser inferido de una gran cantidad de contextos que no corresponden con los enunciados en los literales del artículo 104A. En consecuencia, el delito de feminicidio se comete cuando se causa la muerte de una mujer en razón a su condición dentro de esas u otras circunstancias, de las cuales el elemento subjetivo del tipo también pueda ser inferido».

ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer: ejercida en una relación asimétrica, bajo condiciones de discriminación basada en estereotipos de poder, sobre la idea recurrente de inferioridad de la mujer / **FEMINICIDIO** - Violencia contra la mujer: es producto de prejuicios y estereotipos de género / **FEMINICIDIO** - Violencia contra la mujer: está dirigida a perpetuar el estado de dominación que se ejerce sobre la mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que está sometida

«[...] frente a la violencia contra la mujer enunciada en el literal a) del artículo 104A del Código Penal por el cual fue condenado el procesado, la Corte Constitucional ha establecido que esta violencia es un problema estructural producto de prejuicios y estereotipos de género, asociados al lugar que la mujer ha cumplido en la sociedad a través del tiempo. Así, la mujer era identificada por su supuesta debilidad y dependencia y por el desempeño del rol de madre, cuidadora y ama de casa.

La discriminación de la que son víctimas las mujeres como consecuencia de los estereotipos de género, también conduce a presunciones sobre ella “como que es propiedad del hombre, lo que, a su vez, puede desencadenar prohibiciones de conducta y violencia física y psicológica”.

Cuando la mujer desconoce estos estereotipos que históricamente le han sido forzosamente asignados o asume comportamientos incompatibles con los esperados dentro de su estado de dominación, puede desatar en su contra rechazo y violencia. Esta violencia cumple entonces una doble función: de un lado, constituye acciones discriminatorias, y, por el otro, es una práctica instrumental dirigida a perpetuar el estado de dominación que se ejerce

sobre la mujer y mantener las circunstancias de discriminación a las que ella está sometida».

DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer: clases / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, física / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, sexual / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, psicológica / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: clases, económica

«La violencia contra la mujer puede ser de tipo físico, sexual, psicológico y económico. La violencia física corresponde a todos aquellos casos en que intencionalmente se provoca, o se realizan actos con la capacidad para provocar la muerte, daños o lesiones físicas.

La violencia sexual implica obligar a la mujer a mantener prácticas o contacto sexualizado físico o verbal, a través del uso de la fuerza, la intimidación, la coerción, el chantaje, el soborno, la manipulación, la amenaza o en general cualquier mecanismo que anule o limite la voluntad de la víctima.

Por su parte, la violencia psicológica se realiza cuando se desvaloriza a la mujer y se afecta su autoestima. Estas agresiones se ejecutan a través de “manipulación, burlas, ridiculización, amenazas, chantaje, acoso, humillación, menosprecio, control, celos o insultos, reprimendas o expresiones de enfado”.

FEMINICIDIO - Configuración

«[...] frente a la violencia ejercida sobre la mujer seguida de su muerte en el marco de una relación sentimental, particularmente de parejas heterosexuales que conviven o se encuentran separadas, esta Sala ha señalado que:

“el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “pertenerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género”.

DETERMINADOR - Concepto /
DETERMINADOR - Elementos

/ **DETERMINADOR** - Dolo: de instigación y de ejecución

«[...]

A partir del texto legal, esta Sala ha establecido que el determinador “es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente”.

Además, ha señalado que los elementos de esta forma de participación criminal son: i) que el determinador genere o refuerce en el determinado la definitiva resolución de cometer el delito; ii) el determinado debe cometer una conducta típica consumada o en grado de tentativa; iii) la existencia de un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia del dominio del hecho por parte del determinador; y v) el dolo del determinador.

[...]».

FEMINICIDIO - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprima por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género / **FEMINICIDIO** - Elementos: ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprima por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género, demostración / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: demostración / **FEMINICIDIO** - Circunstancias: literal A

«[...]

Todo lo anterior, comprueba la violencia basada en género a la cual estuvo sometida YPSR por parte de FAGC días antes del ataque en la casa Santillana, toda vez que el procesado consideraba que su ex pareja sentimental aún “le pertenecía” y por tal razón la ofendía, acosaba y amenazaba con hacerle daño a LADF (como finalmente ocurrió), pues no aceptaba que hubiesen terminado su relación y que SR tuviera una nueva pareja.

DETERMINADOR - Demostración / **DETERMINADOR** - Se configura / **FEMINICIDIO** - Se configura: tentativa / **DETERMINADOR** - Configuración: no es necesario que se compruebe el pago por el cargo criminal lo esencial es hacer nacer la idea criminal en el autor material

«[...]

El señalamiento de LARA en contra de FAGC también coincide con las circunstancias en que ocurrieron los hechos. En efecto, es claro que FAGC y YPSR fueron pareja durante varios años. Ante la negativa de ella de continuar con esta relación y tras el inicio de un noviazgo con LADF, GC motivado por los celos empezó un ciclo de agresiones en contra de la víctima y su nueva pareja, el cual terminó finalmente con la promesa remuneratoria que el procesado le hizo a alias [...] y el subsecuente ataque contra la mujer.

Así, FAGC en su afán de evitar que YPSR dejara de “pertenecerle” y consecuente con su amenaza consistente en que no la “dejaría tranquila” y “que no iba a permitir que ella estuviera con L”, le prometió a LARA que le pagaría dos millones de pesos a cambio de que atentara contra la vida de su ex pareja.

De lo expuesto se deduce que en el actuar de FAGC concurren todos los elementos para declararlo determinador de la conducta punible de feminicidio agravado, los cuales fueron reseñados en el numeral 6.4 de esta decisión.

Así pues, i) FAGC hizo nacer la idea criminal en LARA, consistente en atentar contra la vida de YPSR, a cambio de la suma de dos millones de pesos; ii) el determinado cometió la conducta típica en grado de tentativa; iii) es claro el vínculo entre el ataque de alias [...] contra la víctima y la inducción realizada por el procesado, consistente en una promesa económica, toda vez que el autor material no tenía motivo alguno de atentar contra la vida de SR; iv) el acusado carecía del dominio del hecho, toda vez que RA fue quien eligió el momento, el lugar y la forma en la cual cometería el delito; y finalmente v) el procesado actuó con doble dolo, de un lado, para instigar e influir en la mente del autor material y hacer nacer la idea criminal en él y de otro lado, en que se lograra la ejecución de la conducta punible que incluía el elemento subjetivo del tipo y la consecución del resultado típico.

De otro lado, al igual que lo hizo el ad quem, se encuentra demostrada la agravación punitiva del literal c del artículo 104B del Código Penal, por cuanto la comisión de la conducta punible se cometió con el concurso de FAGC y LARA.

[...]

Por otro lado, la defensa técnica del condenado considera que el ad quem contravino las reglas de la experiencia cuando tuvo como probado que GC incidió en una persona con antecedentes

penales, con quien además no tenía amistad ni acuerdo alguno y que además no recibió dinero de parte del procesado.

Esta censura tampoco tiene asidero, por cuanto, tal como fue expuesto durante el proceso, precisamente por sus antecedentes penales RA era buscado para cometer delitos. Alias [...] si conocía a GC y a pesar de que no hubo testigos de un acuerdo entre ambos o del pago por la comisión de la conducta punible, para declarar la existencia de la determinación no es necesario que se compruebe el pago por el encargo criminal, toda vez que lo sustancial es hacer nacer la idea criminal en el autor material, lo cual puede ocurrir a través de una promesa remuneratoria, sin que sea necesario acreditar el pago efectivo, como efectivamente ocurrió en este caso.

En segundo lugar, el impugnante afirma que del testimonio de LARA se deduce que él actuó autónomamente en estado de ebriedad y bajo los efectos de la cocaína. No obstante, es evidente que el ejecutor no hubiese tomado esta decisión si no hubiese mediado la influencia del sentenciado, toda vez que no existía relación entre la víctima y RA, quien además no tenía motivos propios para atentar contra ella.

Finalmente, el profesional del derecho considera que no se demostró la existencia de un acuerdo de pago entre su defendido y el autor material. Sin embargo, tal como se expuso a lo largo de la

parte considerativa de esta providencia, está demostrado con las pruebas practicadas en juicio y las circunstancias que rodearon el hecho, que GC le prometió a RA el pago de dinero a cambio de que atentara contra la vida de YPSR.

En conclusión, en el presente asunto está demostrado más allá de toda duda razonable que FAGC es penalmente responsable a título de determinador de la conducta punible de feminicidio agravado en la modalidad de tentativa, y en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo».

Es claro que el maltrato que FAGC ejerció sobre YPSR constituía una forma de mantenerla bajo su control, por esto la acosó e intimidó y el asedio y la violencia aumentó a medida que ella se aproximaba a dejar de “pertenerle”, pues ella había consolidado su relación con LADF, quien además 9 días antes del ataque le propuso matrimonio.

Esto permite desvirtuar además el reproche realizado por el abogado de la defensa en la impugnación, consistente en que entre GC y la víctima se presentaron simples discrepancias de conocimiento público, puesto que lo que en realidad ocurrió fue que el acusado era autor de agresiones físicas y psicológicas en contra de SR y su nueva pareja».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:

promover grupo ilegal, diferente con el concierto para delinquir simple / **PARAMILITARISMO** - Antioquia / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo: son los individuos integrantes del grupo ilegal los únicos conocedores, con posibilidades reales de revelar el delito / **PARAMILITARISMO** - Acuerdo de Fátima

La Sala confirmó la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, que condenó a L.A.R.B. como autor del delito de concierto para delinquir agravado con la finalidad de promover grupos armados ilegales, al concluir, luego de analizar minuciosamente las pruebas recaudadas, que se logró un grado de conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal que le asiste.

SP1243-2022(60511) de 20/04/2022

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Los hechos que le han sido atribuidos a L.A.R.B., cuya concreción jurídica aparece en la resolución acusatoria como constitutivos del delito de concierto para delinquir agravado, le imputan haber recibido él y su movimiento político aportes económicos y apoyo para sus diversas campañas del año 2001 a 2007 por grupos de autodefensas, así como también que en los primeros meses de 2005, cuando se desempeñaba como Senador

- de la República se reunió en una finca del Municipio de Bello, con diversos jefes paramilitares a efecto de acompañar la aprobación de la Ley de Justicia y Paz que en ese momento hacía trámite en el Congreso.
2. Acreditado que L.A.R.B. fue elegido para la Cámara de Representantes durante los periodos 1982-1986 y 1986-1990, así como al Senado de la República en los periodos 1990-1994 y 2002-2006, alternando su desempeño como alcalde de la ciudad de Medellín entre 1992 y 1994 y como gobernador del Departamento de Antioquia de 2008 a 2011, el 27 de agosto de 2013 se dispuso la apertura de formal investigación penal en su contra.
 3. El 30 de agosto de ese mismo año el inculcado fue escuchado en indagatoria y el 5 de septiembre se resolvió su situación jurídica, decretándose detención preventiva en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado, decisión que se mantuvo al denegarse la reposición intentada por la defensa.
 4. Recaudada la prueba decretada, a través de auto del 19 de marzo de 2014 se dispuso el cierre de instrucción, decisión mantenida en firme al desatar el recurso de reposición impetrado.
 5. Incorporadas las resoluciones que prorrogaron la suspensión de órdenes de captura libradas en contra de algunos miembros de las AUC, e informes de Policía Judicial, el 24 de abril de 2014 se acusó a L.A.R.B. como presunto autor del delito de concierto para delinquir agravado, tipificado por el Art. 340 del C.P., a la vez que le fue imputada la circunstancia de mayor punibilidad del Art.58.9 ibidem, decisión contra la cual el defensor del procesado interpuso recurso de reposición, mismo declarado desierto por falta de sustentación a través de auto calendarado el 7 de mayo de esa misma anualidad, cobrando entonces firmeza el pliego de cargos.
 6. Con sujeción al Art. 400 de la Ley 600 de 2000, se surtió nuevo traslado a los sujetos procesales, orientado esta vez a la realización de la audiencia preparatoria, para mediante auto del 15 de julio de 2014 disponerse la práctica de diversas pruebas solicitadas por el acusado y aquellas oficiosamente decretadas.
 7. El 19 de enero de 2015 se dio formal inicio a la audiencia pública, aportándose en desarrollo de este rito múltiples pruebas y de diversa índole, acto que se prolongó a través de sucesivas sesiones hasta el 2 de marzo de 2017 cuando se presentaron alegatos por parte del Ministerio Público, haciéndose lo propio el 7 de marzo posterior por parte de la defensa. A su vez, mediante auto del 23 de noviembre de 2016, como efecto de revocar oficiosamente la medida de aseguramiento que pesaba en contra del procesado, le fue concedida libertad.
 8. Mediante auto del 4 de abril de 2018, la Sala Penal ratificó su competencia en este asunto y la imposibilidad de suspender la actuación por no encontrarse hasta ese momento implementada la reforma constitucional contenida en el A.L.01 de 2018.
 9. El 19 de julio de 2018, constituida y tomada posesión de sus integrantes, la Sala Especial de Primera Instancia, el proceso fue remitido ante ella.
 10. Una vez dispuesto el trámite relacionado con la evacuación de profusas recusaciones y manifestaciones de impedimento, así como acción de tutela promovida contra el Magistrado Ponente en primera instancia, el 1° de octubre de tal anualidad se profirió sentencia condenatoria en la presente actuación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NULIDAD - Sala de Casación Penal: Analiza los argumentos con incidencia en el debido proceso y el derecho de defensa, aun cuando el impugnante señala que no pretende que se decrete una nulidad

«[...]

Inusualmente, no obstante que como fue advertido, dice el doctor RB que no procura la “revocatoria o nulidad” de lo actuado, pone en cuestión un hipotético quebranto de sus garantías judiciales, cuando, como se verá, las mismas han sido rigurosamente preservadas y sin que por ello pueda tener lugar la sugerencia contraria o eventualidad de su menoscabo.

Mucho menos hacerlo con el escueto prurito de resaltar pretendidos vicios sin procurar consecuencias, pues precisamente esta metodología conlleva elaborar una soterrada

constancia sobre una conducta judicial antijurídica inexistente por parte del Estado jurisdiccional colombiano en estas diligencias».

PROCESO PENAL - Principio de preclusión de los actos procesales / **NULIDAD** - No se configura: cuando ninguno de los vicios alegados enerva el debido proceso

«Sobre la justificación material de las diversas decisiones adoptadas dentro de este asunto y específicamente aquellas relacionadas con la propia iniciativa determinante del inicio de la actuación penal, la apertura de la averiguación y consiguiente vinculación indagatoria y afectaciones a la libertad del procesado, no va la Corte a destiempo a avalar su juridicidad, no sólo porque ninguno de los supuestos vicios implícitos en cada proveído están en opción de enervar el debido proceso, sino también porque dichos actos han quedado en estado de preclusión de sus efectos, tramitados como lo han sido con sujeción a la Ley procesal que los reguló, pero además, porque no están en oportunidad de viciar las decisiones que les sucedieron y mucho menos afectar el fallo condenatorio de primer grado que es objeto de valoración en este momento.

[...]».

FUERO - Aforados constitucionales: procedimiento, se rige por la Ley 600 de 2000 / **FUERO** - Gobernador: investigación en única instancia respeta el debido proceso / **FUERO** - Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados / **NULIDAD** - Falta de competencia: no se configura

«[...]

En todo caso, de manera profusa, hubo la Corte de pronunciarse a partir de la entrada a regir del Acto Legislativo 01 de 2018, en el sentido de advertir que el mandato contenido en dicha reforma constitucional no suponía ipso facto el decaimiento de las competencias y responsabilidades propias de la Sala de Casación Penal, toda vez que el hecho de la promulgación de tal normativa no entrañaba la entrada en funcionamiento de las nuevas Salas Especiales creadas, pues, como era material y racionalmente entendible, el período en tránsito hasta la

conformación de las listas de candidatos a las mismas, su elección, posesión y consiguiente discernimiento de nuevas competencias, no podía implicar la cesación o suspensión de aquellos procesos que ya tenían existencia jurídico-procesal. Esta fue la única tesis sostenida por la Sala en forma reiterada en los proveídos Rad. 51142, 37395, 50969, 39768, 35215, 47188, 32785, 52029, 49315 de 2018 y 54795 de 2019, entre muchos otros.

Este criterio, desde luego, tomó fundamento apodíctico en la realidad creada por la falta de implementación coetánea o regla de transición de la reforma constitucional para procesos como el presente, de donde se descartaba cualquier opción contraria, pues la Corte no podía cesar en su deber de administrar justicia sin perturbaciones, ya que, como fue advertido, se trata de “una garantía fundamental inquebrantable la imperiosa necesidad de administrar justicia sin interrupciones y, por ello, se afirma que la Corte no puede cesar en sus funciones de investigar y juzgar a los aforados constitucionales tal y como lo establece el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política”. (CSJ SP1148-2018, 18 abr. 2018, rad. 47188).

[...]

Para abundar en razones sobre la postura que se cita y prevalece, también la Corte se pronunció, haciendo además notar que el criterio de la Sala de Casación Penal fue respaldado por la Corte Constitucional, con lo cual, desde luego, queda al propio tiempo despejado cualquier reparo sobre la juridicidad de la solución implementada, para mantener vigentes los principios superiores del derecho y la administración de justicia en estos casos.

[...]».

DEBIDO PROCESO - Se vulnera: cuando se filtra un proyecto de sentencia / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera: cuando se filtra un proyecto de sentencia, no se subsana apartando al magistrado o juez ponente sin que exista prueba de que él lo filtró / **PROVIDENCIAS** - Filtración del proyecto de providencia: reglas dadas por la Corte Constitucional / **DERECHO A LA INFORMACIÓN** - De los medios de comunicación: frente a proyectos de providencias judiciales / **IMPARCIALIDAD JUDICIAL** - Concepto / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - Concepto / **IMPARCIALIDAD JUDICIAL** -

Elemento objetivo / **IMPARCIALIDAD JUDICIAL** - Elemento subjetivo / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - Se garantiza a través de los impedimentos y recusaciones / **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD** - No se vulnera

«[...]

Conforme fue clarificado en la decisión de 2021, si bien en esta oportunidad de manera específica el debate no se concentró en el estudio del derecho a la información de los medios de comunicación a diferencia del caso resuelto en proveído del 2019, sino en apartar al Magistrado Ponente del conocimiento del proceso en que se produjo la revelación ilegal, en ambos casos se puntualizó que no había lugar a expedir órdenes de protección por presentarse el fenómeno procesal de carencia actual de objeto por daño consumado, declarando, además, que esas sentencias constituían por sí mismas una forma de reparación.

En efecto, en SU174 de 2021, la Corte fijó como espectro derivado de este caso, manteniendo en esencia como se ha indicado el mismo fundamento de las premisas teóricas sentadas en SU274 de 2019, las siguientes reglas:

“Finalmente, de la decisión adoptada en esta oportunidad se pueden extraer las siguientes reglas:

i) La filtración del proyecto de sentencia constituye una violación de la reserva de información judicial que impacta el proceso, afecta a las partes, a la administración de justicia y a la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, se trata de una conducta reprochable que exige actuar de manera inmediata para que se adelanten las investigaciones correspondientes.

ii) La imparcialidad del juez se presume en tanto la competencia para conocer los asuntos está definida por reglas generales, previas y objetivas, y está sujeta a mecanismos ajenos a su esfera como el reparto aleatorio. Igualmente, esta presunción tiene fundamento en los artículos 6, 29 y 83 de la Carta, ya que la acción de todo funcionario público se encuentra gobernada por las presunciones de legalidad y buena fe, y los deberes de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

iii) No obstante dicha presunción, es razonable suponer que la presión mediática en medios de comunicación o redes sociales generada por la filtración de las ponencias, puede afectar la

imparcialidad objetiva y subjetiva, que constituye una garantía indispensable de la función judicial.

iv) La filtración de los proyectos de sentencia condenatoria viola la garantía del debido proceso, en lo que respecta a la presunción de inocencia. Sin embargo, la afectación, de carácter subjetivo de la imparcialidad debe ser valorada, en primer lugar, por el juez correspondiente a través de la manifestación del impedimento o puede ser planteada por el interesado mediante recusación. Por lo tanto, serán los jueces que califiquen el impedimento o la recusación los que valoren si la situación en concreto produjo una afectación de la imparcialidad.

v) La afectación de la imparcialidad por la filtración se evalúa en el caso concreto, pero no puede generar, sin impedimento y recusación, separación del caso del magistrado ponente.

vi) En la filtración de los proyectos de sentencia se configura una situación objetiva de afectación de la imparcialidad cuando se demuestra que el juez fue el responsable en la filtración -situación que exige un proceso disciplinario o penal-.”

[...]

Por ello, como fue resuelto con toda claridad por la Corte Constitucional en la decisión referida, la separación automática del Magistrado ponente en este caso resultaba inadmisibles, en la medida en que el supuesto en que se afianzó no está erigido legalmente como causal de impedimento y la circunstancia de que se expusiera al conocimiento público el proyecto de sentencia sin tratarse de un hecho directa y comprobadamente atribuible a la autoridad judicial, no podía ser admitido como un instrumento litigioso extrajudicial para provocar su inhabilitación.

[...]

De otra parte, si bien la Corte Constitucional mantuvo en lo esencial el contenido y alcance del derecho a la libertad de información como fue concebido en la sentencia SU274 y en doctrina fijada por lustros en esa Corporación, misma que impone su prevalencia sobre la reserva judicial, bajo el claro entendido como ya se indicó, que la responsabilidad legal en tal materia es de los servidores públicos y no de los medios de comunicación, sostuvo que la difusión por avidez noticiosa de información reservada que atañe a un proceso penal, entre otras consecuencias, “pone en duda la imparcialidad de los jueces y la correcta administración de justicia” (No.108), lo

que dicho de otra manera, en todo caso significa reconocer que tal transmisión termina atentando contra la independencia judicial, pues es inocultable que esta clase de mecanismos infieren y regularmente procuran tales efectos sobre la propia credibilidad, probidad y autonomía del juez.

[...]

El hecho de que el apelante discrepe con las decisiones que se han adoptado frente a cada una de sus pretensiones, orientadas como han estado esencialmente a procurar sustituir a su juez con el indefinido argumento de persistir parcialidad de su parte, o que una vez más al sustentar el recurso de apelación sostenga que la prueba del quebranto de la garantía de imparcialidad proviene de las decisiones en que le han sido denegadas, hace evidente la falta de razón que le asiste».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos / **FUERO** - Congresista: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones

«Los cargos que le fueron imputados en la decisión acusatoria de 24 de abril de 2014 al procesado, en correlato con los cuales se emitió la sentencia condenatoria de primer grado, en los términos y por las razones que se glosaron al sintetizar la decisión impugnada, tipifican el delito de concierto para delinquir en los términos del artículo 340, inciso segundo del C.P. (modificado por la Ley 733 de 2002).

Los hechos constitutivos de este delito lesivo de la seguridad pública, como queda visto y conforme con el entendimiento que de su contenido y alcance fijara la Corte a partir de proveído del 1° de septiembre de 2009 (Rad. 31653), mantiene el fuero de su juzgamiento cuando quiera que pese a cesar en el ejercicio como congresista, la conducta tenga relación con las funciones desempeñadas.

[...]

Por lo tanto, si se asume que tratándose de Congresistas, el aporte no puede ser diverso “al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la República”, la probabilidad de que, en este caso, ello hubiese ocurrido, se ofrece admisible para asumir la competencia y para finiquitar la instancia, pues se juzga entre otras eventualidades, el acuerdo entre el político y las autodefensas con miras a

garantizar el acceso de un sector del paramilitarismo al Congreso de la República, para lo cual el ejercicio del poder político del representante era esencial en la construcción del diálogo ilegal que da origen al concierto.”».

LEY 890 DE 2004 - Aumento de penas art. 14: inaplicación, en proceso adelantado por la Ley 600 de 2000 / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de ejecución permanente / **DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Aplicación de la favorabilidad

«[...]

Con sujeción al pliego acusatorio, como queda visto, la primera instancia recordó con la jurisprudencia vigente sobre el particular, que en este caso el delito por el que debe responder el inculcado es el previsto por el artículo 340.2 del C.P., con la modificación introducida por la Ley 733 de 2002, prescindiendo no solamente del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, dado que este asunto ha sido tramitado bajo las reglas de la Ley 600 de 2000, sino también de la nueva normativa contenida en la Ley 1121 de 2006, toda vez que si bien mantuvo la misma conducta objeto de imputación (separando el inciso segundo del artículo 340 del C.P.), introdujo una sanción más gravosa, con lo cual escapa de cualquier controversia que es lo legal y jurídicamente correcto, aplicar el precepto original por las razones señaladas, como también, así se determinó con fuerza vinculante en la resolución de acusación».

CONCIERTO PARA DELINQUIR – Concepto / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Bien jurídico tutelado / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito autónomo / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito de mera conducta

«[...]

Se trata, por tanto, de un tipo penal que atenta contra la seguridad pública, de carácter autónomo y mera conducta, a través del cual se anticipa la barrera de protección penal, toda vez que en la modalidad básica comportamental se materializa a través de un acuerdo o convenio de voluntades con el que varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, en abstracto, que no obedecen a un plan delictivo preconcebido, siempre y cuando la actividad que los convoca carezca de frontera temporal, o lo que es igual, debe tener vocación de permanencia en el tiempo.

Describe, por ende, un acuerdo delictivo orientado a la comisión de delitos en sentido abstracto y en forma permanente».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Delito de peligro / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, diferente con el concierto para delinquir simple / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Modalidades / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Conducta: grado del juicio de reproche depende de la modalidad

«[...]

Ciertamente, en hipótesis de conducta como de la que se da cuenta en estos casos, la asociación para delinquir que como acuerdo de voluntades subyace al delito de concierto, está específicamente orientada a promover grupos armados ilegales y a la comisión de diversa clase de delitos, con lo cual es evidente la puesta en peligro para el bien protegido y se hace aún más nociva cuando quiera que emerge de la relación habida entre individuos representativos de la institucionalidad o con vocación de dicha representatividad y esa clase de asociaciones delictivas, provocando, sin duda, perturbación para la tranquilidad ciudadana, a la vez que desconfianza en desarrollo de las actividades de la colectividad.

Es así que tratándose específicamente de acuerdos ilegales entre representantes de la institucionalidad y grupos criminales, mismos que consiguientemente sobrevienen a la asociación delictiva conformada y a los que por ende se llega a través de actos de adhesión, adherencia, incorporación o integración en los términos señalados, éstos suponen mayor rechazo, pues como bien se ha advertido, expresan una manera indirecta de cooptar el Estado y de poner a disposición de organizaciones delictivas la función pública, es decir, que se instrumentaliza en orden a la promoción de dichos grupos logrando su fortalecimiento, extensión y mayor ámbito de influencia.

El delito de concierto para delinquir en la modalidad agravada de promover esta clase de grupos al margen de la ley, por parte de actores políticos, exige desde luego que dicho rol se cumpla manteniendo la misma finalidad específica de comisión delictiva predicable de la

organización, como elemento típico que lo estructura.

A través de tal promoción, la delincuencia adquiere preponderancia, status, reconocimiento y una legitimación aparente; todo lo cual se procura derivado de actos de fomento por quienes siendo cabezas visibles de la institucionalidad se alían, procurando mimetizar a individuos al margen de la ley y revistiendo así sus actividades ilegales dentro de la dinámica que el ejercicio del poder les confiere, como si se tratara de expresiones lícitas de él.

[...]

A su vez, asumiendo según se dijo que el núcleo de la prohibición se concentra en el acuerdo de voluntades, en la medida en que se trata de un tipo penal de mera conducta que anticipa la protección penal y concreta el contenido de la antijuridicidad en diferentes niveles de riesgo para la seguridad pública, la Sala se refirió a su estructura dogmática realzando las diferentes escalas de injusto que define [...]

PARAMILITARISMO - Investigación llevada a cabo por la Corte

«En orden a entender objetivamente el punible materia de este juicio, previa la conceptualización teórica del delito de concierto para delinquir en la modalidad sancionada con mayor rigor referida a la promoción de una organización ilegal, es prolegómeno absolutamente indispensable valorar con un criterio de contexto el influjo del paramilitarismo y en particular la indescionable incidencia que ha tenido en los últimos 30 años en Colombia, en su propio funcionamiento y en el devenir de nuestras instituciones políticas, económicas y sociales, es reconocer que en su proceso evolutivo el fenómeno paramilitar si bien se originó en respuesta y contención a la insurgencia, justificado en la falta de autoridad del Estado para contenerla, casi en forma simultánea a la vez que se fusionó, en determinados escenarios, con las fuerzas militares del Estado y con el narcotráfico, hizo lo propio con autoridades públicas del orden local, regional y nacional, influyendo en forma preponderante en procesos electorales, mediante el apoyo directo o indirecto a aquellos candidatos afines a sus propósitos e intereses, a través de la compra de votos, propaganda, soborno a funcionarios, financiación subrepticia de campañas políticas, prácticas indebidas de presión a electores que llevaban implícita la

mediación de pactos corruptos, todo lo cual condujo a que el jefe paramilitar Salvatore Mancuso declarara a los medios de comunicación el 4 de agosto de 2005 que por lo menos el 35% de los Congresistas electos lo fueron en zonas de influencia paramilitar y con apoyo de su organización, aspecto ya relevado en los comicios.
[...]

PARAMILITARISMO – Antioquia / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: La condición del testigo no implica su falta de credibilidad, paramilitar / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo: son los individuos integrantes del grupo ilegal los únicos concededores, con posibilidades reales de revelar el delito

«Para abordar este aspecto que se relaciona directamente con los nexos existentes entre el procesado RB y algunas facciones integrantes del paramilitarismo o de quienes conocieron de dicho vínculo y que de la misma manera afianzan el grado de proximidad habido entre ambos extremos del concierto imputado, es imprescindible comenzar por destacar que fue precisamente en el Departamento de Antioquia, como de ello da cuenta la historia judicial que lo atestigüa inocultablemente, en donde emergieron con abrumadora fuerza grupos armados ilegales, autodefensas o carteles de la droga, que culminaron por adherir a diversos actores políticos y desencadenaron en bandas o combos que aún a la fecha constituyen motivo de desestabilidad social.

De concreta incidencia paramilitar en este Departamento, se han relacionado a los Bloques Central Bolívar, Metro, Cacique Nutibara, Bananero, Héroes de Tolová, Héroes de Granada, Mineros, Élmer Cárdenas, entre otros, que ejercieron poder de facto, así como narcotraficantes y combos urbanos con asiento en el área Metropolitana del Valle del Aburra, articulados a través de la denominada “Oficina de Envigado” (luego enmascarada en la Corporación Democracia), que permearon, como era su interés varias veces expresado, también el poder político local y nacional hasta nuestros días. Este es un conocimiento prolijamente documentado.

El influjo que tuvieron los paramilitares, específicamente en los procesos electorales a lo largo y ancho del Departamento de Antioquia - elocuente corroboración del beneficio derivado de

acuerdo ilegal subyacente-, es notable a través de mecanismos de intimidación, compra de apoyos, así como mediante la complicidad de algunos miembros integrantes de la policía, las Fuerzas Militares y líderes políticos.

[...]

En este sentido, no está de más precisar que si bien el apoyo político a una campaña no es en sí mismo delictivo, sin duda adquiere tal carácter cuando se ofrece por un grupo armado que controla y tiene poder general en un sector de potenciales electores; con mayor razón cuando como sucede en el presente asunto, el acceso a zonas determinadas de población o para hacer política, sólo era posible si el grupo armado lo permitía, o en todo caso con su aquiescencia, medida en la cual resulta evidente que los apoyos en ese sentido recibidos por el procesado, a su vez promotor de esos grupos armados, lo fueron consiguientemente y sin duda, a través de la forzosa afectación de mecanismos de participación democrática.

Imperativo a este cometido comenzar por advertir que ningún reparo a priori puede admitirse, como se ha procurado por la defensa técnica y material en este proceso, que sustraiga del plexo probatorio algunos testimonios, fundado en el hecho de ser quienes han declarado en contra del procesado RB, en su mayoría ex integrantes de organizaciones armadas al margen de la ley y por ende condenados por delitos ejecutados durante esa militancia.

Dado el carácter bilateral del acuerdo ilegal subyacente al delito de concierto imputado, difícilmente alguien que no hiciera parte o estuviera cerca de los extremos delictivos inmersos en dicho pacto podría declarar sobre los hechos que lo configuran.

Bien se ha observado sobre el quehacer paramilitar y su relación con dirigentes políticos, que son los individuos integrantes de ese grupo los únicos concededores con posibilidades reales de revelarlo. Pero más aún, que quienes han estado inmersos en el proceso de Justicia y Paz, a su vez, han asumido el compromiso de decir verdad a riesgo de ser excluidos de cualquier beneficio propio de dicha normatividad alterna.

Por ende, la condición de delincuente confeso no niega ni debilita automáticamente la credibilidad de un testigo, ni haber sido declarado penalmente responsable per se lo mengua, superado hace tiempo el criterio o elemento de

valoración sustentado en la fórmula según la cual el testimonio valía lo que vale el testigo, bajo el entendido que la fuente de credibilidad o descalificación se hacía con juicios de moralidad o normalidad.

Tampoco debe tolerarse tal efecto, a través del mecanismo relacionado con procurar desacreditar la veracidad de un testigo utilizando con dicho propósito un instrumento paralelo litigioso consistente en sistemáticamente denunciar a cuantos han declarado en contra de los intereses del procesado, lo anterior desde el lugar común de afirmar tener fuente sus revelaciones en lo que se ha dado en llamar con esa generalidad que quiere abarcar y descalificarlo todo, un imaginario y amorfo “cartel de falsos testigos”.

Mucho menos ante la clara circunstancia de que en relación con cuantos han declarado en esta actuación, nada evidencia ventajas personales o procesales derivadas de haber consolidado imputaciones a terceros, ni se acreditan concretos y reales beneficios punitivos surgidos de sus atestaciones».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, prueba

«La decisión de primera instancia encontró coincidentes en los aspectos más relevantes los testimonios de JRMV, JEV y CEAA, a los cuales sin duda debe integrarse el de YAC, pues a pesar de ocuparse de episodios distintos están esencialmente referidos a la relación y articulación existente entre grupos paramilitares y bandas criminales en la ciudad de Medellín, con autoridades de la policía y algunos políticos, entre ellos LARB, asunto sobre el cual tenían por qué conocer, dado que el radio de su acción delictiva se circunscribía precisamente a dicho entorno.

[...]

Ciertamente, la Corporación Democracia fue una fachada de la Oficina de Envigado. A través de la “Oficina” se manejaban por igual los apoyos económicos y de otra clase a políticos, pero también se daban órdenes para la ejecución de actividades criminales y se proveían armas.

A partir de diciembre de 2003 y dada la desmovilización del Bloque Cacique Nutibara en el mes de noviembre anterior, se produjo el reconocimiento de la organización no

gubernamental Corporación Democracia, orientada teóricamente a acompañar el proceso de reincorporación de los desmovilizados, mismo por el cual el 27 de febrero de 2004 se registró en la Cámara de Comercio, siendo integrantes del Consejo Directivo los desmovilizados DAMÁ (a. [...]) y CMAE (a. [...]). A partir de entonces y hasta el año 2010 la Corporación Democracia contrató con el municipio de Medellín, lo que se suspendió una vez conocido que pese a su fachada legal, era la oficina de Envigado la que a través suyo continuaba con actividades delictivas (C. Anexo 43).

En todo caso, sobre el grado de influencia paramilitar en la actividad política, así como los apoyos dados por los diferentes bloques en el Departamento de Antioquia a los diversos candidatos, como fue advertido en otro aparte, ya habían depuesto FRH a. [...] (1° de diciembre de 2009 dentro del Rad. 27267), JEVG a. [...] (8 de noviembre de 2007), JCS a. [...], IRD a. [...], RPA a. [...], PHSG a. [...] y PEH a. [...], entre otros».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: inconsistencias e imprecisiones / **PRUEBA** - Principio de permanencia

«En ese escenario declaró JRMV ante la Corte dentro del Rad. 26625 el 28 de mayo de 2007, esto es, tres años antes de que lo hicieran todos cuantos afirman vínculos de RB y su movimiento político, con autodefensas.

[...]

Además, el deponente dio cuenta de otra suerte de relaciones posteriores al primer contacto referido, que implicaban compromisos por parte de RB en apoyo logístico a la organización, afirmación que también hicieron otros declarantes; lo que no es de extrañar considerando que el ejercicio de la política es permanente y va más allá del estricto marco temporal de las elecciones, con mayor razón en personas como el procesado que inició su carrera en esa actividad sin interrupción destacable desde comienzo de los años setentas, siendo éste el sentido de la mayoría de declaraciones que dan cuenta de su protagonismo en esa clase de reuniones referidas a la seguridad de Medellín, en donde ejercía un destacado papel en forma continua. De modo que nada obsta que su intervención lo haya sido durante el periodo en que ya era de público conocimiento su aspiración al Congreso de la República, pues como bien lo afirmó el testigo, pudo conocer enseguida de ello

al recibir sobrecitos característicos en los que el candidato se promocionaba a esa Corporación.

[...].».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, caso en que el testigo fue condenado por falso testimonio pero dicho fallo está viciado / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: su credibilidad no es desvirtuada ipso facto, por haber sido calificado como falso testigo / **TESTIMONIO** - Credibilidad: Valoración corresponde al juez

«Imperativo sobre este particular en primer término recordar, que MJPT fue denunciado penalmente por el procesado RB, por la declaración rendida dentro del presente proceso, acusándolo de haber mentido sobre la existencia de una reunión en la Finca [...]. No obstante, como se verá adelante, este hecho quedó absolutamente confirmado a través de multiplicidad de pruebas, en forma tal que no existe la más mínima incertidumbre sobre ese encuentro, con lo cual se hace evidente la mendacidad de la noticia criminal infundadamente presentada en su contra. Precisamente de ello dio cuenta el Tribunal Superior de Medellín en sentencia fechada el 5 de junio de 2018 al confirmar el fallo absolutorio proferido el 11 de agosto de 2017 por el Juzgado 29 Penal del Circuito de esa misma ciudad en favor de PT.

Poniendo en evidencia esa misma deslealtad procesal, dentro del asunto impulsado en contra del testigo A, el 13 de noviembre de 2015, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín negó la aprobación del allanamiento a cargos en sede de imputación por vulneración de los derechos del acusado, en decisión confirmada el 5 de febrero de 2016 por el Tribunal Superior de esa misma ciudad, bajo el entendido que la manifestación del procesado contenía un vicio en el consentimiento.

[...]

Lo transcrito evidencia que no obstante la mediación de una sentencia de condena por falso testimonio, la Corte valoró el testimonio de A dentro del contexto probatorio de aquél proceso, por lo que nada obsta entonces para que en esta actuación por igual se valore, como se ha procedido, con mayor razón cuando se ordenó por la Corte, dada su manifiesta ilegalidad, se

investigara penal y disciplinariamente la colusión o fraude producidos como resultado de tan anómalo acuerdo y cuando, en todo caso, mal puede tolerarse ese método orientado antes que a controvertir la verdad revelada en los hechos de que han dado cuenta sus testimonios, se ha dirigido a desestructurar el sistema de justicia evitando su confrontación dentro del escenario habilitado para ello, con evidente deslealtad procesal.

Y porque además debe enfatizarse que no fue una decisión voluntaria del testigo, sino estratagema urdida por la defensa que lo denuncia con tal cometido, tratándose por ende de una práctica judicial perjudicial y dañina que desestructura el sistema de justicia, conduciendo el debate hacia un nocivo reduccionismo probatorio, que busca excluir del contexto de valoración ciertas pruebas, en desmedro de derechos de los demás sujetos intervinientes en el proceso penal, pero también atentando contra el conocimiento de la verdad que debe ser reconstruida como resultante del ejercicio del contradictorio en el interior de una actuación, a la vez que intenta socavar la autonomía e independencia del juez.

Se tiene la equivocada idea de que la veracidad o credibilidad de un testigo queda ipso facto desvirtuada si se le califica de falso testigo, desapercibiendo que la valoración sobre el mérito que les es propio sólo puede ser la resultante de su estudio y análisis conjunto con todos los elementos probatorios aportados a una actuación; esto es, sólo puede ser sopesada como emanación de un ejercicio autónomo e independiente del juez cognoscente, con sujeción a los valores que infunden los principios de la sana crítica que los orienta y que le imponen su estudio atendiendo la naturaleza del objeto percibido, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma en que declara y todas aquellas singularidades que le son inherentes».

FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS - Origen de los recursos / **FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS** - La entrada de recursos ilegales tiende a no aparecer reportada dentro de la contabilidad de la campaña / **FINANCIACIÓN DE CAMPAÑAS POLÍTICAS** - La entrada de recursos ilegales no se puede desvirtuar a través de formales actividades o acreditaciones de contabilidad legal

«[...]

Dicho de otra manera, no se puede desvirtuar una conducta clandestina e ilegal a través de formales actividades o acreditaciones de contabilidad legal.

Es claro que, por vía de principio en los libros de contabilidad oficialmente registrados nunca se reportan dineros ilegales.

Al fin y al cabo, como bien se sabe, los cargos imputados al procesado no lo son por ingreso de recursos ilegales a sus campañas políticas reportados en sus libros de contabilidad o por sus contadores».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, que el procesado tenga relación con otros políticos condenados por este tipo penal, no lo hace, de manera automática, responsable, sino que debe ser demostrado

«La vinculación de RB con diversos actores políticos de Antioquia, algunos directamente pertenecientes a su movimiento (Unionismo - hasta el 28 de noviembre de 2001-, Equipo Colombia -hasta el 14 de diciembre de 2005- o Alas Equipo Colombia, según la época), o a otros con los cuales igual hizo alianzas en desarrollo de sus aspiraciones políticas, permiten recordar, sin agotar tal relación, que muchos de ellos fueron condenados por nexos con las autodefensas.

[...]

Igualmente, extractado de esa relación inocultable entre el procesado RB y sus copartidarios y socios políticos con nexos paramilitares, obra en el expediente vídeo de la campaña política a la Alcaldía de [...] (2004-2007), región absolutamente dominada por el Bloque Elmer Cárdenas para esa época y por su Proyecto Político “Urabá Grande, Unido y en Paz”, en la que se aprecia que en apoyo al candidato OEMU, RB para entonces Senador de la República, comparte tarima con HJBC (Senador de 2002 a 2006, condenado el 17 de agosto de 2010 dentro del radicado 26585 por su relación con autodefensas) y RAVD (Representante a la Cámara por Equipo Colombia 2002 a 2006. Anticipadamente condenado por concierto para delinquir el 14 de diciembre de 2010 Rad.30126). Dejándose además constancia de la ausencia en el lugar del candidato a la Gobernación RDQV por problemas con su helicóptero (condenado por el delito de concierto para delinquir el 27 de septiembre de 2010 dentro del Radicado 34653).

A propósito, el Consejo Nacional Electoral a través de oficio CNE-FNFP-0809 del 15 de febrero de 2013, remitió a este expediente copias simples del informe de ingresos y egresos de los años 2001, 2002 y 2003 del Movimiento Equipo Colombia (C. Anexo 34).

Tales documentos acreditan, acorde con los Libros de Donaciones, que RDQ, patrocinado como se demostró lo fue con dineros y votos por las autodefensas para sus campañas políticas y condenado por tal contubernio, hizo donaciones al Movimiento por más de \$80 millones de pesos (Fls. 48, 57, 58, 64, 69 y 71).

Es cierto, como lo reclama la defensa, que no puede hacerse una regla de experiencia de acuerdo con la cual si un miembro del movimiento político es condenado por parapolítica, todos quienes pertenecen a él o han hecho alianzas, también tienen esos nexos. Ocurre que la vinculación de RB con integrantes del paramilitarismo no se establece a través de esa clase de inferencias, pues del mismo existen elementos probatorios que directamente lo acreditan».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, resultados electorales, apreciación probatoria / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, ellos hacen parte del grupo ilegal

«En estas condiciones, como se ha precisado, el hecho de ser RB favorecido por facciones paramilitares, directa o indirectamente a través de sus apoyos económicos y electorales, personales o a su movimiento político, a la vez que evidenció el vínculo de relación directa existente con esos grupos, también refleja como correlato de su parte, el patrocinio, impulso o promoción de la organización, pues como ha quedado en claro, dicha connivencia terminó necesariamente fortaleciendo, consolidando y afianzando la estructura ilegal. De ello da cuenta profusa doctrina de la Sala».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: promover grupo ilegal, demostración / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, demostración, espacio temporal de los hechos / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado: promover grupo ilegal, alianzas con políticos, la contribución puede ser económica, social o política

/ **PARAMILITARISMO** - Acuerdo de Fátima
/ **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado:
con fines de paramilitarismo, soporte probatorio
/ **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Dolo
/ **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Agravado:
promover grupo ilegal, se configura

«[...]

Como se reseña sin margen a cuestionamiento alguno en la sentencia de primer grado y será evidenciado adelante, la finalidad de la convocatoria a la finca [...] era asegurar el apoyo a la Ley de Justicia y Paz (que hacía curso en el Congreso) por parte de los cuatro parlamentarios invitados (y en especial del procesado RB, sobre cuya ascendencia en dicha Corporación declararon varios testigos a solicitud de la defensa).

[...]

Sin margen a equívocos, la normativa citada y la declaración del doctor AR permiten ratificar con certidumbre y sin resquicio de dudas, que tanto los miembros de las autodefensas como los del Congreso que se reunieron en la finca [...], lo hicieron subrepticia y clandestinamente, toda vez que así como los paramilitares no podían sin autorización del Gobierno Nacional abandonar la zona de concentración de Ralito, tampoco persona alguna podía entrar en conversaciones sobre concentración, desmovilización y reinserción sin aval oficial.

Mucho menos hacerlo para convenir el contenido de la Ley que les sería aplicada en aspectos que eran de su interés, pues como bien lo indicó el testigo, este era un tema que constituía línea roja, ergo, era prohibido traspasar, estándole absolutamente vedado a quienes podían tener injerencia en ella abordarlo por fuera del Congreso y no sujeta, por tanto, a ninguna conversación, componenda o acuerdo con sus destinatarios, conforme se procedió en este caso, haciéndose así notable de tan significativa manera el soporte y promoción de ese grupo armado al margen de la ley, pues como lo expresó a. [...], ciertamente los Congresistas se comprometieron a apoyarlos en sus pretensiones.

Que la reunión fue furtiva y secreta, es algo que refulge inocultable, no solamente en el empeño de la defensa de RB por desvirtuar la propia existencia de tal encuentro, que por la presión de las constataciones en contra se procuró degradar en su relevancia y hasta en revestir de legalidad,

pues a semejante demostración también acude el testimonio de MJPT, para la fecha en que la misma tuvo lugar quien se desempeñaba como conductor de SM, ya que se conoce que fue encargado por éste de recoger al procesado en su residencia para llevarlo a [...] y luego retornarlo una vez finalizada la reunión a su domicilio, pese a contar con su propio esquema de vehículos y de seguridad y quien dio cuenta de haber escuchado unos días antes de dicho encuentro a SM y JC hablar del mismo (Entrevista del 29 de noviembre y testimonio de 12 de diciembre de 2013).

[...]

La Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, fue aprobada por el Congreso y sancionada el 22 de julio de dicho año.

La Ley aprobada por el Congreso concedió, como lo anhelaban la organización delictiva de las AUC y así se le expresó en la reunión al Congresista RB, que se considerara el paramilitarismo como delito de sedición, modificando el sentido y alcance de esta delincuencia como delito político, con lo que teóricamente se permitirían sanciones menos drásticas e incluso que un condenado pudiera merecer indulto [...]

Para la Corte está plenamente acreditado, no solamente que el cometido de la reunión urdida con sujetos al margen de la ley en relación con los Congresistas que participaron de la misma se cumplió a cabalidad, sino que el apoyo en las pretensiones que les fueron expresadas se consolidó completamente, sin que desde luego se ponga en duda con hechos posteriores que escaparon de su dominio, pues conforme lo reconocieron los miembros de las AUC, la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte a la norma de sedición no era algo con lo que se contara en manera alguna y mucho menos que enseguida se produjera la extradición a los Estados Unidos de América de muchos de sus miembros, todo lo cual se recaba, no desdice por supuesto del hecho acreditado de revelarse un acuerdo con paramilitares desde años atrás, mismo que en relación con la velada referida, encontró sustento para sus finalidades frente a la Ley posteriormente aprobada.

[...]

Está probado que el Congresista acudió a dicha reunión con conocimiento pleno del objeto de la misma y el hecho de que se procuraba sustentara la causa paramilitar, ahora jugada frente a un acuerdo de paz que debía consolidarse con

efectos jurídicos a través de la Ley que se debatía en el Congreso de la República. Ya a [...] había expresado sobre este particular que no podían quienes acudieron a la cita hacerlo sin conocimiento de causa y respecto de RB, según el preclaro entendimiento del testigo, por ya haber sido contactado por el paramilitar VC.

En efecto, está demostrado que el hecho de compartir con paramilitares en la finca de QR, a donde se sintió en confianza a tal punto que consumió bebidas alcohólicas a placer, confirma la relación estrecha y de amistad a que aludió a [...] existente entre RB con individuos al margen de la Ley de las AUC y con su líder VCG, aspecto que se entiende determinante en la circunstancia de consentir semejante encuentro; lo que se revela además, como fue visto, en el hecho de haber recibido apoyo a sus campañas políticas y a las de aquéllos que pertenecieron a su mismo movimiento desde hacía varios años.

[...]

De esta manera, concluye la Corte en que está plenamente acreditado, que el doctor RB se concertó con miembros de una asociación delictiva paramilitar, no sólo para promover su existencia, sino para aprovecharse de los apoyos que en diverso sentido le servían a sus aspiraciones electorales al Senado de la República y a la Gobernación de Antioquia, todo lo cual quedó al descubierto con las diversas reuniones y apoyos económicos y electorales de que ha dado cuenta profusa prueba destacada y que culminaron en la finca [...], so pretexto de incidir en el trámite de una ley que indudablemente iría a favorecer al grupo armado, al darle la posibilidad de obtener un status político, según se ha recabado.

[...]»

DOLO EVENTUAL - Concepto /
PRETERINTENCION - Estructura y requisitos /
HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL -
Demostración / **CASACIÓN OFICIOSA** -
Redosificación punitiva / **DOBLE**
CONFORMIDAD - Redosificación punitiva

que, el homicidio fue preterintencional y no doloso.

SP1344-2022(51710) de 27/04/2022

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

**SALVAMENTOS DE VOTO DE LOS
MAGISTRADOS: Diego Eugenio Corredor
Beltrán y Gerson Chaverra Castro.**

La Corte decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de N.R.S.V., contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la cual revocó el fallo emitido por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia, por las razones del cargo propuesto, pero la casó oficiosa y parcialmente, en el sentido de condenar a N.R.S.V. en calidad de autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado, en modalidad preterintencional, redosificando, en consecuencia, la pena impuesta.

Para ello, analizó la valoración hecha por el *ad quem* a los distintos elementos de prueba (testimonial y pericial), la cual consideró adecuada y apegada a la sana crítica; sin embargo, luego de explicar la calificación del elemento subjetivo de la conducta, determinó

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 4 de enero de 2002, N.R.S.V. quedó solo en la casa donde residía, con su nieta M.A.R.S., de 9 meses de edad, porque I.M.S.R., hija de N.R.S.V. y madre de M.A.R.S., había salido a la tienda.
2. Momentos después regresó a la casa I.M.S.R., encontrando sin signos vitales a su hija, por lo que, junto con N.R.S.V., llevaron a M.A.R.S., al hospital Vecinal de Suba, San Pedro Claver, de esta ciudad, al que ingresó sin signos vitales.
3. De acuerdo con la necropsia practicada al cuerpo de la menor, se determinó como causa de

la muerte “hipoxia cerebral secundaria a síndrome de hipertensión endocraneana por hematoma subdural, edema cerebral y hemorragia subaracnoidea de tipo traumático”, compatible con el síndrome de maltrato infantil agudo.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONFESIÓN - Concepto / **CONFESIÓN** - Análisis / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria: en conjunto con los demás medios de prueba / **PRUEBA PERICIAL** - Apreciación probatoria: debe analizarse en forma individual y en conjunto / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: necropsia, apreciación probatoria / **PRUEBA PERICIAL** - Dictamen: histología, apreciación probatoria / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Proposición: debe ser estructurada con generalidad y universalidad

«[...] imperioso resulta recordar que el artículo 233 de la Ley 600 de 2000 enlista la confesión como medio de prueba, de suerte que su criterio de valoración se ciñe a los postulados de la sana crítica, en el entendido que debe ser cotejado con los demás medios de prueba, para fijar el grado de credibilidad que ofrece, con los efectos favorables o desfavorables para el sindicado respecto de sus planteamientos y, de contera, en relación con las resultas del proceso.

De cara a este marco de apreciación, en el presente asunto, el juez colegiado derribó la credibilidad del relato ofrecido por NRSV, porque no fue unívoco con lo narrado por los testigos y lo expuesto por la madre de la menor.

Este juicio valorativo no puede considerarse como intrascendente dentro del análisis del plexo probatorio, porque SV, pese a admitir el descuido para el momento de la caída de su nieta por la escalera, indirectamente dejó entrever situaciones en perjuicio de su hija procesada por la misma causa y en perjuicio de la credibilidad de su propia confesión, ya que afirmó que su hija estaba presente en el momento y sitio de los hechos, cuando se demostró que mientras estos ocurrían IMSR se encontraba en la tienda comprando un tomate.

Asimismo, clara incongruencia surgió entre el primer relato de SV en indagatoria y su confesión en audiencia pública, en tanto, en la primera, no habla de la caída por las escaleras de la menor y, en la segunda, adicionó el relato indicando que la niña rodó por las escaleras.

En la misma línea, surge incoherente el relato del acusado sobre la caída de la menor por las escaleras, al contrastarlo con el dictamen pericial y la declaración del médico HGM, toda vez que este último concluye que la muerte se debió a maltrato infantil por sacudidas fuertes o zangoloteo, lo cual no correspondía a golpes derivados de una supuesta caída por las escaleras.

Estas contradicciones en puntos medulares indican que el Tribunal no incurrió en error alguno al encausar la valoración equivocada del a quo, en relación con la confesión del acusado, que al ser cotejada con los demás testimonios y otros elementos de juicio necesariamente arroja un resultado incongruente.

[...].

La segunda instancia acertó en su valoración, como quiera que los dictámenes, según el artículo 258 de la Ley 600 de 2000, contemplan una serie de criterios para valorarlos, como la idoneidad del perito, la fundamentación técnico-científica que sustenta el dictamen, el aseguramiento de la calidad aplicada, el sistema de cadena de custodia registrado, etc., lo que permite brindarle credibilidad a una experticia de esas características.

[...]

En ese sentido, el método del conocimiento que imprimió el juez colegiado al apreciar el dictamen de HGM, es consecuente con los postulados de la sana crítica, porque la experticia no solo aseguró la existencia de golpes “contundentes”, sino que existieron padecimientos cerebrales que indicaban zarandeo o maltrato infantil que no correspondían al rodamiento por una escalera y que ocasionaron la muerte de la menor.

[...]

En tal virtud, el razonamiento del ad quem es acertado, por cuanto el resultado histológico no podía analizarse de manera separada, sino en conjunto con la necropsia, tal como lo había enseñado la profesional que lo realizó, de cara a la misión que cumple esa sección médica; es decir, la de confirmar la opinión inicial sobre la presencia de hemorragias en las zonas auscultadas por el perito que realizó la necropsia, el que contó con más elementos de conocimiento al haber revisado en su totalidad el cadáver y las lesiones tanto externas como internas.

[...].».

HOMICIDIO CULPOSO - No se configura
/ **HOMICIDIO AGRAVADO** - No se configura
/ **DOLO EVENTUAL** - Concepto / **DOLO**
EVENTUAL - Configuración / **DOLO**
EVENTUAL - No se configura

«[...]

No obstante, contrario a lo considerado por el ad quem, de cara a la calificación del elemento subjetivo de la conducta, debe decirse que, si bien es cierto no puede considerarse como culposa porque se ha demostrado que las lesiones que padeció la infante y que determinaron su muerte no devienen de caídas y un descuido del abuelo, también lo es que el Tribunal erró en la inferencia sobre la posibilidad que el procesado hubiera dejado al azar la muerte de la menor o que hubiera sido su intención ocasionarle el deceso.

En particular, para la Sala no es posible que la actividad del procesado obedezca a un acto culposo, como quiera que para ello debía faltar al deber objetivo de cuidado del agente y, en este caso, no se extracta de la información que en desarrollo de ese deber la niña o él mismo hayan asumido un riesgo o que el acusado desarrolló una tarea que descuidó o en la que fue negligente; por el contrario, esa posibilidad quedó totalmente desvirtuada al establecerse que la niña no pudo causarse las lesiones en una caída, sino como consecuencia de una fuerza que no puede ser otra que la de su abuelo, quien era la única persona que se encontraba con ella.

Tampoco se observó que se hubiera configurado el dolo eventual, porque el procesado no dejó la vida de la menor al azar, pues, debe recordarse, cuando llegó la mamá, el abuelo estaba con la niña en brazos y enseguida realizó las labores tendientes a que fuera atendida en un centro especializado, pidiéndole ayuda a su vecino para que transportara a la menor hasta la clínica.

Debe recordar la Sala que para la configuración del dolo eventual deben coexistir dos elementos: (i) la previsión de la infracción penal como probable y (ii) la indiferencia respecto de su realización. Entonces, cotejados los hechos con las mencionadas características, no se observa configurado, porque, si bien el enjuiciado podía predecir que un acto como el probado -zarandeo o violencia física- causaría una lesión, no quería causarle la muerte a la menor, y, como se probó,

no fue indiferente con la salvaguarda de la niña cuando se percató de que se encontraba en mal estado de salud producto de los actos que propició.

[...].».

PRETERINTENCION - Estructura y requisitos

«[...]

La Corte ha mantenido la línea jurisprudencial, respecto de las exigencias a tener en cuenta para establecer la configuración de la preterintencionalidad, en el sentido de que el “(...) resultado siendo previsible, excede la intención del agente”, porque, habiendo dirigido el sujeto su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza, pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

A diferencia de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional.

Por esas razones, la Corte en distintas decisiones ha establecido que para la configuración de la conducta punible preterintencional, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexo de causalidad entre el primero y el segundo evento, y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado».

HOMICIDIO / **PRETERINTENCIONAL** - Demostración / **HOMICIDIO**
PRETERINTENCIONAL - Antijuridicidad
/ **HOMICIDIO** / **PRETERINTENCIONAL** - Culpabilidad / **HOMICIDIO**
PRETERINTENCIONAL - Le son aplicables los agravantes del homicidio simple / **HOMICIDIO**
PRETERINTENCIONAL - Agravado: se configura / **HOMICIDIO** **AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad / **HOMICIDIO**
AGRAVADO - Parentesco, cónyuge o compañero permanente

«[...]

En el caso concreto no se demostró la animadversión del abuelo hacia su nieta, puesto que la progenitora de la niña narró la alegría del mismo por su llegada a su residencia; sin embargo, se aprecia que la menor estaba bajo su cuidado y fue tan solo hasta el momento en que llegó la progenitora de la tienda en que se hizo visible el grave estado de salud por el que pasaba la niña, momento a partir del cual el acusado dio una serie de excusas, que no pudieron ocultar su actividad lesiva reconstruida con los testimonios y el dictamen pericial, daños que se materializaron en la ruptura de la clavícula, el daño en el cerebro y la consecuente muerte de la menor.

De contera, si la menor sufrió una fuerte sacudida, se advirtió que el causante fue SV, quien conociendo la diferencia de fuerza y de resistencia entre este y una bebé de tan solo 9 meses, pudo advertirse que la energía violenta podría causarle daño e inclusive la muerte; no obstante, ese episodio único no puede tomarse como razón suficiente para inferir que quiso el resultado muerte o que fue indiferente a su producción.

[...]

A partir de ello, es dable afirmar que SV, partiendo de la base de que sacudió a la menor, lo cual le causó las lesiones y la muerte, no buscaba algo más que corregir a la menor (con

todo y lo absurdo ello sea respecto de una bebé) o en últimas lesionarla.

Ahora bien, contando con la diferencia de tamaño, resistencia, fuerza y capacidad de entendimiento, el procesado podía prever que un acto de esa naturaleza estaba en capacidad de lesionar a la menor, pero, a la vez, de ocasionar su deceso. Era completamente predecible que la impresión de fuerza de un hombre adulto en contra de una menor podía causar daños más allá de una simple lesión.

[...]

En suma, el resultado típico -homicidio preterintencional- se produjo por (i) las lesiones ocasionadas a la menor por SV con intención; y, (ii) la muerte de la menor como consecuencia de las lesiones producidas por el procesado, pero sin el decidido propósito de este de matarla, pese a la previsibilidad de que él podía ocasionarle la muerte.

De la misma manera, se configuran los agravantes dispuestos en los numerales 1 y 7 del artículo 104, por cuanto el acusado era el abuelo de la víctima y le ocasionó daño a una bebé de 9 meses, quien se encontraba en evidente estado de inferioridad frente a su abuelo, dada la diferencia de tamaño, fuerza y agilidad.

[...]»

IMPUTACIÓN OBJETIVA - No se configura: cuando el riesgo creado por el autor habría producido un efecto distinto, de no ser porque, un tercero genera otro riesgo o lo incrementa, con la entidad suficiente para desviar el curso causal original o para crear un nexo causal diverso / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** -

Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar / **TENTATIVA** -

Configuración: requisitos **POSICIÓN DE GARANTE** - Ejercicio de la profesión médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: caso en que al concurrir la responsabilidad médica por indebido tratamiento de un herido, se varía el delito, de homicidio simple a tentativa de homicidio /

CASACIÓN - Redosificación punitiva: al pasar del tipo penal consumado al tentado

La Corte, al encontrar probada la concurrencia de riesgos desaprobados, en tanto, el autor quiso matar y el servicio de salud falló al diagnosticar y al tratar, casó la sentencia por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Funza que, condenó a E.A.M.C., por el delito de homicidio simple.

Concluyó la Sala que, deslindados el nexo puramente causal y el de imputación jurídica, al conjugar el estudio normativo del caso con el principio de culpabilidad, no deviene contradictorio que, si el autor intentó matar y la víctima al final murió, aquél sólo sea llamado a responder por tentativa de homicidio.

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 7 de mayo de 2004, en horas de la tarde, H.S.H.N., de 16 años, para aquella época, y otros muchachos, agredieron físicamente al joven G.M.A., quien acababa de salir del Colegio.

2. Aproximadamente a las 6:00 p.m. G.M.A. y su tío E.A.M.C., regresaron al lugar donde fue atacado y se encontraron con los agresores. En ese momento, el adulto E.A.M.C. reclamó a H.S.H.N. por lo sucedido con su sobrino; y, además, esgrimió un arma blanca y le causó una herida en su zona abdominal, para luego emprender la huida.

3. De inmediato, H.S.H.N. fue trasladado al Policlínico Santa Matilde de Funza (Cund.). Sin embargo, tras observar las características de la lesión, de allí fue remitido al Hospital San José de Bogotá, donde ingresó a las 21:55 horas del 7 de mayo de 2004. En esta institución fue valorado por los médicos de urgencias, quienes, mediante un examen "FAST" digital de ecografía abdominal, exploraron la herida, sobre la cual determinaron que no había comprometido órganos internos; la suturaron y el paciente fue dado de alta a las 06:20 del día 8 de mayo de 2004; motivo por el que su progenitora lo llevó a su residencia.

4. Sin embargo, poco después, mientras ya estaba en casa, H.S.H.N. empezó a experimentar un fuerte dolor abdominal, al punto que debió reingresar en horas de la tarde al hospital San José. En esta segunda ocasión, luego de otra serie de exámenes, el equipo médico detectó que tenía herida penetrante al estómago y riñón, con peritonitis asociada, como fue documentado en la historia clínica.

Ante este nuevo hallazgo, se le practicó una cirugía denominada laparoscopia exploratoria, en la cual se estableció que había desarrollado peritonitis, dado que tenía perforaciones en estómago y riñón, heridas que no se detectaron en la primera ocasión. Después de ser tratado frente a estos hallazgos, fue dejado en sala de cuidados intensivos. Aun así, el 9 de mayo de

2004, a las 13:00 horas presentó paro cardio-respiratorio y falleció.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - No se configura

«Contrario a lo firmado por el libelista, asiste razón a la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en el sentido que la conducta de EAMC corresponde a un despliegue homicida; en tanto se estableció que, por venganza, ante el acoso al que era sometido su sobrino GMA, por HSHN (hoy occiso), se dirigió a buscarlo para hacerle el reclamo; y no satisfecho con ello, adicionalmente, lo hirió con arma cortopunzante, al punto que afectó gravemente el estómago y el riñón izquierdo, lesión que finalmente produjo su deceso.

[...]

CONDUCTA PUNIBLE - La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado / **CONDUCTA PUNIBLE** - Elementos / **CONDUCTA PUNIBLE** - Imputación jurídica

«Como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, en virtud de lo previsto en el artículo 9º mencionado, "La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado". En ese contexto, para que una conducta sea punible no es suficiente establecer que determinada acción u omisión (dolosa o culposa) generó un resultado lesivo; pues, la determinación de la responsabilidad penal descansa no sólo sobre supuestos fácticos o naturales, sino también sobre presupuestos valorativos de contenido jurídico-penal y en el principio de culpabilidad.

En consecuencia, aparte de la causalidad, es necesario acudir a criterios adicionales para imputar al autor el tipo objetivo, como aquellos con aptitud para demostrar que la consecuencia lesiva es "obra suya", o sea, "que depende de su comportamiento como ser humano".

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Juicio de valor: se concreta en la imputación del comportamiento y del resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Nexo causal entre la conducta del autor y el resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - No se configura: cuando el riesgo creado por el autor habría producido un efecto distinto, de no

ser porque, un tercero genera otro riesgo o lo incrementa, con la entidad suficiente para desviar el curso causal original o para crear un nexo causal diverso / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos

«[...]

De manera que, no procede la imputación si, aunque el sujeto haya originado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado no se produce como concreción de ese mismo riesgo jurídicamente desaprobado, sino sólo en conexión de causa natural con el mismo.

43. Es así que, la imputación al tipo objetivo por un resultado final, podría excluirse para el autor original, cuando el riesgo creado por éste habría producido un efecto distinto, de no ser por la intervención de otro sujeto; quien, a su vez, genera otro riesgo que concurre con el anterior o lo incrementa, con entidad suficiente para desviar significativamente el curso causal original o para crear otro nexo causal diverso.

En esta última alternativa, podría abrirse la posibilidad de efectuar otra imputación distinta para el segundo sujeto, debido, precisamente, a la presencia de aquella circunstancia extraordinaria propiciada por él.

Un evento de concurrencia de riesgos, como el antes descrito, puede ocurrir, por ejemplo, cuando el autor inicial, con la intención de matar a una persona, le causa graves heridas que ponen en serio peligro su existencia; y, no obstante, la víctima fallece más adelante, adicionalmente por: i) fallas relevantes del personal médico en el diagnóstico o tratamiento; o ii) comportamiento contraindicado del mismo paciente frente a su proceso de curación».

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar, no aplicable en Colombia / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se causan lesiones a una persona con el ánimo de matarla, esta es atendida por el servicio médico y muere, teorías

para establecer qué conducta y a quién se le debe imputar, aplicable en Colombia

«Un complejo de teorías, desde diversos énfasis, se han esbozado con la pretensión de solucionar razonablemente las constelaciones de casos que podrían suceder en la vida real, aplicando los criterios de la imputación objetiva; dado que son varias las posibilidades de convergencia de cursos causales que ponen en riesgo el mismo bien jurídico; y, de igual manera, plurales las alternativas jurídicas para su definición.

[...]

Un grupo de teóricos sostienen que, si el autor inicial hirió con la intención de matar y, finalmente, el deceso acaeció, así fuese por defectuosa gestión médica, entonces, ese autor responderá por homicidio doloso.

Desde esta arista, con independencia de que los médicos pudiesen haber incurrido en homicidio culposo, el autor inicial debería responder por esa muerte a título de homicidio doloso, puesto que su acción intencional tenía un punto de no retorno, pues encaminó las cosas indefectiblemente hacia producir la muerte de la víctima.

En la sistemática colombiana, una solución radical de ese talante no puede acogerse, cual si se tratara de una fórmula preconcebida; dado que, como en seguida se verá, también se concede relevancia a la posición de garante que asumen los profesionales de la salud, a partir del momento en que el paciente es admitido al servicio y hasta el momento en que es dado de alta; lo cual impone analizar detalladamente cada situación particular. Precisamente, en el sentido que, con independencia del plan del autor, los médicos que asumen el tratamiento de la persona herida, en algunos casos, podrían evitar la concreción del resultado fatal, siempre que dirijan su desempeño con apego a su *lex artis* y a los reglamentos vinculantes.

Para otros estudiosos del asunto en cuestión, sería necesario demostrar la gravedad de las lesiones infligidas por el perpetrador, para determinar si, de todas maneras, el resultado fatal se hubiera producido, aún cuando haya mediado la mejor atención médica; caso en el cual, el autor original debería responder por homicidio doloso. Igual solución tendría el evento en que, en las mismas características de gravedad, el paciente hubiere sido atendido con deficiencias en las prestaciones asistenciales,

con independencia de que el proceder del personal de la salud pudiese auscultarse en los campos disciplinar y penal.

[...]

Se ha sugerido, también, como tercera vía, la necesidad de establecer la relevancia del error de los profesionales de la salud, para definir si, en realidad, ellos crearon un riesgo desaprobado concurrente o desviaron esencialmente el curso causal desatado por el autor de las heridas a la víctima, hasta generar ellos que las cosas empeoren y sobrevenga la muerte por razón de la injerencia indebida en tratamiento del paciente.

En la doctrina de JAKOBS, se ha analizado la posibilidad de separar los parámetros de imputación para el perpetrador y para el los médicos por los daños consecuenciales, bajo el entendido que se diferencien estas situaciones: i) se imputará al autor el resultado por el riesgo concurrente, cuando el profesional de la salud no podía prescindir de actuar como lo hizo (Ej. en un sector rural no se dispone de recursos técnicos para efectuar un mejor diagnóstico ni una óptima intervención quirúrgica de emergencia); ii) errores médicos meramente incidentales no necesariamente generan imputación objetiva para el médico; y, por ende, el autor inicial no se exonera del resultado final (Ej. suministrar vitaminas por equivocación, en lugar de un analgésico); y iii) si el médico se aparta en modo grave de su rol y actúa por fuera de lo razonable, será imputado por las consecuencias de ese grado de distanciamiento de la *lex artis*; y, a su vez, el autor inicial responderá por lo que hizo.

[...].

TENTATIVA - Dispositivo amplificador del tipo / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el agente inicie la ejecución de una conducta punible, no incluye la ideación de un ilícito ni los actos preparativos / **TENTATIVA** - Diferencia entre actos de preparación y actos de ejecución: criterio mixto, ponderación del plan el autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, idoneidad de los actos, demostración, desde una óptica intersubjetiva y atendiendo las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia relevantes / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el resultado típico pretendido por

el sujeto activo no se configure por circunstancias ajenas a su voluntad / **TENTATIVA** - No se configura: si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma

«[...]

55. Entonces, como viene de verse, la realidad del acontecer social enseña que pueden suceder situaciones complejas, en las cuales la intención homicida del autor, que revista las características descritas, avance sólo hasta el grado de tentativa: i) precisamente, por haber mediado, como causa ajena a su voluntad, una adecuada atención médica para la víctima; o, ii) porque en algunas eventualidades extremas, la falla en la prestación del servicio de salud genera otro riesgo para la víctima que desvía ostensiblemente el curso causal primigenio».

POSICIÓN DE GARANTE - Ejercicio de la profesión médica / **POSICIÓN DE GARANTE** - Circunstancias constitutivas de posiciones de garantía / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Deber objetivo de cuidado / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Posición de garante / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - No se configura: cuando el paciente genera un riesgo posterior al tratamiento / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Cuando la responsabilidad no es individual sino de la entidad prestadora de salud (responsabilidad de la persona jurídica)

«[...]

58. Ciertamente, cuando el profesional de la medicina asume voluntariamente “la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio” (artículo 25, numeral 1º, del C. Penal), se activa para él la posición de garante respecto del paciente y de la fuente de riesgo (por ejemplo, medicamentos e instrumentos quirúrgicos). Si, además, en ese ejercicio inobserva los deberes de cuidado que le impone su rol funcional (*lex artis*); y, a consecuencia de ello, se produce un daño antijurídico, podría verse inmenso en el ámbito de la imputación al tipo objetivo de las conductas punibles que resultaren adecuadas.

[...]

En ese orden, no basta la constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado, para atribuir el comportamiento culposos; tampoco el

incremento o creación del riesgo no permitido. (Nullum crimen sine injuria).

En lugar de ello, se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el desvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente (autopuesta en peligro o acción a propio riesgo), no habría lugar a imputar al galeno, pues sería a aquél y no a éste, entonces, a quien se debería atribuir la contribución al desenlace transgresor del interés jurídico tutelado.

Desde luego, existen circunstancias en las cuales el defecto es corporativo, predicable prevalentemente de la institución o entidad (pública, privada o mixta) encargada de administrar la prestación de los servicios de salud. En esta diferente constelación de hipótesis, la prueba enseñará si, más allá de la responsabilidad civil, la imputación objetiva en materia penal eventualmente pudiere extenderse a los representantes legales u otras personas, empleadas o funcionarios».

LESIONES PERSONALES - No se configura

«[...]

Ciertamente, para atribuir el resultado a la acción de riesgo emprendida dolosamente por el acusado, se debe verificar que el peligro por él originado fue el mismo que se concretó en el resultado finalmente acaecido (muerte), para lo cual no basta establecer la sola relación de causalidad ontológica, sino que se requiere determinar, valorativamente, la relevancia para el tipo penal del nexo entre la acción y el deceso de la víctima.

[...]

73. Ciertamente, el análisis integral del conjunto probatorio, en especial del contexto entre los testimonios, la historia clínica y el protocolo de necropsia, permite arribar a estas conclusiones: i) EAMC indudablemente intentó matar a la joven víctima, en un acto doloso, de venganza; ii) el defecto en la atención médica definitivamente sí existió; iii) a raíz de ello, se generó un nuevo riesgo desaprobado para HSHN (víctima), que se sumó al riesgo que ya había creado el perpetrador; iv) este nuevo riesgo desató otro curso causal, que contribuyó al desarrollo de la peritonitis, que en horas de evolución provocó la infección

generalizada (sepsis) y la falla multisistémica, luego de la cual devino la muerte del paciente».

RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Versari in re illicita / **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** - Concepto / **HOMICIDIO** - Dolo / **INVESTIGACIÓN INTEGRAL** - Concepto / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: se configura / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando se generan lesiones con el ánimo de matar a una persona y esta es tratada por el servicio médico, teorías para establecer que conducta y a quien se le debe de imputar, aplicable en Colombia / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: solo se puede imputar aquella conducta generada por el riesgo sobre la que se cumplen los requisitos para emitir sentencia condenatoria / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: cuando hay dudas sobre que una conducta sea consecuencia del riesgo creado se debe absolver por esa conducta / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: la existencia de un riesgo creado por un tercero no elimina la responsabilidad del autor del riesgo inicial sino que será responsable de lo ocurrido hasta antes de que se generara el nuevo riesgo / **TENTATIVA** - No se configura: si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma / **POSICIÓN DE GARANTE** - Ejercicio de la profesión médica / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Concurrencia de riesgos: caso en que al concurrir la responsabilidad médica por indebido tratamiento de un herido, se varía el delito, de homicidio simple a tentativa de homicidio

«[...]

El derecho penal de los estados constitucionales contemporáneos superó la denominada versari in re illicita, figura del Derecho Canónico, a través de la cual se endilgaban al autor todos los resultados que se produjeran (inclusive sin culpabilidad) a partir de su conducta, con independencia de su propósito o intención. En un ejemplo actualizado, sería tanto, como si A lesiona a B, quien es conducido en ambulancia hacia un hospital, pero en el trayecto el vehículo se accidenta y B muere; entonces, A debería asumir la responsabilidad por el deceso de B, sencillamente porque A, con su conducta, fue quien desató los cursos causales que, finalmente, se concretaron en ese desenlace.

En muchas ocasiones se llegaba así a una forma injusta de responsabilidad objetiva, por el sólo hecho de la causalidad natural o la equivalencia de las condiciones. Por ello, con el fin de racionalizar la cuestión paulatinamente se fueron planteando restricciones, como la causalidad adecuada, la causalidad relevante y las teorías de la imputación objetiva.

En estas últimas, se trata de eliminar inclinaciones subjetivas para decidir si un resultado se asigna o no a la conducta del autor; lo cual intenta lograrse examinando el nexo causal con base en criterios estrictamente normativos, objetivos y sobre roles comportamentales esperados, bien definidos y vinculantes. De manera que, todo aquel que se aparte de su rol funcional o lo cumpla defectuosamente, podría responder de las consecuencias de su actuar, si con ello genera un riesgo desaprobado y ese mismo riesgo tiene la potencialidad de concretarse en el daño que la ley penal quiere evitar.

Cobra plenitud el principio de culpabilidad (artículo 12, Código Penal, Ley 599 de 2000), en cuya virtud el perpetrador, causante de las lesiones a la víctima, sólo debe responder por lo que generó su comportamiento, con análisis pasado por el tamiz de la imputación objetiva.

Y, sucedáneamente, se abre la posibilidad de imputar objetivamente y responsabilizar, si a ello hubiere lugar, a todo aquel que haya actuado con su propia culpabilidad, particularmente a quienes, en cumplimiento de su rol funcional, hayan asumido una posición de garante, encaminada a aminorar las consecuencias de la conducta del implicado.

[...]

En el asunto que se examina, se puede afirmar con certeza que MC incurrió en tentativa de homicidio (27 y 103 artículos 103, Ley 599 de 2000), cuando asestó la puñalada a HSHN; herida penetrante, con profundidad de 7.5 centímetros, que lesionó estómago y riñón; y que tenía potencialidad para que la víctima perdiera la vida; salvo que, circunstancias ajenas a su voluntad lo hubieren evitado.

Sin embargo, no es factible avanzar hacia la conclusión de que fue exclusivamente la acción (conducta dolosa) de MC la que desató todos los sucesos relevantes que desembocaron en la muerte de HS; porque, como se vio, hubo una

intensificación en esos cursos causales, a través de otro curso causal surgido en la deficiente, equivocada o insuficiente gestión de los profesionales de la salud que atendieron al herido la primera vez en el Hospital [...]; conjunto de acciones y omisiones que también incidieron en el desenlace fatal, sólo que se ignora cuál intensidad tuvo o alcanzó dicha interferencia.

En otras palabras, el tratamiento inicial de HS obedeció a un diagnóstico inadecuado o incompleto, pues quedó limitado a la exploración digital de su herida, a la sutura de la misma y al suministro de analgésicos.

De igual manera, si el paciente se hubiere remitido a interconsulta, con especialistas en el área de cirugía, entonces, quizá, un mejor diagnóstico habría detectado que la lesión era profunda, con perforación de estómago y riñón, con segregación de líquidos de potencialidad infecciosa; y, entonces, el tratamiento específico, apropiado para la magnitud de esta herida, habría contribuido a evitar la propagación de la sepsis que, finalmente, llevó a la muerte al adolescente afectado.

De ahí que, en aplicación estricta del principio de culpabilidad, EAMC sólo puede ser condenado por tentativa de homicidio, toda vez que hasta ahí llega la certeza del conocimiento acerca de lo ocurrido. En adelante, hacia el campo del homicidio consumado surgen dudas, precisamente, porque se puede especular acerca de cuál sería la suerte de la víctima, si hubiese recibido una atención en salud integral y óptima desde la primera vez que ingresó al servicio de urgencias del Hospital [...]

Se insiste, no es factible afirmar, con convicción de certeza, que la acción del acusado fue la que dio lugar a la peritonitis que, finalmente, produjo la sepsis que llevó a la muerte a HS; en tanto, han quedado al descubierto una serie de interferencias en la relaciones causales, que pudieron desplazar la dirección de las mismas, hacia una distinta, atribuibles, por imputación objetiva, al personal de la salud y, en concreto, a los médicos que asumieron el rol de garantes, la primera vez que atendieron al paciente en el Hospital San José.

[...]

Para recapitular, por la exigencia de certeza para condenar, la conducta de MC, sólo puede ser adecuada a tentativa de homicidio, porque en el espectro probatorio surgieron una serie de dudas relacionadas con la desviación del curso causal

original, debido a lo que aconteció en el servicio médico; al punto de permitir pensar que, de haber mediado el tratamiento indicado por las ciencias médicas, probablemente HSHN hubiera podido sobrevivir.

Y, por mandato del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, “en las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado”.

Consecuente con lo expuesto, prospera el cargo de violación indirecta por falso juicio de identidad, razón por la cual la Corte casará la sentencia y condenará a EAMC por el delito de homicidio simple, en el grado de tentativa».

CASACIÓN - Redosificación punitiva: al pasar del tipo penal consumado al tentado / **HOMICIDIO** - Tentado: dosificación punitiva

«Corolario de lo anterior, la Sala redosificará las sanciones imponibles, de acuerdo a las previsiones de los artículos 27 (tentativa) y 103 (homicidio), 60 (parámetros aplicables) y 61 (fundamentos para la individualización de la pena) del Código Penal (Ley 599 de 2000); con acatamiento de las proporciones empleadas en la sentencia apelada, las cuales no pueden desconocerse, para no incurrir en una forma de reforma peyorativa.

[...]».

COMPULSACIÓN DE COPIAS - Fiscalía: para que investigue por presuntas conductas punibles cometidas, no se ordena dado que el hecho ya

prescribió / **PRESCRIPCIÓN** - Homicidio culposo / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura

«[...] la Fiscalía General de la Nación no investigó la actividad médica; no obstante, la Sala no compulsará copias, debido a que por el paso del tiempo ya sería inocuo, al haber fenecido, por prescripción, el término disponible para que el Estado pueda ejercer la acción penal, toda vez que se trataría de una intervención culposa (impericia, imprudencia, negligencia, violación de reglamentos o desconocimiento de la *lex artis*).

[...]».

CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación punitiva / **DOBLE CONFORMIDAD** - Redosificación punitiva / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Dosificación punitiva

«[...] en vista de que el Tribunal fijó la pena en el guarismo mínimo, por estimar que las circunstancias de agravación referidas al parentesco y a la indefensión de la víctima definían la gravedad de la conducta, la Sala lo comparte y dispondrá de la misma manera, fijando la rebaja que dispone el homicidio preterintencional, de una tercera parte a la mitad, acorde con el numeral 5° del artículo 60 del Código Penal, esto es, “si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica”.

[...]».

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - No contempla la acción de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** -

Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

La Sala de Casación Penal casó de oficio la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la del Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, que declaró penalmente responsable a G.M., como autor del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de

resistir, en concurso homogéneo; porque incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 209 ibidem, razón por la que declaró que, el delito por el cual será condenado G.M. es el de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

No obstante, en atención a la prohibición de reforma peyorativa, la Corte determinó que, la pena que en definitiva deberá purgar el condenado corresponde a la que impuso el juzgado de primer grado, pese a ser inferior a la que legalmente le correspondería.

Para llegar a la anterior conclusión, la Sala analizó, en primer lugar, el tipo penal contenido en el artículo 210 del Código Penal y explicó las

razones por las cuales esta norma no tipifica la conducta por la que aquí se procede, luego disertó sobre cuál es el delito que se encuadra típicamente a la conducta investigada en aplicación del principio de estricta tipicidad incluyendo el estudio sobre la legalidad en la aplicación de la agravante contenida en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal y la necesaria referencia al principio de congruencia, para, finalmente, adentrarse en la revisión de la pena a imponer de conformidad con los principios de congruencia, prohibición de reforma en peor y los derechos de las víctimas a no ser revictimizadas.

SP1492-2022(47319) de 04/05/2022

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

Durante el año 2012, G.M., docente del grupo de Habilidades Especiales 5 del Centro de Atención C.M. de Bogotá, que presta el servicio de educación a niños con discapacidad cognoscitiva, realizó accesos carnales sobre el menor J.A.G.C., en presencia de otros dos de sus alumnos, J.A.R.C. y N.R.G., ambos de trece años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Sujeto activo: indeterminado / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Elementos: verbo rector, acceder carnalmente o cometer actos sexuales / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Sujeto pasivo: persona que padezca trastorno mental / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - No contempla la acción de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima

«[...]

Como se puede observar, dentro de los verbos rectores que describe la norma no se encuentra el de ejecutar actos sexuales en presencia de la víctima, lo que necesariamente conduce a concluir que no fue el tipo penal seleccionado el que tipifica la conducta que el profesor G.M.

cometió sobre los menores de 14 años J.A.R.C y N.R.G, lo que a su vez obliga a la Sala a seleccionar, sin violar el principio de congruencia -como se explicará más adelante-, la norma penal que se adecúe correctamente al comportamiento materia de juzgamiento».

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida: se configura / **TIPICIDAD** - Proceso de adecuación típica / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: por el carácter, posición o cargo / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: se configura

«En tal virtud y en lo que a la solución del caso interesa, se constata la configuración de una violación directa de la ley sustancial (artículo 181 núm. 1 del Código de Procedimiento Penal) por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal lo que, a su vez, condujo a la falta de aplicación del artículo 209 ibidem como la norma que recoge todos los componentes fácticos o hechos jurídicamente relevantes de la conducta que el profesor G.M. cometió sobre los menores J.A.R.C. y N.R.G., pues se trata de dos menores de 13 años de edad que fueron sometidos a presenciar los accesos carnales que aquél reconoció haber ejecutado sobre otro de sus alumnos, el menor J.A.G.C.

Junto con el tipo penal base, concurre la agravante contenida en el numeral 2 del Código Penal -que le fue atribuida desde la imputación-, pues G.M. era el docente de J.A.R.C. y N.R.G. y, como es apenas obvio, esa posición le generaba una importante autoridad sobre los menores, además de que los impulsaba a depositar en él su confianza. [...]

En ese orden, la calificación jurídica a la cual corresponde la conducta atribuida a G.M., en aplicación irrestricta al principio de legalidad y sin que su variación menoscabe el principio de congruencia -como pasará a explicarse-, es la de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo (pues fueron dos las víctimas), de conformidad con los artículos 209 y 211 numeral 2 del Código Penal y no la de acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir agravada en concurso homogéneo imputada en la acusación».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un

delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes / **CASACIÓN OFICIOSA** - Principio de non reformatio in pejus

«[...]

La variación de la calificación jurídica que se ha dejado motivada no afecta los derechos y garantías del procesado porque, en primer lugar, la congruencia fáctica permanece inalterada, [...]

Es decir, desde los albores de este proceso siempre se le atribuyó al profesor G.M. la conducta de cometer actos sexuales sobre el menor J.A.G.C. en presencia de los menores de trece años N.R.G y J.A.R.C, quienes padecían una discapacidad cognitiva, eran sus alumnos en la institución educativa «Centro de Atención [...]» y estaban bajo su cuidado.

En segundo lugar, el delito por el que se está haciendo el cambio de calificación, esto es, el de actos sexuales con menor de catorce años contempla una pena máxima inferior que la del delito originalmente atribuido (acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir), pues mientras este fija un límite punitivo máximo de 16 años, aquél contempla como extremo más alto el de 13 años de prisión. Luego, si se hiciera el cálculo correspondiente para establecer los cuartos en los que se habrían que dividir ambas penas, es claro que el ámbito de movilidad para el delito contemplado en el artículo 210 del Código Penal es más alto que el correspondiente al tipo penal descrito en el artículo 209 ibidem y por lo tanto éste resulta más beneficioso.

Con todo, no puede perderse de vista que la pena mínima para el delito de actos sexuales con

menor de catorce años (9 años) es mayor a la del delito de acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (8 años), guarismo del que partió el juez de primera instancia para luego efectuar los incrementos correspondientes a la circunstancia de agravación punitiva y al concurso homogéneo de conductas punibles, motivo por el cual, en estricta observancia del principio de prohibición de reforma peyorativa para el apelante único, dicho monto deberá permanecer incólume, sin que la variación de calificación jurídica por un delito de la misma especie, cuya descripción típica se adecúa en todos sus componentes a los hechos atribuidos al acusado desde la formulación de la imputación implique menoscabo alguno a las garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes.

En ese estado de cosas, se casará oficiosamente la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá porque incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 209 ibidem, lo que conduce a que, por virtud del principio de estricta tipicidad, se declare que el delito por el cual será condenado G.M. es el de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo y que, en atención a la prohibición de reforma peyorativa, la pena que en definitiva deberá purgar corresponde a la que impuso el juzgado de primer grado, la cual, pese a ser inferior a la que legalmente le correspondería, deberá permanecer incólume.

[...]

Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá