



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Diciembre 07 de 2023 n.º 11

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>

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL -

Antijuridicidad: en el caso de vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial /

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL -

Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable /

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL -

Agravado: área protegida o de importancia ecológica, la Fiscalía debe acreditar que el área tiene esas características /

EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES -

Configuración: utilización de dragas y demás equipos mecánicos /

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

- Improcedencia: condenar por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de JIMP, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, que revocó el fallo absolutorio emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de El Bagre y, en su lugar, lo declaró penalmente responsable del punible de contaminación ambiental agravada, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La Sala casó parcialmente la sentencia condenatoria y, en consecuencia, recobró vigencia la providencia de primer grado que absolvió al recurrente por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; decisión que se hizo extensiva al procesado no recurrente VAB.

De otro lado, revocó parcialmente el fallo impugnado, por lo que recobró vigencia la sentencia de primer grado que absolvió a 8 de los procesados por el delito de contaminación ambiental culposa agravada.

Por último, confirmó parcialmente la providencia que, por primera vez, condenó al recurrente, en el sentido de declarar que la condena se profería por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales; decisión que se hizo extensiva al procesado no recurrente VAB.

Para el efecto, la Sala de casación Penal estudió los elementos estructurales del delito de contaminación ambiental, advirtiendo que, la calificación jurídica sobre la cual versaría la decisión sería la del artículo 332 del Código Penal, modificado por el artículo 34 de la Ley 1453 de 2011; vigente para la fecha de los hechos; pues, en la actualidad, ese canon 332 establece el punible de explotación ilícita de yacimiento minero y otros minerales.

Al respecto, sostuvo que, la aplicación del artículo 332 del Código Penal a la conducta endilgada fue indebida, pues, por un problema de insuficiencia probatoria atribuible al ente instructor, no se acreditaron la totalidad de los requisitos típicos del delito de contaminación ambiental.

Ahora bien, para el caso de los enjuiciados JIMP y VAB, a quienes la Fiscalía formalmente acusó como coautores del punible de contaminación ambiental dolosa agravada, la Sala consideró satisfechos los requerimientos necesarios para variar la calificación típica estimada por el *ad quem* y condenarlos por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, previsto en el artículo 338 del Código Penal vigente para el momento de los hechos.

Sin embargo, en el caso de los demás coprocesados, como la acusación se efectuó por el mismo delito, pero se atribuyó en su modalidad culposa, y, el de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales no admite esa modalidad –ni en la legislación vigente para la época de los hechos, ni en la actual–; no era viable variar la calificación jurídica y emitir

condena por un punible, en teoría menor al incluido en la acusación, razón por la que, fueron absueltos.

SP441-2023(54837) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 28 de enero de 2014, en cumplimiento de orden de allanamiento y registro expedida por la Fiscalía, funcionarios del Grupo Investigativo de Delitos contra el Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Policía Nacional y del Cuerpo Técnico de Investigación [CTI] de la Fiscalía General de la Nación arribaron a zona rural del municipio de El Bagre (Antioquia), sobre el cauce del río Nechí, lugar en el que hallaron en funcionamiento una embarcación a motor en madera tipo draga de succión, utilizada para la explotación y extracción de oro aluvial.

2. En la infraestructura flotante se encontraron bombas de succión con brocas provistas de mangueras flexibles dirigidas hacia el fondo del corriente fluvial, cajones para retención de sedimentos extraídos del cauce del río, canalones en madera de doble recorrido recubiertos por un tapete que atrapaba el material de interés el cual era decantado, sistemas de lavado y amalgamación in situ, 7 recipientes con una sustancia con características similares al mercurio y otros 3 frascos vacíos con trazas de la misma sustancia, maquinaria y elementos empleados en la excavación y extracción de material de aluvión con el propósito de recuperar de él el metal precioso.

3. Aquella actividad la ejecutaban 10 personas, quienes manifestaron no poseer título o concesión minera, razón por la cual fueron capturados por los uniformados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL - Antijuridicidad: poner en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Antijuridicidad: en el caso de vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** -

Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable, reconoce que es una sustancia de alto poder contaminante, nociva para la salud y los recursos hidrobiológicos

«Contrario a lo expuesto por el demandante, el escrito de acusación endilgó que la infracción delictiva ejecutada por el procesado efectivamente «ponía» en peligro la salud humana y los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, no solo por el daño al ecosistema ante la pérdida de la capa vegetal del cauce del río Nechí, sino ante el vertimiento de mercurio en él.

Que el pliego de cargos no incursionara en detalles sobre los riesgos para el hombre, la fauna, la flora y el ambiente no significa una indebida estructuración de hechos jurídicamente relevantes, máxime cuando esos riesgos son reconocidos por instrumentos internacionales y disposiciones del derecho interno, en especial las relacionadas como premisas jurídicas que sustentaron la acusación u otras que para la época de los hechos ya se habían promulgado, verbigracia, el Decreto 2222 de 1993 que en sus artículos 244 y 268 reconocen en el mercurio un «alto poder contaminante» y tratarse de una «sustancia nociva para la salud y los recursos hidrobiológicos», o la Ley 1658 de 2013, que reglamenta en el territorio nacional «el uso, importación, producción, comercialización, manejo, transporte, almacenamiento, disposición final y liberación al ambiente del mercurio en las actividades industriales, cualquiera que ellas sean», con el objeto de «proteger y salvaguardar la salud humana y preservar los recursos naturales renovables y el ambiente» (artículo 1°).

En lo concerniente a esta última ley, la Corte Constitucional en la sentencia CC C-261-2015 se encargó de explicar su contenido teleológico, [...]

El mismo Tribunal Constitucional en la sentencia CC C-275-2019 ejerció el control oficioso y automático de constitucionalidad de la Ley 1892 de 2018 «por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Minamata sobre el Mercurio”, hecho en Kumamoto (Japón) el 10 de octubre de 2013». Por su pertinencia frente al reproche que se examina, se transcriben algunos apartados relevantes:

El mercurio es tan fascinante como letal. Es el único elemento metálico en estado líquido en

condiciones ambientales normales y el que tiene el punto de ebullición más bajo. Sus características excepcionales y su intenso color plateado han deslumbrado a la humanidad por generaciones, a tal punto que los alquimistas de la edad media pensaban que el mercurio era la materia prima a partir de la cual se formaban todos los metales, incluido el oro. Si bien nunca fue posible transformar el mercurio en oro, la historia de estos dos metales continúa estando estrechamente ligada; tan es así que, hoy día, unos de los principales usos del mercurio, así como la mayor fuente de emisiones contaminantes, es su aplicación para la extracción del oro. (...)

Los atributos que hacen tan atractivo al mercurio, también explican su peligrosidad. De hecho, en la actualidad es considerado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “uno de los diez productos o grupos de productos químicos que plantean especiales problemas de salud pública”. El mercurio no puede ser destruido y haciendo honor a su nombre mitológico tiene gran movilidad y facilidad para desplazarse a través del planeta, sea en estado líquido entre las corrientes ribereñas y marítimas, o en vapores que viajan extensas distancias en las corrientes de aire. Esta situación se complejiza, aún más, cuando se forma el compuesto orgánico metilmercurio, capaz de integrarse a organismos vivos y, así, hacer que su viaje continúe a través de un huésped.

Tanto el mercurio elemental como el metilmercurio son tóxicos, pero el segundo compuesto es la forma más perjudicial, dado que penetra con facilidad las membranas celulares. Además, aumenta su concentración a medida que asciende en la cadena alimenticia, llegando, en última instancia, a la dieta de millones de personas, principalmente cuando lo que se consume son peces depredadores. Este proceso biológico se conoce bajo las categorías de “bioacumulación” y “biomagnificación” (...)

El ser humano puede acceder a estas sustancias por múltiples vías. Además del contacto directo, el aire que respira y la comida que ingiere pueden contener rastros de este peligroso elemento. Las principales formas de exposición son el consumo de pescado y marisco contaminado con metilmercurio; y la inhalación, en ciertos trabajadores, de vapores de mercurio elemental desprendidos en procesos industriales. Cocinar

los alimentos es inocuo puesto que no elimina el mercurio presente en ellos. Las afectaciones que se desprenden de la contaminación por mercurio son graves, y en muchos casos, permanentes, como explica la Organización Mundial de la Salud:

[...]

De ese modo, no se requería como al parecer lo entiende el demandante que la acusación se refiriera a la peligrosidad de una sustancia catalogada como letal y altamente tóxica, cuyos efectos nocivos para la salud humana y el medio ambiente son ampliamente reconocidos en el ámbito internacional, incluso mucho antes a la ocurrencia de la conducta aquí juzgada.

El hecho que se atribuyera el vertimiento de mercurio en la ribera y el corriente fluvial, implicaba per se la puesta en peligro para la salud humana y los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos»

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL - Elemento normativo: incumplimiento de la normativa existente, sin título minero / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Elemento normativo: incumplimiento de la normativa existente, no se limita al permiso de la autoridad competente / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Diferente a explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales / **MINERÍA** - Ilegal: concepto / **MINERÍA** - Ilegal: relación con el título minero

«[...] la premisa jurídica prevista en el artículo 332 del Código Penal vigente para la época de los hechos, explica que incurre en contaminación ambiental, el que actúe «con incumplimiento de la normatividad existente», situación diversa a la establecida en el ya analizado artículo 365 cuando se refiere a «sin permiso de autoridad competente».

De hecho, la diferencia se hace notable cuando el legislador de 2021 (Ley 2111) modificó el artículo 332 hoy denominado explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales e involucró los dos criterios, así: «el que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente».

La expresión de reenvío normativo «con incumplimiento de la normatividad existente», ciertamente resulta ser más amplia que la sola referencia al enunciado «sin permiso de autoridad competente» al cual pretende el

demandante reducir la discusión.

Dicho de otra manera, quien ejerce la actividad de minería ilegal concepto íntimamente ligado al reconocimiento de un título minero, como requisito para realizar las funciones de exploración y explotación minera incumple la normatividad existente, pero el incumplimiento de la normatividad existente no se circunscribe a la simple ausencia de título minero.

En la sentencia CC C-412-2015, la Corte Constitucional explicó:

6.1. El concepto de minería ilegal y su relación con el título minero

El capítulo XVII del Código de Minas (Ley 685 de 2001) define en su artículo 159, la exploración y explotación minera ilícita, como aquella actividad que se configura con el ejercicio de la exploración, extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

En complemento de esa normatividad, el Decreto Presidencial 2191 de 2003 “Por el cual se adopta el Glosario Técnico Minero”, establece que la minería ilegal se define como aquella que es: “desarrollada sin estar inscrita en el Registro Minero Nacional y, por lo tanto, sin título minero. Es la minería desarrollada de manera artesanal e informal, al margen de la ley. También incluye trabajos y obras de exploración sin título minero. Incluye minería amparada por un título minero, pero donde la extracción, o parte de ella, se realiza por fuera del área otorgada en la licencia.” [negrilla original del texto]

TIPO PENAL EN BLANCO - Concepto: su contenido integra reglas jurídicas extrapenales / **TIPO PENAL EN BLANCO** - Reglas jurídicas extrapenales: de rango legal, remisión propia / **TIPO PENAL EN BLANCO** - Reglas jurídicas extrapenales: de rango infra legal, remisión impropia / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Tipo penal en blanco / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Tipo penal en blanco: remisión de rango infra legal, remisión impropia / **MINERÍA** - Ilegal: incumplimiento de la normativa existente, no se circunscribe a la simple ausencia de título minero

«[...] la Sala en providencia CSJ SP7436-2016, 1º jun. 2016, rad. 47504, al analizar los requisitos típicos del delito de contaminación ambiental

expuso que «[l]a inclusión del ingrediente típico «con incumplimiento de la normatividad existente» permite catalogar el trascrito [se refiere al artículo 332 del Código Penal] como un tipo en blanco en la medida en que su contenido integra reglas jurídicas extrapenales, específicamente las de carácter ambiental (leyes, decretos y resoluciones, entre otras)».

Las disposiciones extrapenales del ordenamiento jurídico a las cuales es viable efectuar remisión, pueden ser: (i) de rango legal, caso en el cual la remisión es propia, o (ii) infra-legal, conocida como remisión impropia.

Así, la remisión es **propia** cuando el tipo penal se refiere a una disposición complementaria de rango legal. En este supuesto, se respeta la reserva legal en materia sancionatoria. Por su parte, la remisión es **impropia** cuando el reenvío se hace a una normatividad expedida por autoridades administrativas como, por ejemplo, el Gobierno nacional, los ministerios o gobiernos departamentales o municipales, entre otras instituciones» [negrilla original del texto] (Cfr. Corte Constitucional, sentencia CC C-367-2022).

En ese sentido, el artículo 332 del Código Penal contiene una fórmula de remisión normativa impropia, en razón al «carácter difuso y multinivel de la normatividad existente en materia ambiental» (Cfr. CC C-367-2022).

Al descender al caso concreto, la fiscalía incluyó en el pliego de cargos un apartado relacionado con «los aspectos jurídicos que sustentan el escrito de acusación». Allí, además de las normas referentes al título minero previstas en la Ley 685 de 2001, aspecto en el que centra la atención el demandante, el ente instructor expuso el incumplimiento de las relacionadas con los estudios de impacto ambiental, la utilización de recursos naturales renovables y la inclusión de la gestión ambiental (artículos 85, 173 y 195 ejusdem).

Y agregó que la Ley 1450 de 2011, como forma de ejercer «control a la explotación ilícita de minerales» prohibió en todo el territorio nacional «la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional». Precisamente una de esas estructuras (draga) o maquinaria pesada (artículo 1º del Decreto 2235 de 2012) era la utilizada por los acusados en la actividad de extracción de oro de aluvión.

[...]

De esa manera, aunado a lo explicado respecto de la ausencia de título minero en cabeza de los procesados, dígase que el ente persecutor sí logró demostrar el incumplimiento de la normatividad existente en la materia, por tanto, acreditó el elemento normativo del tipo penal de contaminación ambiental»

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL - Elementos: que la contaminación generada por la conducta del sujeto agente constituya un riesgo jurídicamente desaprobado en la medida en que haya desbordado los límites admitidos por la ley ambiental / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Demostración: libertad probatoria / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Comercialización y uso del mercurio: normativa aplicable / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - No se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple

«En la providencia CSJ SP, 19 feb. 2007, rad. 23286 (reiterada en CSJ AP, 15 may. 2008, rad. 27035), la Sala explicó:

La realización de la conducta delictiva de contaminación ambiental implica el cumplimiento de los siguientes presupuestos, (i) que se presente alteración del medio ambiente, (ii) que la contaminación generada por la conducta del sujeto agente desconozca los límites legalmente permitidos o racionalmente tolerados, y (iii) que la contaminación causada tenga aptitud para causar daño o poner en peligro la salud humana, o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos.

En cuanto al segundo de los anunciados presupuestos, en la sentencia CSJ SP7436-2016, 1° jun. 2016, rad. 47504 la Sala puntualizó que la descripción típica del artículo 332 del Código Penal no se satisface con la sola provocación o realización de la actividad contaminante pues exige, además, que la misma constituya un riesgo jurídicamente desaprobado en la medida en que haya desbordado los límites admitidos por la ley ambiental. [...]

En el asunto que se examina, la naturaleza de la sustancia logró ser demostrada por la fiscalía a través de la prueba testimonial de cargo, específicamente las declaraciones del ecólogo RCP, del ingeniero de minas JADC y del ingeniero químico HAS.

[...]

Coincide la Corte con el criterio del Tribunal en el sentido que la naturaleza de la sustancia utilizada en la actividad ejecutada por los procesados era mercurio, conocimiento obtenido: (i) a partir de las propiedades de la sustancia incautada, hallada en uno de los habitáculos de la embarcación en siete (7) frascos o recipientes, características físicas propias del mercurio según información suministrada por el ingeniero químico HAS y, (ii) por la actividad misma, desarrollada a través de una infraestructura típica a las empleadas para la explotación aurífera de aluvión, en la que se utiliza mercurio como método de amalgamación, conforme a lo declarado por todos los anunciados testigos de cargo.

Aun cuando el perito HAS manifestó que embaló la sustancia y dispuso que por la policía judicial se enviara a análisis para confirmar que se trataba de mercurio y se hiciera su disposición y /o utilización en laboratorios, pues ningún almacén de evidencias custodiaría el elemento por tratarse de una sustancia tóxica, nuevamente la deficiencia probatoria del ente instructor impidió que al juicio oral se aportara la prueba técnica de corroboración.

No obstante, no es dable restar credibilidad al concepto preliminar rendido por el profesional en química forense, pues la defensa refuta sus conclusiones de manera abstracta y genérica sin ningún respaldo probatorio más que su propio dicho, el cual, tampoco contradice la conclusión del análisis desde un punto de vista científico.

El demandante centra su inconformidad en el hecho de no aportarse la prueba de laboratorio tendiente a identificar y confirmar la naturaleza de la sustancia. Frente a ello, la Sala recuerda que, en virtud del principio de libertad probatoria, los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se puedan acreditar por cualquier medio probatorio, siempre que no se violen los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, en desarrollo del artículo 373 de la Ley 906 de 2004, no existe la exigencia de tarifa legal, como lo pretende el demandante.

La inferencia de que la actividad de explotación desarrollada correspondía a minería aluvial, se desprendió del hallazgo en el lugar de: (i) una draga de succión, generalmente utilizadas en minería de oro de aluvión, (ii) un canalón metálico, con divisiones superiores e inferiores

provistas de un tapete para la retención del metal a explotar, en este caso, oro, (iii) un sistema de succión de material del cauce del río Nechí, (iv) un sistema de lavado y amalgamación, que incluía una caneca metálica que contenía agua y sedimentos y, (v) los siete (7) recipientes con una sustancia que, por sus propiedades físicas, de inmediato se identificó como mercurio por los expertos que acudieron a la diligencia de allanamiento y registro.

Las anteriores evidencias, de hecho, demostraron que en la zona se presentaba una etapa de extracción del material a procesar, una etapa de separación del material extraído (oro) y la amalgamación in situ del mismo.

Esa inferencia, además, encuentra respaldo en la legislación vigente para la época, especialmente el Decreto 2222 de 1993 [...]

Reprocha también el demandante que a los procesados no se les sorprendió usando el mercurio. Sin embargo, deja de lado que, según el testimonio del investigador del CTI AFLR, en la diligencia de allanamiento y registro fueron hallados, además de los siete (7) frascos con una sustancia con características similares al mercurio, otros tres (3) recipientes o frascos vacíos con trazas de la misma sustancia, circunstancia que daba a entender que ya habían sido utilizados en el proceso de amalgamación de oro.

Aunado al embalaje del mercurio hallado, el perito químico HAS explicó que, de un canalón, de dos canecas metálicas y del río Nechí, recolectó tres (3) muestras de lodos y dos (2) muestras de agua con el objeto de efectuar análisis de laboratorio y determinar la presencia, cantidad y concentración de mercurio en el área. No obstante, la ineficiencia investigativa del ente fiscal nuevamente conllevó a que esa pericia no fuera incorporada al paginario.

El Tribunal a pesar de reconocer que no se acreditó si las acciones contaminantes «se produjeron con incumplimiento de la normatividad ambiental excediendo el ámbito del riesgo permitido, pues no se establecieron las cantidades ni la concentración de las sustancias puestas por los procesados en el aire y en las aguas», dedujo la tipicidad de la conducta objeto de acusación.

Resulta incomprensible el análisis del juez corporativo, quien literalmente hizo suyas las conclusiones extraídas de la providencia CSJ

SP7436-2016, 1° jun. 2016, rad. 47504, en la cual la Corte casó una sentencia condenatoria por el delito de contaminación ambiental y, en su lugar, dictó una absolutoria. Esta vez, en el caso bajo examen, esas consideraciones llevaron a atribuir responsabilidad penal por idéntica conducta punible. La aplicación inopinada del precedente se hace evidente cuando, por ejemplo, en el fallo impugnado se alude a la contaminación del aire, premisa fáctica que no hace parte de los hechos jurídicamente relevantes aquí endilgados.

De ese modo, la prueba que sirvió al Tribunal para establecer la existencia de la conducta contaminadora fue el informe de investigador de campo elaborado por el perito HAS, a partir de la recolección de muestras mientras se adelantaba la diligencia de allanamiento y registro «con el fin de establecer la afectación ambiental generada por las actividades de explotación ilícita de yacimiento minero.

No tuvo en cuenta el ad quem que, a pesar de que el acompañamiento al operativo judicial se hizo por un profesional de la ingeniería química, su labor fue más descriptiva que valorativa. En ese contexto, el funcionario no adelantó actividad alguna tendiente a medir la cantidad o la concentración de la sustancia contaminante emitida y vertida al río en el proceso de explotación minera de aluvión.

El informe verbalizado en la audiencia de juicio oral por HAS no constituyó dictamen pericial y ninguna otra prueba incorporada a la foliatura estableció si la contaminación generada por aquella actividad extractiva sobrepasaba los límites del riesgo legalmente admisible.

La generación de un riesgo a la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, a partir de la contaminación del «suelo, subsuelo [y] las aguas» del río Nechí imputada al acusado, tampoco fue fijada en la sentencia como premisa fáctica demostrada. Por lo menos, no en el estándar de conocimiento que exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, la aplicación del artículo 332 del Código Penal a la conducta endilgada a JIMP fue indebida, pues ésta no reunía la totalidad de los requisitos típicos del delito de contaminación ambiental, por ende, lo procedente era su absolución, como en su momento resolvió el juez de primera instancia.

Vale agregar que a esa transgresión de la ley

sustancial subyace un problema de insuficiencia probatoria atribuible al ente instructor, que el Tribunal con bastante esfuerzo quiso superar con el fin de evitar una costosa laguna de impunidad, postura que la Sala no está en condiciones de prohiar.

Súmase a ello que, conforme al transcrito pliego de cargos (Cfr. § 5.3.2.1), la fiscalía circunscribió la hipótesis fáctica de acusación en el hecho que los procesados vertían y depositaban sustancia contaminante (mercurio) en el suelo, subsuelo y las aguas del río Nechí.

No obstante, inexplicablemente no contempló como hecho jurídicamente relevante del delito de contaminación ambiental, por ejemplo, la utilización de otro tipo de maquinaria pesada (retroexcavadora) que también operaba en la zona, como así lo advirtieron en la vista pública los testigos de cargo RCP, JADC y HAS, suficiente para poner en peligro los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos de la zona, asunto que también se les escuchó decir en juicio. Por tratarse de supuestos fácticos que no hicieron parte de la acusación, no puede la Sala efectuar pronunciamiento alguno, so pena de transgredir el principio de congruencia, garantía con asiento en el debido proceso».

ÁREA PROTEGIDA - Concepto / **ÁREA PROTEGIDA** - Categorías / **CONTAMINACIÓN AMBIENTAL** - Agravado: área protegida o de importancia ecológica, la Fiscalía debe acreditar que el área tiene esas características / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: no se pueden establecer circunstancias de agravación no previstas en la acusación

«La acusación justificó que el lugar en donde se hallaba la draga de succión que realizaba la actividad de minería de aluvión es una zona protegida o de importancia ecológica, conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974.

Aquella norma establece que «...salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescindibles (sic) [debe entenderse imprescriptibles] del Estado: (...) d). Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho...»

Entre las clasificaciones que el sistema jurídico colombiano hace de los bienes, se distinguen: (i)

los bienes susceptibles de dominio particular y (ii) los bienes de dominio o de uso público. La disposición en cita, entonces, sólo reafirma que, entre otros, la «faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho» es un bien de dominio público cuyo titular es el Estado, que comporta la peculiaridad de ser inalienable e imprescriptible, por tanto, desligado del régimen de la propiedad privada (Cfr. CSJ SC1727-2016, 15 feb. 2016, rad. 2004-01022-00).

La norma entra en consonancia con lo que ya había establecido el legislador de 1873, cuando en el Código Civil dispuso:

Artículo 674: «Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del Territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales».

Artículo 677: «Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos Territorios. Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños».

Artículo 2519: «Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso».

Posteriormente objeto de regulación por el constituyente de 1991, cuando en la Carta Política expresó:

Artículo 63: «Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Artículo 102: «El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación»

[...]

Como se advierte a simple vista, ninguna relación guarda el literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974, mencionado por la fiscalía como infringido, con la circunstancia agravante

imputada para el punible de contaminación ambiental, esto es, «cuando la contaminación, descarga, disposición o vertimiento se realice en zona protegida o de importancia ecológica» (numeral 3° del artículo 332 del Código Penal).

El artículo 79 de la Constitución Política establece que «es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines».

El Decreto 2372 de 2010 posteriormente compilado en el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, artículo 2.2.2.1.1.1. y siguientes, en su artículo 2° define: «a) Área protegida: Área definida geográficamente que haya sido designada, regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación», definición que, en esencia, reproduce el término utilizado como «área protegida» en el artículo 2° del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).

El artículo 10° del mismo Decreto 2372 establece:

Las categorías de áreas protegidas que conforman el Sinap [Sistema Nacional de Áreas Protegidas] son:

Áreas protegidas públicas:

- a) Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales.
- b) Las Reservas Forestales Protectoras.
- c) Los Parques Nacionales Regionales.
- d) Los Distritos de Manejo Integrado.
- e) Los Distritos de Conservación de Suelos.
- f) Las Áreas de Recreación.

Áreas Protegidas Privadas:

- g) Las Reservas Naturales de la Sociedad Civil.

Parágrafo. El calificativo de pública de un área protegida hace referencia únicamente al carácter de la entidad competente para su declaración.

Por su parte, el artículo 29 ejusdem, prescribe: «Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos como áreas de especial importancia ecológica gozan de protección especial, por lo que las autoridades ambientales deberán adelantar las acciones tendientes a su conservación y manejo, las que podrán incluir su designación como áreas protegidas bajo alguna de las categorías de manejo previstas en el presente decreto»

[...]

La Sala ha de reiterar que, como garantía del principio de congruencia, las circunstancias de agravación punitiva deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación para ser atendidas en el fallo al momento de dosificar la pena correspondiente (Cfr. entre otras, CSJ SP, 28 jul. 2006, rad. 25648; CSJ SP, 18 dic. 2013, rad. 41734; CSJ SP14206-2016, 5 oct. 2016, rad. 47209; CSJ S0P44-2018, 31 en. 2018, rad. 50105; CSJ SP317-2018, 21 feb. 2018, rad. 50264 y CSJ SP1575-2020, 17 jun. 2020, rad. 50312).

De lo contrario, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el enjuiciado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación, ni se pueden desconocer condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena.

En ese contexto, para permitir un verdadero ejercicio del derecho a la defensa, tratándose de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 3° del artículo 332 del Código Penal, resulta imperativo para la fiscalía exponer con claridad en la acusación, tanto fáctica como jurídicamente, por qué el área donde se contamina, descarga, dispone o vierte, se trata de una zona protegida o de importancia ecológica.

En el asunto bajo examen, la Sala advierte que el pliego de cargos, en punto de hechos jurídicamente relevantes, gravitó sobre la conducta de actividad de minería de aluvión aurífera que se realizaba en zona rural del municipio de El Bagre, sobre el cauce del río Nechí, en el cual se vertía y depositaba sustancia contaminante (mercurio), comportamiento que tipificó en el delito de contaminación ambiental «consagrado en el artículo 332 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 34 de la Ley 1453 de 2011, AGRAVADO CONFORME AL NUMERAL 3 DE LA MISMA DISPOSICIÓN, teniendo como verbos rectores, VERTER, DEPOSITAR (al suelo, subsuelo, las aguas, zona protegida o de importancia ecológica artículo 83, lit. d) del Decreto Ley 2811 de 1974, de manera que ponga en peligro, la salud humana, a los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos)» [mayúscula sostenida original del texto].

Como el juez de primera instancia no halló demostrada la conducta de contaminación

ambiental, no se ocupó del análisis del agravante imputado. Por su parte el Tribunal, aunque sí consideró acreditado el delito base, ningún análisis, así fuera mínimo, le mereció la circunstancia de agravación punitiva de que se habla.

El recuento de la actuación procesal revela que la fiscalía en la audiencia de formulación de acusación atribuyó la circunstancia de agravación prevista en el numeral 3° del artículo 332 del Código Penal, sin señalar específicamente por qué las coordenadas en donde se hallaba la draga de succión correspondían a una zona protegida o de importancia ecológica. Dio a entender así que la sola alusión a la norma suple la obligación de expresar con claridad los hechos que la sustentan, lo cual es por completo equivocado. Más allá de la obviedad de mencionar que la conducta se realizaba en el cauce del río Nechí, ningún esfuerzo argumentativo con desconocimiento del principio de motivación-desplegó por concretar los hechos que podían adecuarse al agravante.

Lo anterior pone de presente que las proposiciones fácticas de la circunstancia de agravación no fueron debidamente imputadas bajo la perspectiva de la definición clara y suficiente de los hechos jurídicamente relevantes. Por ende, si los hechos constitutivos de la agravación punitiva no integraron la imputación fáctica de la acusación, no se puede sancionar con inclusión de tal agravante, so pena de afectarse el debido proceso en su estructura.

La revisión de la imputación fáctica de la acusación permite constatar que el ente instructor, en lugar de concretar los hechos pertinentes, se refirió en extenso: (i) a los términos de la denuncia (en la que se mencionaban otras conductas que se calificaron de delictivas y que no hacen parte de esta causa criminal), (ii) a las labores de verificación de la información suministrada por el denunciante, (iii) a las determinaciones adoptadas en desarrollo del programa metodológico de investigación y, (iv) a los resultados de la diligencia de allanamiento y registro previamente ordenada. Por ello, erró al creer que la simple mención de estar ejecutándose la actividad de minería ilegal en el cauce del río Nechí, era razón suficiente para demandar la aplicación de la citada agravante.

Ante la indeterminación jurídica de la

circunstancia de agravación punitiva endilgada (como se explicó, el sustento jurídico de la acusación literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974 ninguna relación guarda con el agravante) y ante la ausencia de fundamento fáctico que respaldara la atribución jurídica, no podía el Tribunal deducirla en el fallo, como en efecto ocurrió en el presente asunto».

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Evolución jurisprudencial / **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA** - No es necesario que el nuevo injusto sea del mismo género / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Variación favorable de la situación del procesado / **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 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Variación de la calificación jurídica: respeto del núcleo fáctico contenido en la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: adopta un esquema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica / **CASACIÓN** - Variación de la calificación jurídica: de contaminación ambiental agravada a explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Concepto / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Elemento normativo: sin permiso de autoridad competente / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Elemento normativo: con incumplimiento de la normativa existente / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Delito de peligro abstracto / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Antijuridicidad material / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Bien jurídico tutelado: medio ambiente / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Configuración: utilización de dragas y demás equipos mecánicos / **EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES** - Se configura / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Dosificación punitiva y multa: omisión de imponerla

«[...] se tiene que entre la conducta punible anunciada en la acusación y la juzgada en el fallo de instancia debe existir consonancia (i) personal, (ii) fáctica, y (iii) jurídica, de modo que la delimitación efectuada en la audiencia de formulación de acusación se convierte en límite para el juzgador al momento de definir los hechos y atribuir responsabilidad al sujeto pasivo de la acción penal.

La congruencia, garantía con asiento en el debido proceso constitucional (artículo 29 de la Carta Política), se orienta a asegurar que el inculpado sólo pueda ser condenado por los cargos materia de acusación, toda vez que ellos, en la medida que delimitan el objeto de debate en juicio, evitan novedosas y sorprendidas imputaciones a la hora de fallar, frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción (Cfr. CSJ SP6613-2014, 26 may. 2014, rad. 43388; CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP4930-2019, 13 nov. 2019, rad. 52370; CSJ SP1651-2021, 5 may. 2021, rad. 52687 y CSJ SP304-2022, 9 feb. 2022, rad. 59147).

El pliego acusatorio se erige por tanto en el marco conceptual, fáctico y jurídico del juicio, como de la eventual sentencia, de manera que el juzgador ha de ceñirse a la acusación, sobre todo, en tratándose de la congruencia personal y fáctica, si en cuenta se tiene que, de ellas, la jurisprudencia ha predicado su carácter absoluto.

Aun cuando la Corte inicialmente (Cfr. CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649) sostuvo que al fallador sólo le era dado condenar por un delito distinto del que era objeto de acusación, al mediar expresa solicitud de la fiscalía, ese criterio posteriormente fue abandonado, de modo que, en el panorama vigente, un pedimento de dicha estirpe no resulta necesario a los efectos de variar la calificación jurídica de la conducta.

La jurisprudencia más reciente, a partir de entender que «la acusación es un acto dúctil», ha aceptado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, a condición que: (i) la nueva imputación corresponda a una conducta que favorezca los intereses del procesado, (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad, (ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación requisito de carácter absoluto, y (iii) no se afecten los derechos de los intervinientes (Cfr. CSJ SP6701-2014, 28 may. 2014, rad. 42357;

CSJ AP5715-2014, 24 sep. 2014, rad. 44458; CSJ SP13938-2014, 15 oct. 2014, rad. 41253; CSJ SP16544-2014, 3 dic. 2014, rad. 41315; CSJ SP8034-2015, 24 jun. 2015, rad. 41685; CSJ AP7386-2015, 16 dic. 2015, rad. 46810; CSJ SP2390-2017, 22 feb. 2017, rad. 43041; CSJ SP4902-2018, 14 nov. 2018, rad. 52766; CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007; CSJ SP1492-2022, 4 may. 2022, rad. 47319; y, CSJ SP3981-2022, 30 nov. 2022, rad. 56993, entre otras).

Es preciso recordar que, si bien con anterioridad se exigía que la novedosa imputación jurídica debía inscribirse en una conducta del mismo género, a partir de la sentencia CSJ SP17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45589, la Sala consideró que la identidad del bien jurídico no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal.

Lo anterior para significar que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino flexible, por tanto, puede el fallador apartarse jurídicamente del contenido de los cargos en la acusación y condenar por un punible diverso al imputado, sin que se pregone el quebrantamiento de dicho principio (Cfr. CSJ SP792-2019, 13 mar. 2019, rad. 52066).

En el caso concreto, aunque la fiscalía acusó a JIMP por la conducta punible de contaminación ambiental agravada, es procedente la condena por el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales previsto en el artículo 338 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, el cual, con el aumento de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, establece:

El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con relación a esta infracción delictiva, la Corte Constitucional en sentencia CC C-259-2016, precisó:

Los elementos del tipo penal son varios. Para comenzar se trata de un sujeto activo no

calificado, pues no se exige una condición particular en el autor de la conducta punible. El sujeto pasivo lo es el Estado como titular del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Los verbos rectores son los de explotación, explo[r]ación y extracción; exigiendo que su ejercicio debe recaer, como objeto material, sobre un yacimiento minero o arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos.

La conducta se complementa con dos elementos normativos, como lo son, en primer lugar, realizar la explotación, exploración o extracción sin el permiso de la autoridad competente, o lo que es lo mismo, sin un título habilitante; o, en su lugar, con el incumplimiento de la normatividad existente, lo que implica la presencia de un permiso, licencia o autorización, pese a lo cual la actuación desarrollada se realiza por fuera del marco autorizado por la ley.

Pero quizás el punto más relevante del tipo, es que en relación con su contenido, constituye un delito de peligro abstracto, por virtud del cual no se requiere de un daño o menoscabo efectivo sobre el medio ambiente, sino de una probabilidad de lesión a partir de una situación o acción que se considera peligrosa. En este caso, como se observa de la transcripción de la conducta, los actos que se ejecuten (explotación, extracción, etc.) deben realizarse “por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente”.

Nótese que mientras la redacción típica del artículo 244 del Decreto Ley 100 de 1980 preveía una sanción penal más amplia, ya que bastaba con la falta de un título habilitante en la exploración, explotación, transporte o cualesquiera otra de las conductas mencionadas sobre un recurso minero, para que se configurara el ilícito. Hoy en día, en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, se aminora su antijuridicidad material, pues en el caso de la minería informal, se requiere que el acto tenga la capacidad efectiva de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, dictamen que no se requería con anterioridad. Por lo demás, su consagración como delito de peligro abstracto, deja un importante espacio de acción a otros comportamientos punibles de resultado que amparan el mismo bien jurídico, como lo son, los daños en los recursos naturales, la contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos, la contaminación ambiental por

explotación de yacimiento minero o hidrocarburo y, en general, la contaminación ambiental.

No es irracional que se entienda, como lo hace el decreto reglamentario, que el comportamiento al cual alude el artículo 165 de la Ley 685 de 2001 es el consagrado en el artículo 338 de la Ley 599 de 2000, pues a pesar de los cambios que se introdujeron en la redacción típica, el objeto de protección sigue siendo el medio ambiente, a partir de los problemas derivados de la realización de la actividad minera sin un título habilitante, más allá de que ahora también se incluyan, a partir de la ampliación del elemento normativo, a quienes actúan con incumplimiento de la normatividad existente.

Desvirtuado que el Tribunal pudiese condenar por el delito de contaminación ambiental agravada, la Sala advierte satisfechos los requerimientos que posibilitan variar la calificación típica estimada por el ad quem y condenar por un delito que en toda su extensión jurídica no fue nominado en la acusación. La solución no puede ser la absolución pretendida por el impugnante, sino proferir sentencia de condena por la novedosa adecuación, por las siguientes razones:

(i) La evidente omisión probatoria de la fiscalía impidió demostrar más allá de duda razonable la conducta de contaminación ambiental y el agravante atribuido. No obstante, el conjunto probatorio sí logró acreditar que la actividad desarrollada por JIMP el día 28 de enero de 2014, correspondía a la explotación y extracción de oro aluvial, en la que se utilizaba una embarcación en madera tipo draga de succión, con incumplimiento de la normatividad existente recuérdese que el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011 prohibió en todo el territorio nacional la utilización de dragas y demás equipos mecánicos en las actividades mineras, práctica en la que se explotaba el material de arrastre del cauce del río Nechí y se utilizaba mercurio como método de amalgamación in situ, actividad con la potencialidad de causar daños graves a los recursos naturales de la zona y al medio ambiente.

(ii) Se mantiene el núcleo fáctico de la acusación, vale decir, la congruencia fáctica permanece inalterada. Desde los albores de la investigación la fiscalía siempre señaló a las personas capturadas en la diligencia de allanamiento y registro del 28 de enero de 2014 de ejecutar la actividad de minería ilegal, sólo que la hipótesis

investigativa en la cual centró la imputación y posterior acusación se cifró en la contaminación ambiental por vertimientos y depósitos de sustancia contaminante (mercurio) «al suelo, subsuelo [y] las aguas», lo que no significa que la premisa fáctica de explotación ilícita de materiales no haya sido considerada. De ese modo, el supuesto de hecho demostrado a lo largo del proceso se aceptó sin miramientos por todos los que en él intervinieron.

(iii) No existe vulneración del derecho de defensa en el caso concreto pues la definición de que el delito imputado podría derivar hacia el punible de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, nunca fue ajena a la bancada defensiva, por manera que la condena por el novedoso injusto típico no la sorprende o pudo haber minado sus posibilidades de controversia.

El tema de la posible materialización del delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales estuvo siempre presente y en conocimiento de la defensa material y técnica, razón suficiente, ya despejado que no hubo variación fáctica, para concluir que la condena por el delito en cuestión no afecta el derecho de defensa o contradicción, menos, lesiona garantías del acusado porque, en estas condiciones, no se le sorprende con hechos, o con temas no debatidos en las instancias.

(iv) La nueva calificación de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (artículo 338 del Código Penal), se dirige hacia un tipo penal más benigno, en contraste con el de contaminación ambiental culposa agravada (artículos 332 numeral 3° y 339 ejusdem) por el que final e inexplicablemente (Cfr. § 5.3.2.3.6) se individualizó la pena para todos los procesados, como quiera que el primero se sanciona con una pena de prisión de 32 a 144 meses, mientras que el segundo se pune con igual sanción corporal de 36,66 a 168 meses.

En cuanto a la multa, no puede perderse de vista que el Tribunal, también sin explicación alguna, no asignó a JIMP aquella pena pecuniaria. Por tanto, en estricta observancia del principio de prohibición de reforma peyorativa para el apelante único, esa determinación deberá permanecer invariable. Y,

(v) Acótese finalmente que, aun cuando se ha dicho que la identidad del bien jurídico tutelado no es un presupuesto de respeto al principio de congruencia y, por ende, es posible modificar la

adecuación típica de la conducta sin limitación a título o capítulo alguno, dentro de todo el Código Penal, en este caso, inevitable resulta aludir que se trata de injustos del mismo género, inscritos en las conductas contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Lo hasta aquí explicado resulta aplicable únicamente para el caso de los enjuiciados JIMP y VAB, a quienes la fiscalía formalmente acusó como coautores del punible de contaminación ambiental dolosa agravada»

EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES - Delito eminentemente doloso / **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA** - Improcedencia: condenar por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo / **CASACIÓN** - Sentencia: absolutoria, caso en el que no es viable variar la calificación jurídica

«[...] como quedó dilucidado desde el inicio (Cfr. § 2.2), en el caso de los coprocesados JMRM, JMNR, AM, JDJLM, JALM, SFOG, DAA y SFCC la acusación se efectuó por el mismo delito, pero irreflexivamente se atribuyó en su modalidad culposa.

En virtud de que el delito de explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales no admite la modalidad culposa ni en la legislación vigente para la época de los hechos, ni en la actual, variar la calificación jurídica como se propone, necesariamente implicaría vulnerar el principio de congruencia, habida cuenta que la novedosa tipicidad no respetaría el núcleo fáctico de la acusación -requisito de carácter absoluto-, al mutarse la imputación al tipo subjetivo de culpa a dolo. El dolo supone el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y la voluntad de su realización, circunstancia subjetiva que debe ser objeto de la acusación. Por el contrario, la culpa no reside en esa voluntad, sino en la infracción al deber objetivo de cuidado, lo cual provoca el resultado típico.

Aunque al amparo del Decreto 2700 de 1991, vigente asoma ahora el criterio expuesto por la Sala desde aquel estatuto procesal penal, en el que se explicó que el juez no puede:

sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas, o adicionar circunstancias específicas de agravación

punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado o las formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidad de cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo [subrayado en esta oportunidad] (Cfr. CSJ SP, 29 may. 1997, rad. 9485, reiterada, entre otras, en CSJ SP, 27 jul. 1998, rad. 9857; CSJ SP, 12 dic. 2000, rad. 12641; CSJ SP, 11 dic. 2003, rad. 19775; CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26309; CSJ SP7135-2014,

5 jun. 2014, rad. 35113).

Por tanto, pasar de una conducta culposa a una dolosa constituye sorpresiva imputación frente a la cual JMRM, JMRN, AM, JDJLM, JALM, SFOG, DAA Y SFCC no tuvieron oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción, razón por la cual, en su caso no es viable variar la calificación jurídica y emitir condena por un delito, en teoría menor al incluido en la acusación.

Lo consecuente, entonces, es absolverlos por la conducta punible objeto de acusación».

SECUESTRO SIMPLE - Agravado: incremento punitivo, cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado / **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Alcance: no se vulnera por la valoración de las manifestaciones del procesado, expresadas ante terceros de manera voluntaria, cuando no se ha iniciado una actuación procesal penal / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando la víctima reconoce al victimario / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando individualiza al victimario con base en la descripción de la víctima

La Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de JEPM en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho (Cundinamarca) y, en su lugar, lo condenó por el delito de secuestro agravado.

La Sala no casó el fallo condenatorio, al encontrar que, las pruebas practicadas durante el juicio oral demuestran más allá de duda razonable que el procesado, siendo Sargento del Ejército Nacional, participó conscientemente en un operativo ilegal, orientado a buscar una “guaca” o “caleta”, para lo que amedrentaron con armas de fuego a las víctimas, a quienes mantuvieron privadas de su libertad por varias horas.

En esta oportunidad, la Corte recordó su jurisprudencia en torno a la forma cómo deben ser valoradas las declaraciones espontáneas del procesado y su relación con el derecho a la no

autoincriminación. Así mismo, consideró que, en el presente caso, con la prueba testimonial, en conjunto con los demás medios probatorios, se logró la individualización del victimario.

SP450-2023(55855) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 30 de abril de 2010, aproximadamente a las 6:30 de la mañana, JEPM, para ese entonces sargento del Ejército Nacional, arribó con aproximadamente 11 personas más a la vereda Veraguas, ubicada en el municipio de Pacho (Cundinamarca), al parecer con el propósito de hallar una “guaca” o “caleta” en una finca.
2. Para lograr su cometido, simularon estar cumpliendo una orden de allanamiento y registro emitida por un fiscal y privaron de la libertad durante varias horas a los moradores del predio y a algunos vecinos que se percataron de lo que estaba sucediendo. Igualmente, a tres niños que estaban en una casa ubicada justo al frente de donde se produjo la retención.
3. A los menores les impidieron ir al colegio y a los adultos les prohibieron alejarse del lugar, mientras varios integrantes del grupo se dedicaban a romper paredes, pisos y techos.
4. Aunque los secuestradores despojaron a las víctimas de sus teléfonos celulares, un menor

de edad residente en una casa cercana logró avisar a la Policía Nacional, antes de ser privado de la libertad.

5. La intervención de los policiales acantonados en el municipio de Pacho (Cundinamarca) puso fin al secuestro y permitió la incautación de los revólveres, las pistolas, la subametralladora y los vehículos utilizados por los perpetradores.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN -

Alcance: no se vulnera por la valoración de las manifestaciones del procesado, expresadas ante terceros de manera voluntaria, cuando no se ha iniciado una actuación procesal penal /

IDENTIDAD DEL PROCESADO -

Individualización e identificación: demostración /

TESTIMONIO -

Apreciación probatoria: cuando la víctima reconoce al victimario /

TESTIMONIO -

Apreciación probatoria: cuando individualiza al victimario con base en la descripción de la víctima /

TESTIMONIO -

Apreciación probatoria: recuerdo de hechos ocurridos tiempo atrás /

TESTIMONIO -

Credibilidad /

TESTIMONIO -

Corroboración de la prueba testimonial

«El policial DASR declaró que esa mañana fueron enterados de que lo que estaba sucediendo en la finca Santa Bárbara, ubicada en la vereda Veraguas.

Inmediatamente, se dispuso el operativo, en el que participaron varios uniformados. El desperfecto mecánico de uno de los carros dio lugar a que él y dos de sus compañeros se quedaron relegados. Ante esa situación, luego de verificar que el supuesto procedimiento adelantado en la referida finca era ilegal, se dispusieron a arribar al sitio de los hechos, con un permanente contacto con los policiales que llegaron primero.

Gracias a ello, se enteró de la fuga de varios de los sujetos que perpetraron la retención ilegal, uno de los cuales era de raza negra.

Poco después, se percató de la presencia de un sujeto con esas características, que intentó huir por una “maraña” al notar la presencia de la patrulla. Empezaron la persecución y lograron capturarlo junto a una quebrada.

Esponáneamente, el retenido dijo ser sargento del Ejército Nacional, provenir de la finca Santa Bárbara (señaló el lugar) y adujo que “lo habían

engañado”. Al retenido le fue incautada una pistola. Debe recordarse que las declaraciones espontáneas deben ser valoradas, conforme lo ha sostenido pacíficamente la Sala (CSJSP714, 9 marzo 2022, Rad. 2022, entre muchas otras).

En todo caso, el sujeto era “foráneo”, esto es, no residía en la referida vereda.

El capturado fue identificado como JEPM.

Al llegar al lugar de los hechos, varios de los moradores señalaron al retenido como uno de los sujetos que los habían privado de la libertad y que lograron huir al notar la presencia de los policiales [...]

Durante el contrainterrogatorio, el defensor se limitó a formular una pregunta, orientada a constatar si fue la señora AO quien señaló al retenido, a lo que el testigo contestó que fueron ella “y H”.

Así, no se discute que: (i) PM fue capturado cerca del lugar de los hechos; (ii) para ese entonces era sargento del Ejército Nacional -su versión ante los policiales fue corroborada con los datos aportados al proceso-; (iii) en ese momento, espontáneamente aceptó provenir de la finca Santa Bárbara; (iv) intentó huir al notar la presencia de la patrulla policial; (v) portaba una pistola; y (vi) no pertenecía a la comunidad de la vereda Veraguas, ni su presencia en el sitio tiene una explicación diferente a su participación en los hechos objeto de juzgamiento. Además, dio a entender que sí participó en el “operativo”, pero que lo hizo engañado con otras personas.

El testimonio del policial S es creíble, toda vez que: (i) su relato es coherente y rico en detalles; (ii) fue corroborado por sus compañeros de trabajo; (iii) también encuentra respaldo en las versiones de las víctimas; y (iv) no se avizoran razones para mentir con el propósito de perjudicar a otro uniformado (sargento del Ejército Nacional), a quien no conocía. Además, según se indicó, la defensa no impugnó su credibilidad.

En cuanto a los factores de corroboración, se tienen los siguientes:

El policial JPL, uno de los primeros en llegar al sitio de los hechos, asegura haberle informado a su compañero que se “habían volado” varios de los secuestradores, entre ellos uno afro descendiente.

Por su parte, el señor VGB, luego de narrar su

retención cuando se aprestaba a entregarle 20 mil pesos a su esposa (embarazada), hizo énfasis en que pudo ver el rostro de uno de los hombres que custodiaba la casa de su vecina AO.

Dijo estar seguro de que esa persona es la misma que pudo ver luego en las audiencias, así como en la notaría donde se reunieron para concretar la indemnización de perjuicios, lo que le permitió enterarse de que se llama JEP.

En el mismo sentido declaró el señor HMHO, otra de las víctimas.

[...]

Relata, además, que se encontró de nuevo con PM en una notaría donde se concretó la indemnización a las víctimas. En esa oportunidad, dice, le preguntó: “mi sargento, por qué hizo eso”, a lo que el procesado le respondió que actuó como “gancho ciego”.

Al respecto, no es admisible lo que plantea el Juzgado en el sentido de que la alusión al encuentro en la notaría implica valorar en contra del procesado su decisión de participar en el proceso indemnizatorio.

No. El dato es relevante porque permite confirmar que el sujeto que los testigos vieron en el lugar de los hechos, durante la privación de la libertad y, luego, cuando fue regresado a la finca en calidad de capturado, responde al nombre de JEPM.

Por demás, debe advertirse que estos testimonios son creíbles, por lo siguiente: (i) los declarantes aseguran que pudieron ver las características físicas del procesado, ya que el pasamontañas que tenía solo le cubría parte de la frente y la cabeza; (ii) esa percepción se facilitaba por la iluminación del lugar los hechos ocurrieron a partir de las 6:30 de la mañana y por el contacto que pudieron tener con los secuestradores, ya que estos deambularon por todo el lugar; (iii) el retorno de PM al lugar de los hechos, en calidad de capturado, ocurrió poco después de su huida, lo que les permitió percatarse de que se trataba de la misma persona; y (iv) no existen razones para que quisieran mentir con el propósito de perjudicarlo, ya que, según sus propias palabras, fue la persona que más aportó para la reparación de las víctimas.

Además, debe considerarse que el señor MH dijo que en la notaría se refirió a PM como sargento, para preguntarle por las razones de su conducta, a lo que este dio a entender que no sabía de la ilegalidad del procedimiento. Esta situación

amerita los siguientes comentarios:

En primer lugar, el procesado, desde su captura, se atribuyó el rango de sargento, lo que fue corroborado con la información aportada al proceso sobre su vinculación al Ejército Nacional.

Además, la coartada que expuso ante el testigo H exactamente la misma que insinuó durante su captura, momento en el que aceptó provenir de la finca donde ocurrieron los hechos, pero dio a entender que “había sido engañado”.

En cuanto a dicha hipótesis alternativa (el procesado sí participó en los hechos pero lo hizo sin tener conocimiento de la ilegalidad del “operativo”), la Sala encuentra que es del todo inaceptable, toda vez que: (i) la defensa no aportó pruebas que la sustenten; (ii) el operativo era claramente ilegal, porque no de otra forma se hubiera justificado la retención de niños y adultos, así como la incautación de los celulares; (iii) los policiales que declararon en el juicio dieron cuenta de las verificaciones que hicieron sobre la legalidad del procedimiento, obteniendo como respuesta que ninguna autoridad judicial, policial o militar había dispuesto o apoyado el operativo; (iv) de haber estado convencido de la legalidad del registro, no tendría por qué haber huido cuando los policiales llegaron a la finca; y (v) por las mismas razones, no existía justificación para que se adentrara en “una maraña” cuando fue interceptado por la patrulla que finalmente lo capturó cerca de una quebrada.

Sumado a lo anterior, no estaba debidamente uniformado cuando fue retenido, lo que descarta que hubiera podido creer que se trataba de un procedimiento oficial. Ello, sin perjuicio de las labores que desarrollaron en la finca, donde se dedicaron a romper los pisos, las paredes y el techo.

[...]

En este orden de ideas, aunque algunos testigos pudieron incurrir en imprecisiones sobre los lugares donde vieron a JEPM, lo que es entendible si se tiene en cuenta que declararon 8 años después de ocurridos los hechos, las pruebas practicadas durante el juicio oral demuestran más allá de duda razonable que el procesado participó conscientemente en un “operativo” ilegal, orientado a buscar una “guaca” o “caleta”, para lo que amedrentaron con armas de fuego a las víctimas, a quienes mantuvieron privadas de su libertad por varias horas.

En síntesis, lo anterior se desprende de lo siguiente: (i) la captura del procesado en inmediaciones del sitio de los hechos, en poder de un arma de fuego, luego de que se estableciera que varios perpetradores lograron huir; (ii) las manifestaciones espontáneas del retenido, atinentes a su presencia en la finca Santa Bárbara y a un supuesto engaño de que fue víctima; (iii) la inexistencia de otras razones que justifiquen su presencia en esa zona; (iv) el señalamiento directo que hicieron las víctimas, quienes dijeron estar seguros de que el procesado es el sujeto que vieron participando de la retención ilegal, el mismo que fue regresado al sitio de los hechos en calidad de capturado y quien se reunió con ellos posteriormente en una notaría para concretar la reparación de perjuicios.

En todo caso, no se avizoran otras hipótesis que permitan explicar los datos expuestos en precedencia, al punto que pueda hablarse, como lo hace el censor, de la existencia de duda razonable sobre la responsabilidad penal del procesado».

SECUESTRO SIMPLE - Agravado: incremento punitivo, cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado / **SECUESTRO SIMPLE** - Agravado: incremento punitivo, si la conducta se comete en menor de dieciocho (18) años / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Prevalece sobre el principio de legalidad

«Sobre la calificación jurídica, debe resaltarse lo siguiente:

Como ya se indicó, no se discute que el 30 de abril de 2010, en horas de la mañana, un grupo de personas, armadas con armas de fuego, llegó hasta la finca Santa Bárbara con el propósito de buscar una “guaca” o “caleta”.

Tampoco, que con ese fin retuvieron a los moradores del lugar, así como a varios de sus vecinos, a quienes les impidieron su libre movilización, así: (i) a los niños se les impidió ir a la escuela, (ii) uno de ellos no pudo ir a ordeñar una vaca, lo que se requería con urgencia para evitar que el animal se enfermara; (iii) otro, no pudo ir a llevarle un dinero a su esposa, que requería con urgencia para acudir al médico.

Sin duda, ello encaja en el delito de secuestro simple, previsto en el artículo 168 del Código

Penal, tal y como lo concluyeron el Juzgado y el Tribunal. Este aspecto no fue rebatido por el censor.

Es igualmente claro que, para ese entonces, JEPM estaba adscrito al Ejército Nacional, en el rango de sargento. Por tanto, debe considerarse la circunstancia de agravación prevista en el artículo 170, numeral 5°, ídem, que dispone el respectivo incremento punitivo “cuando la conducta se realice por persona que sea servidor público o que sea o haya sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado”.

Para garantizar el principio de non reformatio in pejus, la Sala no se pronunciará sobre la viabilidad de incluir, además, la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1° de la norma en cita, a pesar de que es claro que el secuestro afectó a varios menores de 18 años»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: cuando la víctima reconoce al victimario / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando individualiza al victimario con base en la descripción de la víctima / **TESTIMONIO** - Credibilidad / **PETICIÓN DE PRINCIPIO** - No se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, se cumple

«En cuanto a los argumentos expuestos por el demandante, la Sala los encuentra inadmisibles, por lo siguiente:

Sobre la falacia de petición de principio, el censor se limita a afirmar que el Tribunal dio por sentado el aspecto objeto de discusión, esto es, que JEPM participó en el secuestro perpetrado el 30 de abril de 2010, bajo las condiciones anotadas en precedencia.

Elude por completo lo que expuso el Tribunal sobre la captura de PM en inmediaciones de la finca donde ocurrieron los hechos, cuando intentó eludir una patrulla policial. Igualmente, que el retenido portaba un arma de fuego, y, espontáneamente, aceptó que venía de la finca Santa Bárbara y dio a entender que lo habían engañado.

En la misma línea, le restó importancia al señalamiento directo que hicieron varias víctimas, quienes aseguran haberlo visto en el lugar de los hechos, mientras se estaba perpetrando el secuestro, y, luego, tuvieron contacto con él en una notaría donde se materializó la reparación a las víctimas.

En lugar de explicar por qué lo anterior resulta insuficiente para concluir que PM participó voluntariamente en la retención de varias personas con el propósito de facilitar la búsqueda de una supuesta “guaca”, el memorialista se limita a cuestionar la valoración del testimonio de la señora AO, que fue aportado como prueba de referencia.

Aunque es cierto que la versión de dicha señora no resulta concluyente en cuanto a la participación del procesado en los hechos objeto de juzgamiento, entre otras cosas porque los interrogatorios no se orientaron a esclarecer lo concerniente a la participación de PM, también lo es que las demás pruebas practicadas durante el juicio oral demuestran más allá de duda razonable que el procesado hizo parte del grupo que sometió a los moradores de la finca Santa Bárbara y a algunos vecinos que tuvieron el infortunio de presenciar lo que estaba sucediendo.

Como se indicó en el numeral anterior, los señalamientos directos que hicieron VGBS y HMHO, entre otros, quienes aseguran haber visto el rostro de PM mientras contribuía a la acción ilegal y haberlo reconocido cuando lo llevaron capturado y, posteriormente, cuando se reunieron con él en una notaría para concretar la reparación de los perjuicios, coinciden plenamente con el hecho de que este sargento del Ejército Nacional fue capturado cerca de la finca donde ocurrieron los hechos, con un arma de fuego en su poder, sin perjuicio de que intentó huir cuando notó la presencia de la patrulla policial y aceptó espontáneamente haber estado en el lugar de los hechos, aunque dio a entender que fue víctima de un supuesto engaño.

De otro lado, igualmente sin ningún desarrollo, el memorialista da a entender que existen otras hipótesis plausibles, que generan duda razonable sobre la participación de su defendido en el secuestro de varias personas.

Sin embargo, no dedica ni una línea a explicar cuáles son esas hipótesis y cuáles los fundamentos que permitan catalogarlas como verdaderamente plausibles.

El censor tenía la carga de explicar, por ejemplo, de qué otra forma podría explicarse la presencia del militar en inmediaciones de la finca donde ocurrieron los hechos, máxime si se tiene en

cuenta que el policial que lo capturó dejó en claro que era un “foráneo”, esto es, que no hacía parte de esa comunidad.

Igualmente, debía explicar por qué su representado huyó de la finca cuando notó la presencia de los policiales e intentó eludir la patrulla que se dirigía al sitio para apoyar las múltiples capturas y la incautación de las armas de fuego y demás elementos utilizados por los perpetradores.

Finalmente, tenía la carga de explicar por qué resultan inverosímiles las versiones de quienes señalaron directamente a PM como uno de los coautores del secuestro, y por qué podría cuestionarse la versión del policial que asegura haberlo capturado en las condiciones ya anotadas.

El defensor elude por completo estas cargas argumentativas, toda vez que, como ya se dijo, se limita a cuestionar solo uno de los testimonios de cargo (el aportado como prueba de referencia) y a trasgredir el principio de corrección material, pues asegura que el Tribunal dio por sentada la participación de PM en los hechos ya referidos, sin considerar que la condena se fundamenta en la presencia del procesado en el sitio de los hechos y en los señalamientos directos realizados por las víctimas.

Finalmente, menciona supuestas inconsistencias en la descripción del procesado, pero no tiene en cuenta que: (i) los testigos de cargo no fueron impugnados frente a este aspecto en particular; (ii) dijeron estar seguros de que el sujeto que vieron prestando diversas funciones durante la retención ilegal es el mismo que fue retornado al sitio de los hechos en calidad de capturado y coincide con quien estuvo en la notaría donde se materializó la reparación a las víctimas; (iii) a PM le fue incautada un arma pequeña, por lo que es posible que la misma no hubiera sido detectada por las víctimas; (iv) los declarantes no tenían razones para mentir, pues no conocían al procesado y, además, éste fue quien más contribuyó a su reparación integral; y (v) los testimonios fueron recibidos alrededor de 8 años después de ocurridos los hechos, por lo que es entendible que presenten algunas inconsistencias, aunque, en lo medular, no admiten reparos».

ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Sala de Casación Penal: rechaza argumentos basados en estereotipos machistas y misóginos que revictimizan a la mujer / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad / **DELITOS SEXUALES** - Conductas denominadas de «puerta cerrada» o de «privacidad», en las que el sujeto agente, por lo general, actúa sin la presencia de testigos / **DELITOS SEXUALES** - Síndrome de adaptación paradójica: concepto

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la impugnación especial promovida por el defensor de JFCM, quien luego de ser absuelto por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Urrao por el concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, fue condenado por el Tribunal de Antioquia como autor de uno de tales punibles.

La Corte confirmó la sentencia condenatoria, al considerar que, se demostró más allá de duda razonable, el contexto de sometimiento sexual de la víctima contra su voluntad, así como que mostraba características propias del Síndrome de Adaptación Paradójica; por lo que, acertó el Tribunal al decidir el asunto con perspectiva de género, soportado no únicamente en leyes y preceptos constitucionales y supraconstitucionales, sino en pronunciamientos de la Corte sobre el particular.

De otro lado, aclaró que, el análisis judicial en delitos como el aquí investigado, requiere el enfoque de género, en orden a contextualizar y definir episodios ocurridos antes, con ocasión y luego de la violencia ejercida sobre la mujer, orientados a verificar si medió una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas derivadas de prejuicios sociales, estereotipos

machistas o patriarcales, o religiosos. Además, recordó que, bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes.

Aunado a lo anterior, resaltó que, en virtud del principio de libertad probatoria, los elementos del delito de acceso carnal violento pueden ser acreditados con cualquier medio demostrativo válido, máxime cuando, por regla general, se comete en un ámbito privado y es por ello que se ha denominado delito de puerta cerrada y, es frecuente que únicamente se cuente con la prueba directa derivada del testimonio de la víctima.

Finalmente, la Sala de Casación Penal rechazó los argumentos de la defensa, basados en estereotipos machistas y misóginos que revictimizan a la mujer.

SP451-2023(64028) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la época comprendida entre el año 2009 y el 14 de octubre de 2015, los esposos JFC y NAA residieron en los municipios de Pacho, Ubaté, Samacá, Sogamoso y finalmente Urrao.
2. Durante tal periodo, JFC de manera reiterada y sucesiva accedió carnalmente a su cónyuge por vía vaginal y anal, de manera violenta y sin su consentimiento, para lo cual la golpeaba, la sujetaba por el cuello, la agredía verbalmente y la amenazaba de muerte si no accedía a tener relaciones sexuales con él.
3. La última vez fue el 14 de octubre de 2015, cuando una vez más la golpeó en el cuello y la condujo a una habitación donde la accedió en la forma indicada, razón por la cual ella gritó muy fuerte para ser asistida por sus vecinos.
4. Al día siguiente, JFC le expresó a NAA “que ella era su esposa y tenía que corresponderle como tal”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Su uso por parte del juez no implica violación al principio de imparcialidad judicial / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido

«Para comenzar se impone advertir que si bien la Fiscalía en la imputación y la acusación refirió la comisión de un concurso homogéneo sucesivo de delitos de acceso carnal violento agravado, en el fallo proferido por el Tribunal se precisó que únicamente se procedía por el comportamiento realizado el 14 de octubre de 2015 en el municipio de Urao, pues sobre los ocurridos en Pacho, Ubaté, Samacá y Sogamoso no se efectuó imputación fáctica alguna.

Como el impugnante afirmó que el Tribunal no tuvo en cuenta los postulados y estándares del derecho probatorio, de manera que “se desconoció la Constitución, así como las normas de orden público”, constata la Sala que no se ocupó de la perspectiva de género señalada por el Tribunal, la que encuentra soporte no únicamente en leyes y preceptos constitucionales, sino en pronunciamientos de la Corte sobre el particular.

En tal sentido, el artículo 1 de la Ley 248 de 1995, por medio de la cual se aprobó la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, establece:

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

El inciso primero del artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 que tiene por objeto “la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico

interno e internacional”, dispone:

“DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”.

También debe ser mencionada la Ley 1542 de 2012, que tiene como fin “garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer”.

Por su parte, la jurisprudencia ha precisado que el delito de acceso carnal violento no requiere para su configuración que el sujeto pasivo realice actos de resistencia o de defensa y tanto menos puede colegirse que la falta de vehemencia en el rechazo estructure una especie de consentimiento de la víctima, de manera que el análisis del proceder de ésta es irrelevante, pues no es procedente abordar sus calidades y condiciones, y tanto menos afirmar que debió comportarse de tal o cual forma para evitar la comisión del punible.

De otro lado, se tiene que el análisis judicial en delitos como el aquí investigado, requiere el enfoque de género, en orden a contextualizar y definir episodios ocurridos antes, con ocasión y luego de la violencia ejercida sobre la mujer, orientados a verificar si medió una relación asimétrica de poder caracterizada por prácticas derivadas de prejuicios sociales, estereotipos machistas o patriarcales, o religiosos, como ha ocurrido en este caso.

Profusamente la Sala ha resaltado el imperativo de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem do Pará), todo lo cual ha determinado una reorientación de la labor investigativa, en procura de visibilizar las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional, históricamente víctima de desafueros.

Las mencionadas convenciones, al reconocer

derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto conforme al artículo 93 de la Constitución, de manera que no solo obligan al Estado colombiano y generan deberes como los indicados en precedencia, sino que constituyen parámetro de control constitucional.

Desde luego, lo anterior no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio, la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que fracture la imparcialidad, pues la ponderación de las pruebas debe estar guiada por criterios generales de racionalidad a fin de dar por acreditada o no, la responsabilidad del procesado. A lo que no pueden acudir los funcionarios judiciales es a la utilización de estereotipos y prejuicios machistas o patriarcales para fundar sus decisiones, como se deriva de los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, relativos al curso de la investigación y la práctica y ponderación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin desconocer caros principios como la presunción de inocencia del acusado y la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía.

En suma, el enfoque o perspectiva de género, corresponde a un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público y les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, identifiquen, cuestionen y superen la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres a partir de preconceptos machistas y androcéntricos, pues de lo contrario incurren en un falso raciocinio soportado en insostenibles “reglas de la experiencia”, que conduce a la violación indirecta de la ley sustancial.

Como viene de verse, carece de razón el recurrente al aducir que el fallo del Tribunal no se ajustó a los estándares del derecho probatorio y por ello desconoció la Constitución y las normas de orden público.

Como el defensor resaltó el acierto del Juez de primer grado al proferir el fallo absolutorio en favor de su representado, advierte la Sala que tal funcionario, en el marco de una apreciación de los elementos probatorios sin perspectiva de género, echó de menos pruebas médicas y psicológicas, historias clínicas y constancias de atenciones especializadas en salud en orden a

corroborar lo declarado bajo juramento por la víctima, pese a que ella en detalle dio cuenta del contexto de violencia sexual que soportó durante varios años por parte de su esposo JFC, convencida que por mandatos religiosos debía someterse a la voluntad de su cónyuge, además del miedo que le infundía una posible reacción de él, hasta el último episodio del 14 de octubre de 2015 en el municipio de Urao.

A su vez, en el fallo de primera instancia fueron descartadas las declaraciones de familiares de NA, esto es, de LAC (hermana), FRA (madre) y de ACA (hijo), por no haber presenciado directamente los accesos carnales violentos de los que fue víctima y no tuvo en cuenta lo expuesto por ellos, se repite, en el ámbito del contexto, sobre la violencia que el acusado ejercía sobre aquella y, lo más importante, los gritos que escuchaba su hijo desde la habitación contigua a aquella en la cual estaba su progenitora con CM»

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración por cualquier medio probatorio / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes / **DELITOS SEXUALES** - Síndrome de adaptación paradójica: concepto

«Como también el defensor manifestó que la Fiscalía no exhibió un dictamen sobre el estado de salud de la víctima, tanto mental como físico, en procura de probar que fue abusada sexualmente, considera la Corte que tal planteamiento, en primer lugar, desconoce el principio de libertad probatoria, en virtud del cual los elementos del delito pueden ser acreditados con cualquier medio demostrativo válido. En segundo término, pretende crear una especie de tarifa legal respecto de la acreditación del delito de acceso carnal violento, no establecida por el legislador. Y, en tercer lugar, el más importante, desconoce la perspectiva o enfoque de género que a partir de la Constitución y normas nacionales e internacionales, vincula a los funcionarios judiciales en sus apreciaciones probatorias, como a espacio se abordó en esta providencia.

En cuanto se refiere a la queja del recurrente,

referida a que no se probó la espiritualidad de NAA o su pertenencia a una religión, pues ella declaró que a partir de pasajes bíblicos asumió que como esposa de CM estaba llamada a soportar los agravios sexuales a los que la sometía, advierte la Sala que los medios probatorios echados de menos respecto de los referidos aspectos, resultan manifiestamente impertinentes con relación al tema de la prueba, pues si la víctima tenía creencias o valoraciones religiosas que la llevaban a justificar el proceder de su esposo, no por ello el comportamiento lesivo del bien jurídico de la libertad sexual podría descartarse por vía de considerarlo atípico o encontrar una causal de justificación.

Lo cierto es que se demostró más allá de duda razonable, el contexto de sometimiento sexual de la víctima contra su voluntad.

Sobre la violencia sexual entre cónyuges ha precisado la Corte que “la capacidad intelectual y proyecto de vida de una mujer no puede ser motivo para excluir la agresión sexual en su contra y descalificar su versión de los hechos. De otra parte, bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes”.

Por su parte, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General N°. 48 de 20 de diciembre de 1993), incluyó, como acto de violencia, entre otros, la violación sexual por parte del esposo.

Acertadamente se afirmó en el fallo del Tribunal que NA mostraba características propias del Síndrome de Adaptación Paradójica, en virtud del cual, las mujeres víctimas de violencia de género desarrollan un paradójico vínculo afectivo con el maltratador, llegando a justificar su proceder, aceptar sus excusas y arrepentimientos luego de

cada agresión y descartar la posibilidad de denunciarlo o de abandonarlo».

ENFOQUE DE GÉNERO - Sala de Casación Penal: rechaza argumentos basados en estereotipos machistas y misóginos que revictimizan a la mujer

«Como para culminar su escrito, el defensor manifestó que “los presuntos abusos no han de ser más que falsos, ya que después de compartir tanto tiempo con una pareja y procrear hijos, resulta poco probable el hecho de querer abusar de tu cónyuge”, corresponde a la Corte rechazar con vehemencia tal argumentación desafortunada, en la que sin demostración alguna se introducen asertos de raigambre machista en el ámbito sexual, en procura minar la credibilidad de lo expuesto por la víctima y descartar la comisión del delito investigado.

El planteamiento del impugnante revictimiza a NA, pues además de soportar los vejámenes sexuales realizados por su cónyuge, es tratada como mentirosa al declararlos bajo juramento en un juicio, alegación inadmisibles conforme a los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en la Constitución (artículos 13 y 16).

También contraría el artículo 5, literal a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada mediante Ley 51 de 1981 y ratificada el 19 de enero de 1982), según el cual, los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

NON BIS IN IDEM - No se vulnera: cuando se decreta la nulidad dentro del proceso penal / **SENTENCIA** - Defectos de motivación: lesiona el derecho al debido proceso, es causal de nulidad / **NULIDAD** - Falta de motivación de la sentencia: decreto oficioso / **COAUTORÍA** - Acuerdo: no requiere de un pacto detallado / **COAUTORÍA** - Acuerdo: por regla general, se acredita con prueba indirecta / **PECULADO**

POR APROPIACIÓN - Coautoría / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Indemnización de perjuicios: procedencia / **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a los funcionarios judiciales, recordando que la indemnización de perjuicios procede frente a los delitos contra la administración pública / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Procedencia: es obligación

pronunciarse así las partes no lo soliciten

La Sala de Casación Penal decidió las impugnaciones especiales promovidas por los defensores de DLHF, CCPG y AEGC, quienes luego de ser absueltas por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Maicao por el delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, fueron condenadas por el Tribunal de Riohacha como coautoras del mencionado punible.

La Corte confirmó la sentencia impugnada, mediante la cual se condenó por primera vez a DLHF como coautora del delito continuado de peculado por apropiación agravado, en cuanto decidió encargar al secretario general el manejo de los recursos provenientes de regalías para abordar los asuntos de la secretaría de salud e hizo caso omiso a la información que le fue suministrada acerca de las irregularidades que éste cometía en la legalización, de lo cual puede deducirse, su proceder doloso, así como su condición de coautora, en cuanto aliada con aquél para esquilmar los recursos provenientes de las regalías.

De otra parte, la Sala revocó el fallo que condenó a CCPG y AEGC, para, en su lugar, absolverlas por el delito objeto de acusación, ya que, respecto de CCPG no se acreditó que firmó las resoluciones de avances económicos con dolo de peculado, ni que procedió de manera mancomunada con otros para tener la condición de coautora de aquel punible; y, en relación con AEGC, de igual manera, no se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del delito, de manera que subsiste la duda sobre la configuración del hecho y su responsabilidad.

Finalmente, la Corte recordó a los funcionarios judiciales que, la indemnización de perjuicios procede frente a los delitos contra la administración pública.

SP461-2023(64208) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Entre los años 2005 y 2007, en la Alcaldía de Maicao (Guajira), mediante la utilización de

actos administrativos denominados “Resoluciones de Avances Económicos”, se emitieron más de 100 en beneficio de la secretaría de salud, las cuales fueron firmadas por la alcaldesa titular DLHF y 6 de ellas por la encargada CCPG, proceder con base en el cual se apropiaron ilegalmente de recursos transferidos por la Nación en \$2.220’097.800, correspondientes a la partida de regalías, constatándose la ejecución en compras legalizadas con anexos tales como constancias, facturas ficticias o soportes de pago falsos, pretextando resolver las necesidades del Plan de Atención Básica (PAB).

2. Por su parte, dice en la acusación que AEGC, Tesorera del municipio, acordó con aquellas la apropiación de los recursos públicos, para lo cual efectuó los pagos indebidos.

3. También intervinieron, GMH (secretaria de salud) ya condenada, cuya demanda de casación fue inadmitida, así como JAMR (secretario general del municipio), quien no interpuso casación contra la confirmación del fallo de condena de primer grado proferida por el Tribunal de Riohacha.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN IDEM - No se vulnera: cuando se decreta la nulidad dentro del proceso penal / **PRINCIPIO DE LIMITACIÓN** - No prevalece frente a vulneración de garantías fundamentales / **SENTENCIA** - Motivación: la ausencia o deficiencia de ella afecta el debido proceso y las garantías inherentes a éste / **SENTENCIA** - Defectos de motivación: lesiona el derecho al debido proceso, es causal de nulidad / **NULIDAD** - Falta de motivación de la sentencia: decreto oficioso / **NULIDAD** - Oficiosidad: falta de motivación / **NULIDAD** - Oficiosidad: excepción al principio de limitación

«Respecto de la impugnación en nombre de DLHF.

[...] el proferimiento de un segundo fallo, ahora de carácter condenatorio en contra de DH, al revocar la absolución de primer grado a instancia de la apelación del Ministerio Público, producto de que la inicial absolución dictada por un juez fue anulada por falta de motivación al resolver la alzada promovida por la Fiscalía, no corresponde al supuesto de hecho contenido en las normas constitucionales y legales transcritas.

En efecto, DH al igual que ocurrió con CP y AEG no fue imputada, acusada o procesada en dos oportunidades por los mismos hechos; por el contrario, en la única actuación válidamente surtida fue acusada y condenada como coautora del delito de peculado por apropiación agravado, en la modalidad de continuado.

Desde luego, la absolución inicial en primer grado fue revocada con el decreto de nulidad por falta de motivación del 22 de enero de 2015, de manera que perdió su validez, luego la única actuación que subsistió fue la nueva sentencia absolutoria dictada por el funcionario en primera instancia el 18 de diciembre de 2020, contra la cual el Ministerio Público interpuso apelación que condujo a su revocatoria por parte del Tribunal para, en su lugar, condenar a DH como también sucedió con CP y AEG.

Visto lo expuesto, no se trató de un doble juzgamiento por los mismos hechos, de modo que no se violó de manera alguna el principio non bis in ídem como lo reclamó el defensor, pues lo cierto es que la reposición, total o parcial de un proceso como consecuencia del decreto de una nulidad, no conduce a un doble juzgamiento, pues de ser ello así, la aplicación del instituto previsto por la ley para corregir los actos procesales anómalos constituiría una irregularidad en sí misma.

Ahora, tampoco el curso de la actuación revela violación del principio de interdicción de la reforma peyorativa en los términos del artículo 31 de la Constitución, pues está demostrado que la invalidación de la primera sentencia absolutoria no fue producto de la impugnación de la acusada, sino de la Fiscalía, mientras que la revocatoria de la segunda absolución se produjo a instancia de la apelación de la Procuraduría, luego DH no tenía la condición de condenada, ni de apelante única.

En cuanto atañe a que la declaratoria de nulidad de la primera sentencia absolutoria no revive oportunidades procesales para las partes que en anterior ocasión estuvieron de acuerdo con tal providencia, como ocurrió con el Ministerio Público que no impugnó la primera absolución, pero sí la segunda, luego carecería de interés, considera la Sala que el recurrente parte de un supuesto equivocado consistente en suponer que las dos absoluciones fueron similares, cuando lo cierto es que si bien su sentido es igual, la primera no contó con motivación, aspecto que interesó a la Fiscalía al promover el recurso de

apelación, pero el Ministerio Público dentro de su órbita de competencia no impugnó.

La segunda absolución dictada por el juez unipersonal el 18 de diciembre de 2020, sobra precisarlo, corresponde a una nueva providencia, sustancialmente diferente de la anulada por falta de motivación, de manera que si el Ministerio Público consideró que conforme a sus funciones debía apelarla para conseguir su revocatoria, no puede afirmarse que al no impugnar la primera, carecía de interés para atacar la segunda, pues, se reitera, se trata de otra decisión.

Si bien el defensor refirió que la absolución inicial fue invalidada por errores ajenos a la actividad de su asistida, se observa que no explicó, ni la Sala advierte, por qué razón la declaratoria de nulidad precisaba de la intervención equivocada de la acusada o su defensa, elemento ajeno a los principios que rigen la anulación.

Sobre el particular debe recordarse que la decisión judicial supone, además de la debida aplicación de la ley y de la correcta apreciación de las pruebas, que el trámite cuente con validez y legitimidad, esto es, con el respeto al debido proceso y al derecho de defensa, máxime si no se protegen únicamente los derechos de los acusados, sino también los de las víctimas, circunstancia por la cual, la falta de motivación de un fallo absolutorio impone su anulación, en procura, de una parte, de descartar la arbitrariedad de los funcionarios y, de otra, garantizar la oportunidad de conocer lo decidido y conforme a ello ejercer el derecho de impugnación por parte de quienes tengan interés, como en efecto ocurrió en este asunto, motivo por el cual, contrario a lo asumido por el defensor, la nulidad no está instituida únicamente en beneficio de las personas condenadas.

Como el recurrente adujo que la competencia del Tribunal de Riohacha estaba circunscrita a los fundamentos de la apelación de la Fiscalía, sin que entonces resultara viable la nulidad de la primera absolución, olvida que, como ya se dijo, la validez y legitimidad del proceso son condiciones de las decisiones judiciales, con mayor razón de los fallos, como que resultaría contrario a la administración de justicia que un Tribunal, al detectar ausencia de motivación en una sentencia, procediera tozudamente a limitarse a decidir sobre los motivos de inconformidad del apelante y no se pronunciara sobre aquella grave y trascendente incorrección.

No en vano, la declaratoria de nulidad oficiosa es una excepción al principio de limitación que rige al resolver el recurso de apelación e inclusive el extraordinario de casación»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría / **COAUTORÍA** - Acuerdo: no requiere de un pacto detallado / **COAUTORÍA** - Acuerdo: por regla general, se acredita con prueba indirecta / **PRUEBA** - Indirecta: explicación

«Aunque el defensor comenzó por afirmar que se encuentra demostrado quién realmente se apropió de los recursos de la salud en Maicao, observa la Sala que tal aserto no es atinado, pues con ocasión de este proceso se encuentra cuestionada la absolución dictada en favor de su asistida, así como de CPG y AEGC.

En cuanto se refiere a que no hay prueba sobre un acuerdo entre DH y los coautores para la apropiación de dineros del municipio de Maicao, es pertinente señalar que en la demostración de la coautoría, por tratarse de un acuerdo previo o concomitante de naturaleza ilegal, es poco frecuente que se acuda a la prueba directa, como ocurriría si alguno de los coautores confiesa la realización del convenio entre todos o si se obtuviera un acta o documento que de cuenta de la convención criminal.

Entonces, por regla general, la acreditación de la coautoría se consigue a partir de pruebas indirectas, esto es, de medios de convicción de los cuales se colige, mediante un proceso de inferencia, lo ocurrido.

Así, está probado con lo expuesto por el mismo JM que le fue delegada la contratación municipal por parte de DHDEF quien en su condición de Alcaldesa firmaba las resoluciones que él elaboraba, aspecto sobre el cual es preciso resaltar, como se hizo en el fallo del Tribunal, que conforme a la Ley 80 de 1993, tal delegación no es absoluta, pues conforme al artículo 12 de la misma legislación, quienes en las entidades públicas delegan, no quedan exonerados de sus deberes de control y vigilancia de las actividades pre-contractuales y contractuales realizadas por los delegados.

De otra parte se tiene que, DH en su condición de Alcaldesa de Maicao, autorizó la apertura de la cuenta [...] en el Banco BBVA a nombre de la

Secretaria de Salud GMHM (condenada en este proceso en primera y segunda instancia, cuya demanda de casación fue inadmitida), a donde iban a parar los giros derivados de las resoluciones en materia de salud y a través de la cual se cometió la apropiación de dineros públicos derivados de las regalías.

Igualmente se establece que el monto de la apropiación a través de las resoluciones de avances económicos no fue menor, pues se cuantificó en \$2.220'097.800, suma que supone un buen número de resoluciones de avances económicos, sin que ello causara por lo menos curiosidad a la Alcaldesa, circunstancia que descarta la alegada por la defensa confianza legítima de DLH en JM, así como su ajenidad respecto de la defraudación.

A lo anterior se suma que ETPC, quien se desempeñó como Secretario de Salud con posterioridad a los hechos aquí investigados, declaró bajo la gravedad de juramento que pudo establecer cómo hubo exceso en el gasto en comparación con las necesidades del municipio, con mayor razón si los soportes físicos de los egresos no se ajustaban a la legalidad.

También se cuenta con la declaración de BON, asesor jurídico de la Alcaldesa HDF, quien rindió testimonio acerca de haberle puesto de presente las irregularidades que estaban ocurriendo respecto del manejo de los recursos del municipio y, en especial, en su legalización, sin que aquella procediera a adoptar los correctivos pertinentes, todo lo cual permite concluir que de acuerdo con JAMR (Secretario General del municipio), decidió dar curso al proceder defraudatorio continuado.

Lo expuesto refuerza el aserto anteriormente referido acerca de que respecto de la acusada DH no se configuró la confianza legítima invocada por el defensor, pues si una vez enterada de las irregularidades en el manejo de los recursos y de su inconsistente legalización, no emprendió los correctivos que se imponían, fue porque actuaba de consuno con aquél a quien confió el tema de la contratación, esto es, el Secretario General JM (condenado en primera y segunda instancia en este proceso como coautor del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de continuado, quien no interpuso recurso de casación).

En suma, si DLH en su condición de Alcaldesa de Maicao decidió encargar al Secretario General JMR el manejo de los recursos provenientes de

regalías para abordar los asuntos de la Secretaría de Salud y, a pesar de ser informada acerca de las irregularidades que éste cometía en la legalización decidió continuar de la misma manera, solo puede deducirse, de una parte, su proceder doloso con relación a la defraudación del erario municipal. Y de otra, su condición de coautora, en cuanto aliada con aquél para esquilmar los recursos provenientes de regalías.

Como el recurrente cuestionó el momento exacto del acuerdo, es claro que DH, JMR y GMH dirigieron su voluntad hacia la consecución del resultado acordado, de manera que el convenio del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización, como sucedió en este asunto, máxime si en su indagatoria, CP manifestó el 9 de junio de 2019 que GH llamaba constantemente a la Alcaldesa titular a consultarle sobre las acciones que iba a realizar»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Dolo / CONOCIMIENTO PARA CONDENAR -
Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple / **IN DUBIO PRO REO** - Se vulnera

«Con relación a la impugnación en nombre de CDCPG.

[...] se tiene que en el Manual de Funciones y Competencias Laborales (Decreto 085 de 2005), a la Secretaría de Hacienda de Maicao, cargo desempeñado por la mencionada ciudadana, le correspondía: (i) Dirigir y coordinar la elaboración del proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal. (ii) Impartir instrucciones a los funcionarios de la secretaría sobre las normas, sistemas y procedimientos del orden presupuestal, contable y de tesorería. (iii) Dirigir y coordinar la elaboración de los balances y los estados financieros. (iv) Ordenar y revisar la apertura de libros de presupuesto y contabilidad para la vigencia fiscal y los registros de las aprobaciones respectivas. (v) Rendir los informes acerca de las actividades y diligencias desarrolladas por la Secretaría.

Ahora, tal como lo dijo en su indagatoria, firmó como Alcaldesa encargada 6 resoluciones de avances económicos en 2007, por valor de \$375'200.000.

Conforme a lo expuesto, encuentra la Sala que,

en primer lugar, no se demostró que con ocasión de las funciones regladas de su cargo estuviera vinculada con el trámite de las resoluciones de avances económicos con las cuales se produjo la defraudación aquí investigada. En segundo término, el conocimiento que tenía como Secretaria de Hacienda no determinaba que supiera del acuerdo común que mediaba entre la Alcaldesa DH, el Secretario General y delegado para la contratación JMR y la Secretaría de Salud GMH.

En tercer lugar, es claro que estando brevemente encargada de la Alcaldía, le fueron proyectadas para su firma por parte del Secretario General JM, las mencionadas 6 resoluciones, las cuales suscribió, sin estar llamada a suponer que se trataba de un mecanismo dispuesto para apropiarse de dineros públicos. En cuarto término, debe recordarse que la Fiscalía dictó preclusión de la investigación en este proceso en favor de JEZS, en cuanto reconoció que actuó bajo un error de tipo invencible al firmar dos de tales resoluciones estando como Alcalde encargado durante dos días.

En tal sentido se tiene que si el delito de peculado por apropiación (artículo 397 del Código Penal) correspondiente a la conducta del “servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado (...) cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones” es doloso y esta forma de conducta la integran dos elementos: Uno, intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal. Y otro, volitivo, que implica querer realizarlos, el dolo directo o de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado y realiza lo necesario para conseguirlo.

Ahora, en tal delito es necesario establecer que el servidor público dirigió su comportamiento con la voluntad de apropiarse de los bienes públicos con los cuales tenía una relación jurídico-funcional.

En este caso se tiene que por pocos días CP se desempeñó como Alcaldesa encargada de Maicao, oportunidad en la cual suscribió las 6 resoluciones que le fueron entregadas para su firma, sin que se advierta algún medio de prueba en orden a acreditar su conocimiento respecto de que con tales documentos se conseguiría la apropiación de dineros públicos de Maicao, provenientes de regalías, es decir, no fue acreditado que su proceder estuviera

determinado por un acuerdo de voluntades con DH, JM y GMH, de manera que se impone reconocer que en la suscripción de aquellas resoluciones no medió el elemento intelectual o cognitivo que supone conciencia de los elementos objetivos del delito de peculado por apropiación y, tampoco el volitivo, que implica querer la realización de tales componentes del punible.

Si bien el Tribunal de Riohacha manifestó que la señora declaró que carecía de conocimientos jurídicos, pero si se desempeñó en 2004 como Secretaria General en Maicao y luego como Secretaria de Hacienda, conocía de primera mano las minutas con las que se soportaban las resoluciones de avances económicos, deducción a partir de la cual dio por probado el dolo en su proceder, considera la Sala, de una parte, que aquella Corporación no explicó, ni se vislumbra, de qué manera tal conocimiento especializado tenía la virtud de acreditar que la acusada firmó aquellas resoluciones con dolo de peculado. Y, de otra, tampoco se demostró que procedió de manera mancomunada con otros para tener la condición de coautora de aquel punible.

Como también dicha Corporación adujo para acreditar la coautoría de CP que según lo declaró NSC, quien la sucedió en el cargo de Secretaria de Hacienda, no le hizo entrega de esa dependencia y se negó a suministrar la información necesaria para conocer el estado financiero de la administración en 2008, encontrándose luego que no había soportes de los giros de los recursos, todo lo cual denota que no cumplió las funciones establecidas para su cargo, nuevamente constata la Corte que tal argumentación resulta vaga e imprecisa respecto de la acreditación de su activa intervención en el delito de peculado por apropiación continuado.

En efecto, si la acusada no hizo entrega formal de su puesto de trabajo, no por ello puede deducirse, sin pruebas y argumentos adicionales, que hacía parte de un grupo de personas acordado para esquilmar los recursos de Maicao.

En tal sentido, la afirmación de aquella Colegiatura, referida a que “la señora CPG colaboró activamente en la apropiación de \$2.220'097.800), obrando con pleno conocimiento toda vez que desempeñó distintos cargos públicos desde su vinculación a la administración de Maicao”, no corresponde a lo acreditado y declarado»

DERECHO DE DEFENSA - Excepción al

principio de convalidación de actos irregulares: no se configura / **ABOGADO** - Deberes: de vigilancia / **RECURSO DE APELACIÓN** - Trámite: la Ley no dispone que previo a surtir el traslado a los no recurrentes se les deba anunciar el inicio de ese término / **NULIDAD** - Principio de protección / **NULIDAD** - Principio de convalidación / **NULIDAD** - Indebida notificación: principios de instrumentalidad y convalidación

«Sobre la impugnación en nombre de AEGC.

[...] en este asunto se cumplió el cometido de comunicación de la decisión de primer grado, máxime si los defensores o sus representadas carecían de interés en la causa para impugnar la absolución, pero quedó expreso en el texto de dicha decisión que procedía el recurso de apelación.

Adicionalmente se tiene, conforme al principio de protección, según el cual, no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica, y de acuerdo al principio de convalidación, que fundamentalmente dispone que los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales, la impugnante no formuló reparo alguno a la notificación del fallo absolutorio, de manera que consintió esa forma de comunicación y al no ser desconocidas las garantías constitucionales, se cumplió cabalmente con el cometido de tal acto.

Además, resultaba bastante previsible que la absolución fuera impugnada, bien por el Ministerio Público o la Fiscalía, pues la misma sentencia, como ya se indicó, advirtió sobre la posibilidad de interponer el recurso de apelación, eventualidad de la cual no podía desentenderse la defensora, en cuanto el fracaso de la acusación permitía suponer fundadamente que podría ser apelada.

Ahora, tal como lo ha destacado la Corte en otras ocasiones, corresponde al defensor en desarrollo de su deber de vigilancia estar atento al desarrollo del proceso para informarlo a su representado y adoptar la estrategia que corresponda, so pena de incurrir en falta disciplinaria (artículos 28, numeral 18, literal c y 34 literal de la Ley 1123 de 2007).

También es pertinente recordar que la legislación procesal no dispone que previo a surtir el

traslado a los no apelantes se les deba anunciar el inicio de ese término, de manera que corresponde a los sujetos procesales estar atentos a la oportunidad en la cual deban realizar su intervención.

En suma, en este asunto la defensora contó con un amplio lapso para constatar la interposición del recurso de apelación por parte del Ministerio Público, de manera que debió estar atenta para allegar sus observaciones sobre la apelación interpuesta, o incluso, reclamar la oportunidad para alegar como no recurrente, sin que procediera a ello, y tanto menos se dirigió al Tribunal de Riohacha sobre el particular antes de proferir el fallo de segundo grado.

Lo expuesto permite advertir, de una parte, que el acto de notificación cumplió su propósito, de manera que en virtud del mencionado principio de instrumentalidad de las formas no procede la invalidación. Y de otra, que la defensora con su proceder convalidó la irregularidad, sin que entonces pueda ahora alegarla como motivo de nulidad, razones por las cuales su planteamiento no prospera»

PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos: acto de apropiación, bien sea en favor propio o de un tercero / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Coautoría: no se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, no se cumple / **IN DUBIO PRO REO** - Se vulnera

«Ausencia de responsabilidad de AEGC.

[...]

Para comenzar se tiene que si en los extractos bancarios de la señora GC no se estableció un incremento importante de sus ingresos, tal situación, contrario a lo alegado por su defensora, no resulta pertinente en orden a acreditar su ajenidad respecto de la comisión del delito objeto de acusación, pues no siempre los beneficios ilegales obtenidos por los autores del delito de peculado por apropiación van a parar a sus cuentas personales, máxime si en este asunto se estableció que GMH abrió una cuenta a la cual se giraron los recursos públicos derivados de las resoluciones de avances económicos.

[...] constata la Corte que la función de la Tesorera AEG era eminentemente técnica en cuanto atañe a los “avances económicos”, sin capacidad de decisión, limitándose a dar curso a

una solicitud que ya venía aprobada por el ordenador del gasto, sin que obre en la actuación alguna prueba directa o indirecta en orden a demostrar que actuó de acuerdo con otros miembros de la administración en el apoderamiento de recursos públicos de Maicao, es decir, no se probó que interviniera en la comisión del peculado por apropiación en condición de continuado, ni se demostró su carácter de coautora del mismo.

No es cierto lo afirmado en el fallo del Tribunal de que suscribió “resoluciones de avances económicos”, pues eran de competencia de la Alcaldía, sin que se hubiera desempeñado como titular o encargada de la misma.

Si bien se dijo en la primera sentencia de condena que “AEG quien por su cargo de Tesorera tenía obligación de realizar la examinación tanto de forma como de fondo de tales resoluciones”, lo cierto es que el examen que le correspondía estaba circunscrito a verificar el trámite previo en la dependencia municipal que formulaba la necesidad, la firma por parte de la Alcaldía de la resolución de avance económico y que se contara con la posibilidad de expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, conforme a lo establecido en el presupuesto de Maicao, máxime si la Secretaría de Hacienda contaba con la intervención de LQ, encargada de la revisión de cuentas y sus respectivos soportes.

Es cierto, como lo refirió la defensora, que la situación de las acusadas DLH, CDCP y AEG es diferente, de manera que correspondía en cada caso evaluar las razones de su absolución por parte del juez y las que determinaron la primera condena de cada una proferida por el Tribunal de Riohacha.

Ahora, si bien esa Colegiatura afirmó que AEG era experta en el tema, es necesario reiterar que un amplio y especializado conocimiento sobre las funciones propias del cargo o de la dependencia en la cual se labora, o una vasta experiencia sobre el particular, no permite, sin más, colegir un proceder doloso respecto del peculado por apropiación agravado y continuado, o la coautoría en el mismo.

De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que sin la demostración de la intervención dolosa de AEGC en la comisión del delito objeto de acusación y sin tanto menos acreditar su coautoría, no queda camino diverso al de revocar la primera sentencia de condena dictada en su

contra por el Tribunal de Riohacha para, en su lugar, absolverla con fundamento en el principio in dubio pro reo, esto es, porque no se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del delito, de manera que subsiste la duda sobre la configuración del hecho y su responsabilidad».

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado de atención a los funcionarios judiciales, recordando que la indemnización de perjuicios procede frente a los delitos contra la administración pública / **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** - Indemnización de perjuicios: procedencia / **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS** - Elementos: daño patrimonial del Estado, que debe ser reparado / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Indemnización de perjuicios: procedencia / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Prevalece sobre el principio de legalidad

«[...] El juez de primer grado manifestó que como el afectado en este asunto es el Estado y dado que se probó el monto de la defraudación, los condenados deberán resarcir al municipio de Maicao la suma de \$2.220'097.800.

Sin embargo, el Tribunal, en el acápite de la “INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS”, expresó: “Como quiera que, en el presente asunto no se observa un daño material o moral derivado de la apropiación de recursos, no obstante, al no ser pertinente para este tipo de delitos como lo es el PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO. Esta Sala procederá a revocar lo concerniente a ella”.

Al respecto advierte la Corte que tal decisión, además de imprecisa y carecer de fundamentación, no es cierta, pues delitos como el peculado por apropiación por el que aquí se procede conllevan una lesión efectiva al patrimonio económico público que debe ser restaurado a través de la indemnización, máxime si la Ley 600 de 2000 permite la condena en perjuicios en el fallo, sin necesidad del incidente de reparación reglado en la Ley 906 de 2004, ulterior a la sentencia de condena.

No obstante, se recuerda que en virtud del principio de interdicción de la reforma peyorativa plasmado en el artículo 31 de la Constitución, no es posible en esta sede hacer más gravosa la condición de los sentenciados por vía de condenarlos al pago de la correspondiente indemnización revocada por el Tribunal,

quedando a salvo la potestad de la administración de Maicao de accionar con tal propósito»

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Procedencia: es obligación pronunciarse así las partes no lo soliciten / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Improcedencia: cuando el condenado haya sido condenado por delitos enlistados en la norma, peculado por apropiación

«A DLHF el Tribunal le negó la condena de ejecución condicional por superar el elemento objetivo (4 años de prisión), dado que la pena fue de 6 años de privación de la libertad.

“Con relación a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, debe advertir la Sala que, los recurrentes no presentaron solicitud respecto a la concepción (sic) de la misma, por tal razón esta Sala se abstendrá de abordarla”.

En cuanto atañe a los subrogados penales referidos, advierte la Corte que, en efecto, si la pena impuesta supera los 4 años de prisión, no se satisface el requisito objetivo para acceder a la condena de ejecución condicional.

Ahora, con relación a la prisión domiciliaria, resulta insostenible que el Tribunal aduzca que como no fue solicitada por los recurrentes se abstiene de abordar tal temática. En efecto, no hay norma alguna o jurisprudencia en la cual se disponga que para constatar si se cumplen o no las exigencias para acceder a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria sea menester que el impugnante o algún sujeto procesal así lo inste, pues resulta evidente que tratándose de un tema benéfico para el condenado, en cuanto resulta preferible descontar el tiempo de privación de libertad en la residencia que en un establecimiento penitenciario, es imperativo, no facultativo, que aun oficiosamente, el funcionario o Corporación que impone la pena de prisión realice la correspondiente constatación de los requisitos exigidos para acceder a tal pena sustitutiva.

En tal cometido encuentra la Sala que el delito de peculado por apropiación, al lesionar el bien jurídico de la administración pública, está enlistado dentro del grupo de punibles que por voluntad del legislador dentro de su libertad de configuración normativa no permiten acceder a la prisión domiciliaria».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba testimonial: obligaciones de la parte que la solicita / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: dictamen, criterios a tener en cuenta en su desarrollo y apreciación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: cuando se trata de delitos culposos o imprudentes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hipótesis alternativas plausibles: caso en que, las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la investigación, son admisibles / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: de la duda razonable, cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa a la del acusador, que puede ser catalogada como verdaderamente plausible / **PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE** - Vulneración: al dar por probado lo que debió ser objeto de demostración / **SENTENCIA** - Errores en la apreciación y valoración probatoria: especulaciones

Decidió la Corte Suprema de Justicia, la impugnación especial promovida por la defensa de GLMP y el recurso extraordinario de casación instaurado por el Procurador 43 Judicial II Penal de Barranquilla, contra la sentencia que dictó la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, por cuyo medio revocó la absolución que emitió el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con función de conocimiento de Malambo (Atlántico) y, en su lugar, lo condenó, por primera vez, como autor responsable del delito de lesiones personales culposas con incapacidad para trabajar o enfermedad física que afecta el cuerpo y el rostro de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente.

La Sala de Casación Penal revocó la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en orden a que recobrara vigencia la decisión emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Malambo (Atlántico), que absolvió a GLMP del delito mencionado, por la existencia de duda razonable.

Consideró la Sala que el *ad quem* incurrió en errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de identidad, falso juicio de existencia y falso raciocinio, al no advertir que la Fiscalía no especificó en los juicios de imputación y acusación los hechos jurídicamente relevantes constitutivos de la infracción al deber objetivo de

cuidado; y que, las pruebas practicadas durante el juicio, les brindan idéntico respaldo a las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la actuación por la Fiscalía y la defensa.

Ello fue así, porque partió de suponer que, en su ejercicio probatorio, la defensa no tiene vocación de aducir al proceso medios de convicción que sean favorables a sus intereses, premisa según la cual, la defensa solo podría aportar al debate pruebas que le favorezcan a la contraparte (Fiscalía), lo que va en contravía del principio de razón suficiente y del derecho al debido proceso.

SP462-2023(55491) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

Siendo aproximadamente las 14:55 horas del 28 de agosto de 2013, en el departamento del Atlántico, vía principal, en el km 73 más 300 metros aproximado del municipio de Malambo en una vía curva, plana, con aceras, en un sentido, de tres carriles de asfalto, colisionaron los vehículos: (i) marca internacional, color rojo ladrillo, servicio público, modelo 2013, conducido por el señor GLMP, de tipo tracto camión y (ii) la motocicleta marca honda, modelo 2007, conducida por el señor LMVJ en la que iba como pasajera o parrillera la señora SEPM; resultando lesionados éstos dos últimos mencionados, en especial la señora, a quien medicina forense le encontró, entre otras lesiones: mecanismo traumático de lesión, contundente, incapacidad definitiva de 150 días, secuela médico legales de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio: apreciación probatoria, conocimiento directo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba testimonial: obligaciones de la parte que la solicita

«La ley 906 de 2004 regula diversos aspectos de la prueba testimonial. Dentro de ellos, el artículo 402 enseña que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar o percibir”. Dijo la Sala al respecto en CSJ SP3221 - 2021:

(i) para la regulación de la prueba de referencia, pues se orienta a que los testigos se refieran “únicamente” a lo que pudieron observar o percibir, mas no a lo que otras personas les hayan contado (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras); (ii) ello, acentúa la obligación de que el testigo, en virtud de las preguntas que le sean formuladas, explique las circunstancias bajo las cuales pudo observar o percibir los hechos incluidos en su declaración; (iii) esto último, no solo es trascendente para la valoración de la prueba, sino que, además, constituye un requisito para que una persona pueda declarar, pues solo así puede cumplirse lo dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 402, que, valga reiterarlo, está estrechamente ligado a la materialización del derecho a la confrontación, que ha sido objeto de un copioso desarrollo jurisprudencial (CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP, 20 mayo 2020, Rad. 52045, entre muchas otras); y (iv) es responsabilidad de la parte que solicitó el testimonio, formular las preguntas necesarias para demostrar que el testigo “tuvo la ocasión de observar o percibir directa y personalmente” los hechos”, lo que será más o menos complejo, según las particularidades del caso.

Otro aspecto trascendente, en cuanto se refiere a la prueba testimonial, impone a la parte que solicita el testimonio la carga de formular las preguntas necesarias para que el testigo le transmita la información al juez.

Aquella exigencia, de conformidad con la citada decisión CSJ SP3221 - 2021 no solo se desprende de lo expuesto en el artículo 391 de la Ley 906 de 2004 acerca de los fines y la dinámica del «interrogatorio directo», y de lo establecido en el artículo 397 ejusdem, esto es, que el juez solo puede formular preguntas aclaratorias, sino que, además, es inherente a un sistema de corte adversativo, como el regulado en la Ley 906 de 2004 (Como puede consultarse en CSJSP, 23 marzo 2011, Rad. 34412; CSJSP, 16 oct 2013, Rad. 39257; CSJSP, 4 feb 2009, Rad. 29415; CSJSP, 22 marzo 2017, Rad. 43665; entre otras).

En síntesis, la parte que solicita el testimonio es

responsable de que el declarante, de un lado, explique las circunstancias bajo las cuales pudo observar o percibir los hechos; y de otra, que haga una narración clara y completa de los mismos»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: dictamen, criterios a tener en cuenta en su desarrollo y apreciación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: dictamen, perito, reglas de acreditación

«Ampliamente se ha referido la Sala a la regulación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004. En la decisión CSJ SP2232 - 2021, hizo el siguiente resumen de esa reglamentación, que por su relevancia para la solución del caso se trae a consideración:

En primer término, el artículo 405 establece que “la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”.

Según esta norma, la intervención del perito se justifica por los aportes que pueda hacer a la luz de una determinada disciplina, lo que se contraponen a la idea de que el experto pueda comparecer al juicio oral a dar opiniones infundadas o del mismo nivel de las que podría emitir un lego basado en su intuición.

El nuevo ordenamiento procesal penal, a diferencia de los que le precedieron, incluye normas orientadas a que el perito explique suficientemente su opinión, lo que en buena medida depende del interrogatorio que debe realizar la parte que solicita la prueba.

Así, el artículo 417 consagra las “instrucciones” para interrogar al perito, que abarca aspectos estructurales, como los siguientes:

En primer lugar, los antecedentes que permiten catalogar a alguien como perito, que abarca el conocimiento: (i) “teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto”; (ii) en el uso de instrumentos, cuando es el caso; y (iii) práctico “en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables”.

La acreditación del experto es un paso necesario,

pero no suficiente para que el dictamen cumpla los estándares legales, claramente orientados a su confiabilidad.

La norma en mención consagra el deber de indagar sobre los fundamentos técnico científicos, de tal suerte que al perito se le debe preguntar por: (i) “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación”; (ii) “los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso”; (iii) “si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza”; y (iv) “la corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaren también en el mismo juicio”.

A propósito de los aspectos resaltados, el artículo 422 reguló la aceptación de las “publicaciones científicas y de prueba novel”, con el claro propósito de garantizar la confiabilidad de este tipo de referentes, cuya aceptación se supedita a que: (i) “la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada”; (ii) “la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica”; (iii) “que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de opinión pericial”; o (iv) “que goce de aceptabilidad en la comunidad académica”.

En la decisión CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, la Sala hizo un recorrido por su propia línea jurisprudencial, en orden a precisar el verdadero sentido y alcance del deber de expresar el fundamento técnico científico del dictamen. Así, concluyó que aunque no es exigible que toda opinión experta esté basada en principios científicos ampliamente consolidados, sí es indispensable que se exprese el fundamento de la opinión, así como la “confiabilidad” o “aceptabilidad” de “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis”.

De esta manera, se le garantiza a la contraparte el derecho a controvertir el dictamen y se le brindan elementos de juicio al juzgador para valorar la opinión experta en su justa dimensión.

Los aspectos indicados en los párrafos precedentes deben ser considerados al momento de la valoración del dictamen, según lo dispone expresamente el artículo 420 ídem.

Se tiene entonces que el legislador reguló expresamente los siguientes aspectos de la

prueba pericial: (i) la acreditación de la formación, conocimientos y experiencia del perito, de lo que depende su aceptación como tal, bajo los parámetros establecidos en el artículo 408; (ii) la “calidad” o “confiabilidad” de los referentes técnico científicos del dictamen, bien que se trate de teorías consolidadas o de “prueba novel”; (iii) el deber de explicar los hechos del caso a la luz del respectivo referente técnico científico; (iv) la aclaración de si las técnicas utilizadas son de orientación, probabilidad o certeza, lo que claramente incide en la fuerza demostrativa de la opinión; y (v) los deberes de las partes para el cumplimiento de estos aspectos.

Esta temática ha sido abordada por la Sala en diversas ocasiones (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras). En el fallo en mención se hizo hincapié en las diferencias entre los componentes fáctico y técnico científico del dictamen, para precisar que el primero debe acreditarse con apego al debido proceso, mientras que el segundo debe sujetarse a las reglas expuestas en precedencia.

En esta línea, se dejó sentado que: (i) en ocasiones el perito es testigo de los aspectos factuales sobre los que recae el estudio, como sucede con el médico legista que inspecciona el cadáver y conceptúa sobre la causa de la muerte; (ii) cuando el análisis se realiza sobre una declaración, y la parte pretende incorporarla como prueba testimonial, debe someterse a la respectiva reglamentación, especialmente la atinente a la prueba de referencia; (iii) si el perito no presencié los aspectos fácticos sobre los que emite la opinión (por ejemplo, la extensión de la huella de frenada, la ubicación final de los vehículos, etcétera), los mismos deben acreditarse con apego a las reglas de la prueba testimonial, documental, etcétera; y (iv) lo anterior, para evitar que bajo el ropaje de la prueba pericial se incorpore información relevante para la solución del caso, sin que se respete el proceso como es debido»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas plausibles: incidencia frente al estándar de más allá de toda duda razonable

«Las hipótesis alternativas plausibles y su incidencia en la verificación del estándar “más allá de duda razonable”.

En decisiones CSJ SP5462 - 2021; CSJ SP3221 - 2021 y CSJ SP, 4 dic 2019, Rad. 55651, sobre

este tema se reiteró que:

El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia, la que debe ser desvirtuada más allá de duda razonable. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que **existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que** si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, **si debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como “verdaderamente plausible”** (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175, entre otras. Énfasis agregado).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: cuando se trata de delitos culposos o imprudentes

«Ha de establecerse en el caso, si el implicado infringió el deber objetivo de cuidado o si, desde la perspectiva de la imputación objetiva, creó un riesgo jurídicamente desaprobado y si ese riesgo se concretó en el resultado.

En materia de delitos imprudentes, compete a la Fiscalía, desde el acto de formulación de la imputación, concretar en qué consistió la acción u omisión que incrementó el riesgo jurídicamente permitido. No significa aquello enunciar de forma detallada “las normas de tránsito que se consideran infringidas por parte del implicado, máxime porque no toda infracción del deber de cuidado se concreta en violaciones a disposiciones de esa naturaleza”, pero sí, por lo menos, que precise con claridad “cómo se pasó por alto dicho deber objetivo de cuidado, esto es, cuál fue la desatención, omisión, negligencia, impericia o violación de normas que condujo al resultado dañoso” (CSJ SP3790 - 2022).

Además, «advertido el acusador de que el resultado dañoso debe derivar de esa específica acción u omisión que incrementa el riesgo jurídicamente permitido, el hecho jurídicamente relevante debe consignarla, no solo porque forma parte estructural del delito, sino en atención a que del mismo es, precisamente, que debe defenderse el imputado o acusado» (CSJ SP4792-2018)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: cuando se trata de delitos culposos o imprudentes, la Fiscalía no los delimitó correctamente

«De otra parte, observa la Corte que la Fiscalía no especificó, en este caso, cuál fue la acción o la omisión a través de la cual GLMP incrementó el riesgo. En otras palabras, la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes no abarcó todos los ingredientes de la norma penal, como se pasa a explicar.

Así, en el acto de formulación de la imputación, delimitó como hechos jurídicamente relevantes, los siguientes:

[...]

A renglón seguido, dio lectura casi integral de la entrevista recaudada a FJVR y le atribuyó a MP la conducta de lesiones personales culposas, en los términos previamente reseñados.

En la audiencia de formulación de la acusación el Fiscal procedió a dar lectura al escrito de cargos, cuyo contenido en cuanto a las circunstancias fácticas delimitó así:

[...]

Como bien se ve, en ambos actos procesales, con principal sustento en el informe de accidente de tránsito elaborado por el agente AR, la Fiscalía da cuenta de la colisión, pero no explica qué específica infracción al deber objetivo de cuidado materializó MP y por esa vía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes. Le bastó expresar en aquellos actos que el camión «les pitó duro y el señor de la moto perdió el equilibrio, la cual se cayeron» pero además de esa acción, per se, la delegada Fiscal no delimitó, ni acreditó qué hecho jurídicamente relevante fue el constitutivo de la violación al deber objetivo de cuidado o cuál fue la desatención, omisión, negligencia, impericia o violación de normas atribuida al acusado y que produjo el resultado.

Solo en los alegatos de apertura y conclusión expuso que el accidente ocurrió por cuenta de que el conductor del camión tomó la vía semicurva a alta velocidad, «muy cerrada» y, por esa razón, «invadió el carril derecho por donde se movilizaban las víctimas de los hechos y los embistió» lanzándolos «hacia el carril derecho por donde ellos venían», lo que se produjo, según dijo, porque el acusado venía «hablando por teléfono y a alta velocidad en el momento de los hechos»

Incluso, el Tribunal, en la síntesis fáctica de los sucesos tampoco especificó cuál había sido el deber infringido. Solo en los considerandos de su decisión hizo eco de la hipótesis postulada por la

delegada Fiscal en las alegaciones y, a partir de aquellos planteamientos, afirmó que el procesado afectó los deberes previstos en los arts. 55 y 60 parágrafo 2º del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Así, lo expuesto en líneas precedentes enseña que (i) la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (ii) esa falencia significó que, desde el momento de la imputación con un yerro refrendado en la acusación, no se especificara qué hecho jurídicamente relevante configuró la violación al deber objetivo de cuidado; (iii) la judicatura, en el caso concreto, no puede dictar una condena por hechos que no constan en la acusación, al punto que, obrar en sentido contrario significaría la evidente lesión del principio de congruencia; (iv) tampoco es posible variar lo ocurrido y probado, como intentó el Tribunal, en atención a que no solo se viola el citado axioma, sino que se pasa por alto la esencia de los nuevos hechos; y (v) la solución del asunto pasa, entonces, por la absolución del enjuiciado (así como también procedió la Sala en CSJ SP372 - 2021)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas plausibles: caso en que, las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la investigación, son admisibles / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: apreciación probatoria, conocimiento directo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba testimonial: aspectos medulares / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo de oídas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: valoración probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, apreciación

«FJVR.

Afirmó haber observado el accidente. Relató que es vendedor de helados y conoce a la víctima, SEPM.

[...]

Con ese testigo, el fiscal introdujo, además, dos fotografías que él tomó del suceso. Según lo describió el declarante y lo corrobora la Sala, en una se observa a SEPM en el suelo, con lesiones en el rostro y sin casco; en la otra, la motocicleta luego del accidente. Ambas fueron tomadas en primer plano, lo que impide establecer la ubicación en la vía de la víctima o del velocípedo.

En punto del testigo, ha de reprocharse que la Fiscalía, al practicar el interrogatorio, no haya tenido en cuenta los aspectos medulares de la prueba testimonial, a saber: (i) la explicación de las circunstancias bajo las cuales el testigo pudo percibir los hechos; (ii) la aclaración sobre cuáles aspectos fueron percibidos y cuáles corresponden a sus inferencias; y (iii) la necesidad de que hiciera un relato claro de los sucesos, en orden a que los juzgadores pudieran acceder a la información y, a partir de ello, realizaran la respectiva valoración, bajo los parámetros expuestos en el numeral 8.3. de esta providencia y en el entendido de que este testigo eventualmente resultaría útil para demostrar un hecho indicador, consistente en que (iv) el procesado le imprimía alta velocidad al tractocamión antes de ocurrido el choque y (v) iba distraído hablando por celular, de lo que podría inferirse que mantenía esa conducta imprudente para cuando colisionó con el motociclista. A aquellos supuestos, a pesar de sus deficiencias el Tribunal les confirió absoluta validez por sobre la experticia técnica que pretendió determinar la velocidad, como se verá más adelante.

Incluso, resulta reprochable que ninguno de los sujetos procesales ahondara sobre dos puntos relevantes, esto es, establecer (i) si la víctima, al momento del accidente, portaba o no el casco como elemento de protección, no solo por cuenta de la gravedad de sus lesiones sino porque el conductor de la motocicleta no sufrió alguna afectación, como lo explicó en el juicio y (ii) si el conductor del camión en realidad conversaba o no por celular cuando ocurrió el accidente, pues VR solo mencionó que lo vio en esa acción, cuando manejaba a «100 km /h» y nada se indagó al respecto.

ARM, agente de tránsito que elaboró el croquis del lugar de los hechos.

El delegado Fiscal le indagó por los elementos incluidos en el croquis. Dentro de ellos, la inclusión de un lago hemático que, según su directa percepción, observó «en el carril del centro, entre el carril del centro y el carril de la derecha, en la línea blanca, casi cerca de la línea blanca, pero del lado del carril del centro. Tal y cual como está plasmado en el croquis»

Acto seguido, le puso de presente una de las fotografías tomadas por el testigo VR en torno a la visibilidad de la huella hemática. Dijo el testigo que «sí es observada la lesionada y la huella temática. Pero la fotografía está muy corta para,

y la línea amarilla, no se sabe si está del lado derecho o el lado izquierdo. Yo la plasmé del lado donde la encontré del lado del carril del centro»

Insistentemente le preguntó la Fiscalía «si hubo alteración de la escena de los hechos», pero expresó que aquello podía conocerlo solo el primer respondiente, pues «ellos son los que me entregan a mí y cuando ellos me entregaron ahí no hubo acordonamiento ni nada»

Indagado como testigo común por la defensa, explicó pormenores adicionales del informe de tránsito. Narró que allí consignó lo siguiente:

Venía la motocicleta por toda la vía y el parrillero se intercambió con el conductor y quien empezó a manejar. Es que no entiendo casi la letra, a manejar fue la muchacha del accidente, ya que la moto se empezó a ir hacia la izquierda. Cuando llegamos se los llevó la ambulancia.

Explicó que no le constaba esa hipótesis. La consignó en aquellos términos porque así se lo manifestó «el primer respondiente, ya que fue él la primera autoridad de llegar al lugar de los hechos»

Añadió que en el experticio hecho al camión no encontró golpes en su parte frontal. Solo «en la parte lateral derecha, las llantas traseras ahí fueron donde encontré los daños». Explicó, en concreto, que «ese daño consistió en que impactó, los dos vehículos impactaron en esa parte en la llanta trasera de la motocicleta, en la parte trasera del vehículo en la llanta exactamente»

Refirió el testigo, que los «arrastres y huellas de frenado» generalmente quedan en la vía y que él, como croquista, podía observarlos, pero en el caso concreto no evidenció alguna de esas señales, porque de ser así «lo hubiera plasmado y se hubiera evidenciado en la fotografía que están como prueba»

A pesar de la lacónica descripción de lo sucedido, la Fiscalía no le formuló preguntas orientadas a establecer (i) la razón por la que ubicó el lago hemático en el carril central, (ii) las características del tráfico vehicular en la zona; y (iii) el parámetro por el que ubicó a la motocicleta, en su posición final, en el carril central, a 4,40 metros del andén, ni (iv) las razones de ausencia de huellas de arrastre o frenado.

Por demás, el servidor público explicó que plasmó en el croquis, a partir de la información allegada por el primer respondiente, que la causa probable del accidente fue la de «impartir enseñanza

automovilística sin autorización». Sin embargo, la Fiscalía no convocó al primer respondiente al proceso para que verificara aquellos datos.

Desde esa perspectiva, la conclusión que plasmó el uniformado como causa del accidente no encuentra respaldo en los medios de convicción debidamente aducidos al trámite. [...]

Resulta entonces especulativa su conclusión en cuanto a que el accidente se ocasionó porque SEPM recibía clases de manejo en la vía, en esencia porque es de oídas, pues se fundó en lo que le dijo el primer respondiente, quien, a su vez, se la transmitió con base en lo que a él le dijo el acusado, y que, en todo caso, fue carente por completo de explicaciones técnicas sobre la forma en que pudo producirse la colisión.

[...]

Por conducto del testigo DML, físico forense, la defensa introdujo el informe técnico pericial de reconstrucción del accidente que ese experto elaboró.

En términos generales y luego de acreditar su experiencia y conocimientos en la materia, se refirió a los métodos utilizados en la elaboración de aquella experticia e hizo una explicación sobre su contenido.

Al respecto manifestó, a pregunta de la defensa, que según el croquis del accidente que utilizó como insumo para elaborar su concepto, el camión contaba con una trayectoria pre-impacto ubicado en el carril central, mientras que la motocicleta mostró «una trayectoria diagonal, del carril derecho al carril central»

A renglón seguido, explicó qué modelos físicos empleó para determinar la velocidad de los vehículos involucrados. Adujo que, a partir de aquellas fórmulas, «pudo determinar la velocidad del camión, no se pudo determinar la velocidad de la moto, la velocidad de la moto no era muy alta, el rango de velocidad del camión está entre 54 y 67 km /h»

Fue contrainterrogado por la Fiscalía, en punto de que explicara la razón por la que plasmó que la causa del accidente había obedecido a que la motocicleta perdió el control al encontrarse lado a lado con el camión, cuando esa versión, añadió el Fiscal, se extrajo de lo dicho por GG, supuesto testigo del suceso que no concurrió al juicio oral. Afirmó el delegado, que así «su informe pierde objetividad»

El testigo contestó que «la secuencia, la dinámica del accidente y las causas que aquí indicamos, son resultado de la utilización del método científico, de las leyes de la física, de la evidencia técnica y objetiva» y agregó que las versiones sobre el suceso:

... hacen parte del proceso investigativo y de la contextualización del mismo, pero no se constituye como elemento objetivo de juicio ni herramienta para la realización de cálculos numéricos o planteamiento de la dinámica del accidente, lo que quiere decir acá es que nosotros los reconstructores utilizamos técnicas con rigor científico, no utilizamos las versiones para hacer nuestras secuencias, nuestras dinámicas o conclusiones, por lo que anoté anteriormente, nosotros no podemos, nuestros cinco sentidos no nos permite plasmar realmente lo que ocurre en menos de dos segundos.

Nada más indagó la Fiscalía sobre aquellos puntos.

Así pues, el análisis en contexto de los medios de convicción incorporados al proceso muestra, como líneas atrás se indicó, que las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la investigación son igualmente plausibles, razón suficiente para predicar la existencia de duda razonable, según lo explicado en el numeral 8.4»

PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración: al dar por probado lo que debió ser objeto de demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: si la defensa las presenta deben ser valoradas con el mismo rigor que las de la fiscalía / **DELITO CULPOSO** - Infracción al deber objetivo de cuidado: no se demostró / **SENTENCIA** - Errores en la apreciación y valoración probatoria: especulaciones

«Los errores en que incurrió la sentencia de segundo grado

Desde la reseña fáctica, el fallo del Tribunal relató lo sucedido en los mismos términos planteados por la Fiscalía en la imputación y la acusación. No obstante, tal y como se reprochó de aquellos actos, el juez de segundo nivel tampoco delimitó adecuadamente los hechos jurídicamente relevantes que se debían adecuar al tipo penal y, por esa vía, no especificó en qué consistió la infracción al deber objetivo de cuidado endilgada a MP y de qué manera incrementó el riesgo jurídicamente permitido para la producción del

resultado.

Destacó el fallo que la información recaudada resulta «aparentemente confusa» y precisó que lo documentado en el croquis no se observaba «revestido de la mejor buena fe posible» en aras de esclarecer la causa del accidente.

Sin embargo, le atribuyó mayor credibilidad a la tesis del delegado Fiscal [...]

Sin perjuicio de las premisas que de modo contradictorio fueron planteadas en la sentencia sobre esas temáticas, el Tribunal parece dar a entender que el camión era conducido por GLMP a casi 100 km /h, y en su trayectoria, desde el carril central invadió el carril derecho, golpeó a la motocicleta y la proyectó «metros adelante» pero, al mismo tiempo, la aplastó con sus llantas.

Desde esa perspectiva, se observa que la sentencia de segundo nivel incurrió en los siguientes yerros: (i) no explicó, con base en los medios de convicción debidamente incorporados, cómo pudo el camión golpear con su costado derecho a la motocicleta, proyectarla metros adelante y, a la vez, aplastarla sin considerar que en el croquis fue posicionada finalmente en el carril central; (ii) aunque la Fiscalía no demostró, pericialmente, a qué velocidad transitaba el camión, supuso, quizás a partir de lo dicho por el testigo FVR, que ese vehículo circulaba a 100 km /h; (iii) desacreditó el contenido de la experticia de la defensa que fijó la velocidad del automotor entre 54 y 67 km /h, a partir de una falacia ad hominem y, por esa vía, incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio ante la infracción del principio lógico de razón suficiente.

Ello es así, porque el ad quem partió de suponer que, en su ejercicio probatorio, la defensa no tiene vocación de aducir al proceso medios de convicción que sean favorables a sus intereses. Esa, sin embargo, no es una razón válida para desacreditar las pruebas de descargo o desvirtuar su credibilidad. De avalar esa premisa, la defensa solo podría aportar al debate pruebas que le favorezcan a la contraparte (Fiscalía), lo que va en contravía no solo del postulado lógico enunciado, sino de la garantía constitucional del debido proceso.

En adición, la credibilidad de la prueba pericial no estriba en qué sujeto procesal la aporta (Fiscalía o defensa), sino en la “calidad” o “confiabilidad” de los referentes técnico-científicos que la fundamentaron y,

principalmente, en el método y la confiabilidad de la técnica que se utilizó en su elaboración y resultados. Ello, según lo expuesto por la Sala en el numeral 8.3.

Pero la Fiscalía, en ejercicio del contradictorio, no contravirtió, ni mostró yerros en la elaboración del dictamen y el Tribunal, por su parte, tampoco enseñó una razón valedera para desmontar los fundamentos de la experticia en aras de justificar con suficiencia qué le impedía otorgar crédito a ese medio de convicción. Simplemente le bastó afirmar que con él se buscaba «producir efecto ventajoso o favorecedor de los intereses de su cliente»

De igual manera, el ad quem (iii) especuló sobre la capacidad del camión para circular por la vía a la velocidad que estimó (100 km /h). Para tal efecto aseveró que se trataba de un rodante de modelo reciente, pero la Fiscalía no incorporó un concepto técnico que diera cuenta de las características y el estado de funcionamiento mecánico de dicho vehículo y tampoco determinó si para el momento de la colisión contaba o no con carga adicional que le permitiera circular a esa velocidad. Incurrió entonces el Tribunal en un falso juicio de existencia por suposición en ese punto.

Sobre el estado final de la motocicleta dijo la sentencia:

... según estos peritos, el camión no tocó la motocicleta, se pregunta la Sala si es que acaso estos peritos no observaron las fotografías visibles a folios 157 que hacen parte del informe de tránsito, en donde se observa la chatarra absoluta en que quedó convertida, en una masa retorcida de hierro y plástico, con abolladuras que muestran que fue pisoteada, arrollada y estripada por las llantas del pesado tractocamión...

En este aspecto el Tribunal plasma conclusiones en un campo técnico que son inentendibles y ajenas al material probatorio debidamente aducido al proceso, pues afirma que la moto quedó, en sus términos, estripada por las llantas del camión, lo que expone a partir de los registros fotográficos tomados por el agente de tránsito que llevó a cabo la experticia correspondiente, pero no considera el concepto técnico elaborado, justamente, a partir de esas fotografías, en el que ese uniformado si bien plasmó como «daños ocasionados: pérdida total», refirió, en cuanto al «funcionamiento eléctrico y mecánico: llantas en

buen estado, el sistema eléctrico y el funcionamiento mecánico está en buen estado»

Ello, al margen de que, verificadas las fotografías a las que se refirió el ad quem, que fueron debidamente aducidas al proceso, no observa la Corte que la motocicleta quedara convertida en una «masa retorcida de hierro y plástico» ni mucho menos que hubiese sido «pisoteada, arrollada y estripada» por el camión. La Fiscalía, por su parte, tampoco aclaró ese aspecto en aras de determinar si, efectivamente, el camión aplastó a la motocicleta.

El punto bajo análisis muestra igualmente plausible la hipótesis defensiva según la cual la motocicleta quedó incrustado entre las dos llantas traseras derechas del eje posterior del camión. Basta contrastar el mencionado registro fotográfico con el concepto técnico practicado al tractocamión e igualmente aducido al debate con el agente de tránsito, quien registró como únicos daños de ese automotor los ubicados en las «vigías de aire de llantas trasero lado derecho, ambas llantas traseras» (tema sobre el cual, no sobra añadir, nada dijo el Tribunal).

Del mismo nivel es lo que plantea la sentencia sobre el desarrollo del accidente, pues si bien afirma que el camión estaba «luchando por posesionarse lo más a sus anchas posible en la carretera» y por ende invadió el carril derecho para tropezar con la motocicleta, «proyectándola metros adelante para finalmente disparándola producir los golpes que generaron las lesiones personales de la víctima», no considera (i) que los testigos de cargo afirmaron que no vieron otros vehículos distintos al camión y a la motocicleta en la vía; (ii) que no se acreditó la presencia de huellas de frenado en alguno de los carriles; (iii) aunque la motocicleta fue supuestamente arrastrada del carril derecho al central, no se acreditaron documental o pericialmente señales de arrastre en esa o alguna otra trayectoria; (iv) a pesar de ello, se registró con el croquis y en base a las fotografías tomadas por el agente de tránsito como posición final de la motocicleta y del camión el carril central; (v) el lago hemático fue hallado y registrado en el carril central, muy cerca a la motocicleta; y (vi) la ubicación del lago hemático y de los vehículos involucrados de la manera en que se reflejaron en el croquis no se aviene a lo expuesto por la tesis de la Fiscalía, en cuanto aseguró en el juicio, a partir de lo dicho por los testigos de cargo, que la motocicleta circulaba por el carril derecho, casi a la orilla, a 30

kilómetros por hora.

De otro lado, el Tribunal les otorgó credibilidad a los testigos de cargo sin tener en cuenta la vaguedad de sus relatos, propiciada por los deficientes interrogatorios realizados por la Fiscalía. En ese sentido, SEPM recordó que cuando observó al camión «ya lo tenía encima» y LMVJ expresó que «yo lo que sentí fue en la parte de atrás», lo que bien podría acompañarse a un golpe frontal. Sin embargo, una colisión así, según las experticias mecánicas resultaba improbable porque, se insiste, los daños del camión quedaron registrados, únicamente, en las «vigías de aire de llantas trasero lado derecho, ambas llantas traseras», según informó en el juicio el agente de tránsito.

De igual manera es lo que se extrae del dicho del testigo FJVR. No logró demostrar el Fiscal si en verdad el declarante presencié el momento exacto del accidente o se limitó a expresar sus conjeturas al respecto a partir de lo que realmente pudo observar. Recuérdese que el testigo afirmó que antes del choque había observado al camión avanzando «a unos 100 km» y a su conductor hablando por celular pero no se esclareció si era o no posible que, a esa velocidad, percibiera aquella acción. Además, expresó que la víctima cayó en la orilla, cuando el lago hemático fue hallado en el centro, junto a la moto, y destacó que esta última fue arrastrada al carril central, cuando no existe evidencia que permita verificar que así sucedió.

En contraste, si bien GLMP aseveró que otro vehículo lo cerró y por ello debió maniobrar en acción con la que golpeó a una furgoneta de estacas, los testigos de cargo desacreditaron su dicho en cuanto aseveraron, casi al unísono, que en la vía solo circulaban para el momento de la colisión el camión y la motocicleta. Ello, al margen de que el Tribunal, sin respaldo probatorio y sin considerar la prueba recaudada como si de un falso juicio de existencia por suposición se tratara, afirmó que todo se trató de la «competencia por el espacio de la vía», en una de las zonas «una de las más congestionadas»

Igual comentario merece la tesis, indemostrada, de la alteración de la escena de los hechos que la Fiscalía, tímidamente y para desacreditar lo dicho por su propio testigo en el juicio el agente de tránsito AR intentó esbozar en el debate, pero a la que el Tribunal acudió para debilitar la credibilidad, tanto del declarante como del

croquis del accidente que con él se introdujo. Al margen de que no se comprobó probatoriamente una situación de esa naturaleza y de que, por el contrario, en el proceso existen elementos que corroboran lo dicho por el agente de tránsito principalmente, el registro fotográfico del lago hemático en el centro del carril y la posición final de los vehículos involucrados.

Tampoco especificó la Fiscalía, pericialmente, cuáles eran las características de la vía. Los testigos afirmaron que todo sucedió en una curva, y así lo adujo el Tribunal, pero en ocasiones también expuso, de manera consonante con la experticia defensiva, que se trataba de una semicurva.

Y si bien la Corte, a partir del material fotográfico recaudado observa que podría tratarse de una semicurva con ligera desviación de derecha a izquierda, tampoco explicó pericialmente la Fiscalía si, bajo las leyes de la física, las características de la vía hacían plausible que, a partir de la colisión del camión invadiendo el carril derecho en trayectoria de izquierda a derecha, lanzara a la motocicleta hacia la izquierda, esto, es, al carril central donde finalmente quedó ubicada, junto al lago hemático»

IN DUBIO PRO REO - Aplicación: de la duda razonable, cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa a la del acusador, que puede ser catalogada como verdaderamente plausible

«La Fiscalía no especificó en los juicios de imputación y acusación los hechos jurídicamente relevantes constitutivos de la infracción al deber objetivo de cuidado. Aseveró, en principio, que todo se produjo porque el conductor del camión «pitó duro» pero aquel supuesto no fue acreditado, como tampoco que el camión se hubiese atravesado para ocasionar la colisión y, por esa vía, cuál fue la regla de tránsito que infringió el procesado.

Las pruebas practicadas durante el juicio, con las falencias ya indicadas, les brindan idéntico respaldo a las dos hipótesis factuales ventiladas a lo largo de la actuación por la Fiscalía y la defensa, tal y como lo concluyó el fallador de primera instancia.

Esa razón es suficiente para predicar la existencia de duda razonable en el caso».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, no es dable dictar sentencia cuando sean vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: reglas que deben ser acatadas por los fiscales al celebrarlos, y por los jueces, al verificar los requisitos de la sentencia condenatoria anticipada / **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Acusación: el juez no puede hacer control material, salvo ante calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito subsidiario: si se desconoce la residualidad, se vulnera el principio de legalidad / **VIOLENCIA**

INTRAFAMILIAR AGRAVADA - No se configura: cuando se compromete el bien jurídico de la vida

La Corte Suprema de Justicia, dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada por el representante de la víctima contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Juan de Pasto. Mediante esa decisión, se confirmó la condena impuesta a LANE como autor de violencia intrafamiliar agravada.

La Sala casó la sentencia de segunda instancia, y, en su lugar, anuló la actuación desde la audiencia de formulación de imputación, inclusive, atendiendo a que, la Fiscalía desconoció la cláusula de residualidad propia del delito de violencia intrafamiliar; esto es, no tuvo en cuenta que los hechos materia de investigación pueden encontrar adecuación típica en un delito de mayor gravedad, por amenazar efectivamente la vida de la víctima. Aunado a lo anterior, los juzgadores de instancia, en múltiples etapas, eludieron los controles a los que estaban obligados, desconociendo el principio de legalidad y las garantías de verdad y justicia.

Fue así como, la Corte concluyó que: i) al formular la imputación, el fiscal cercenó la hipótesis fáctica, excluyendo hechos pertinentes, indicativos de que la conducta del acusado puso en peligro efectivo la vida de la víctima; ii) la selección e interpretación de las normas penales aplicables al caso, referidas por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, son manifiestamente equivocadas, dado el insuficiente abordaje de la cláusula de

subsidiariedad prevista en el art. 229 inc. 1° del C.P.; iii) el juez de conocimiento incumplió su deber de intervenir ante una calificación jurídica manifiestamente ilegal; iv) esas irregularidades afectaron los derechos de la víctima, ya que su caso no se analizó a la luz de las normas pertinentes, claramente orientadas a una mayor protección desde el punto de vista de las prerrogativas de verdad y justicia; v) al estudiar la pretensión de condena, que incluye el estudio de las evidencias presentadas a la luz del art. 327 del C.P.P., los juzgadores omitieron la apreciación de evidencia indicativa de la amenaza al bien jurídico de la vida en el ataque que el acusado le propinó a la víctima y vi) lo anterior permite cuestionar la objetividad y apego a la legalidad con la que actuó el fiscal al realizar el juicio de acusación y, luego, al celebrar el acuerdo con el procesado.

SP475-2023(58432) de 22/11/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Aclaración de Voto:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 16 de abril de 2018, en Pasto (Nariño), alrededor de la 1:30 p.m. LAVC llegó a su residencia y encontró que su pareja LANE se encontraba ingiriendo licor y escuchando música a un volumen alto. LAVC le dijo que si deseaba seguir tomando era mejor que se fuera del lugar. Aquél aceptó y se marchó.

2. Hacia las 6:30 p.m., el señor LANE regresó en estado de embriaguez; la señora LAVC le manifestó que la relación no estaba bien y para evitar inconvenientes tomara sus pertenencias y cesaran la convivencia. LANE se enfureció y le reclamó por un amigo, ella le respondió que cuando decidieron convivir, él sabía del oficio al que se dedicaba (prostitución), a lo que aquél reaccionó con palabras soeces y denigrantes.

3. LAVC hizo caso omiso y se disponía a salir a laborar, pero LANE la sujetó del hombro y siguió agrediéndola verbalmente, atentando contra su condición de mujer con palabras como “puta, zorra, te voy y me voy a joder la vida”; seguidamente fue a la cocina, tomó un cuchillo y le propinó una herida bajo el seno izquierdo. LAVC exaltada le reclamó y aquél intentó hierla nuevamente con ese elemento cortopunzante en

la zona del pecho. Forcejearon alrededor de 20 minutos. Finalmente, ella logró desarmarlo, pero se estaba desangrando, al punto que lentamente perdía la consciencia y bronco aspiraba.

4. La señora salió a la calle, donde fue auxiliada por habitantes del sector que le ayudaron a llegar al CAI más cercano. De ahí fue llevada a un centro hospitalario, pues se trataba de una herida profunda en la zona abdominal, donde fue necesario que recibiera una intervención quirúrgica, pues se puso efectivamente en peligro la vida de la víctima.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, no es dable dictar sentencia cuando sean vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, casos en los que se entienden vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez, debe verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable, demostrada con evidencias e información recaudada por la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, no puede hacerlo frente a la tipificación de la conducta, salvo violación flagrante a garantías fundamentales, cuando se aparta arbitrariamente del acontecer fáctico o atenta groseramente contra el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, límites a la facultad decisoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, violación del principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, aspectos que incluye / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derechos de las víctimas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, improcedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: reglas que deben ser acatadas por los fiscales al celebrarlos, y por los jueces, al verificar los

requisitos de la sentencia condenatoria anticipada / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: respeto de las garantías fundamentales a las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Acusación: el juez no puede hacer control material, salvo ante calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Se vulnera

«La jurisprudencia de la Sala (cfr., entre muchas otras, CSJ SP2073-2020, rad. 52.227; SP1289-2021, rad. 54.691 y SP2442-2021, rad. 53.183) tiene suficientemente decantado que, por la vía de la aceptación pre-acordada de responsabilidad, no es dable dictar sentencia cuando se vulneren garantías fundamentales. Entre otras modalidades, esto ocurre cuando i) el fiscal, haciendo uso arbitrario de su discrecionalidad, modifica injustificadamente el componente fáctico de la acusación o aplica una calificación jurídica manifiestamente ilegal; ii) se desconocen mandatos para el amparo de prerrogativas propias de sujetos de especial protección, dada su condición de vulnerabilidad o iii) se infringen prohibiciones legales en la concesión de beneficios o éstos comportan la adjudicación de rebajas de pena desproporcionadas.

En ese contexto, tratándose del proceso abreviado, para la emisión de una condena anticipada el juez, entre otros aspectos, debe constatar que no se han violado los derechos de las partes o intervinientes (SP2073-2020, rad. 52.227, entre otras). Además, en concreción de esa labor de verificación, al emitir sentencia precedida de aceptación de culpabilidad, el juzgador no está obligado a dar por ciertos los hechos incluidos en la acusación, cuando no estén acreditados con cumplimiento del estándar de conocimiento de que trata el art. 327 del C.P.P. Ello no sólo apunta a garantizar al acusado el debido proceso, sino que es presupuesto para materializar el derecho a la verdad perteneciente a las víctimas, prerrogativa con fundamento en la cual tampoco le es dable al sentenciador conceder beneficios que exceden los límites legales ni convalidar calificaciones jurídicas inapropiadas (CSJ SP3002-2020, rad. 54.039).

A este último respecto, aunque los jueces no pueden controlar materialmente los actos de atribución de responsabilidad en la imputación

ni en la acusación, al momento de dictar sentencia e, incluso, a la hora de verificar la legalidad de una aceptación de responsabilidad, sí deben constatar que la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador, esto es, el juez ha de aplicar un examen sobre la corrección del juicio de adecuación típica propuesto por el fiscal, en tanto fundamento de su pretensión punitiva (CSJ SP 11 dic. 2018, rad. 52.311; CSJ SP 5 jun. 2019, rad. 51.007 y SP3002-2020, rad. 54.039; SP2442-2021, rad. 53.183 y SP379-2022, rad. 58.186, entre otras).

En ese marco conceptual, la Corte ha identificado que, entre otros, un supuesto de ilegalidad que impide validar una condena por aceptación pre-acordada de responsabilidad es cuando aquélla se basa en una calificación jurídica manifiestamente errónea. Ello no solo implica la afectación del debido proceso en su componente abstracto de legalidad, sino que, en concreto, comporta vulneración a las garantías a la verdad y a la justicia en cabeza de las víctimas.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional en la SU 479 de 2019, “las autoridades judiciales, como todas en un Estado democrático, se hallan regidas por el principio de legalidad y, si bien la justicia consensual rodea al Fiscal de una serie de competencias discrecionales, con el fin de terminar anticipadamente los procesos en pro de una justicia celer y eficiente, ello no puede llegar al extremo de entender que un acuerdo para una sentencia anticipada puede lograrse a cualquier costo o de cualquier manera, esto es, de manera arbitraria (no discrecional-reglada) y con el solo fin de llegar a cualquier resultado que finiquite la actuación, sobrepasando los claros fines del instituto procesal de los preacuerdos, entre ellos aprestigiar la justicia”.

En ese contexto, al revisar la legalidad y procedencia de los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y los procesados, “los jueces deben examinar la correspondencia entre los hechos imputados y los que son base del acuerdo, puesto que el fiscal no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. De ahí que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el

legislador en el Código penal” (cfr., entre otras, CSJ SP931-2016 y SP379-2022, rad. 58.186).

[...]

Y, como pasa a exponerse, por desatención de las exigencias de pertinencia y suficiencia, que condicionan la corrección de todo juicio de adecuación típica, en el asunto bajo examen el fiscal confeccionó una acusación violatoria de la legalidad, con impacto negativo en las garantías de verdad y justicia en cabeza de la víctima, la cual conllevó a que se pre-acordada y sentenciara con base en una calificación jurídica manifiestamente ilegal»

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Delito subsidiario: explicación / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito subsidiario: cláusula de residualidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: cláusula de residualidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito pluriofensivo / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Elementos: verbo rector, maltratar, las acciones pueden ser tanto físicas como psicológicas / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Bien jurídico tutelado, no solo la armonía y unidad familiar

«El delito de violencia intrafamiliar, al tenor del art. 229 del C.P., es de carácter subsidiario, esto es, se incurre en él a condición de que el comportamiento del sujeto activo no constituya delito sancionado con pena mayor. Esa cláusula de residualidad, que hace parte de los elementos esenciales de ese tipo penal (cfr., entre otras, CSJ SP 3 dic. 2014, rad. 41.345; SP5392-2019, rad. 53.393), es reflejo de la naturaleza de la conducta típica (infligir maltrato físico o psicológico), la cual entraña aptitud de afectar, además de la unidad familiar, otros bienes jurídicos tutelados por la ley penal, como la vida, la integridad personal, la libertad o la autonomía personal (cfr., entre otras, C. Const., sent. C-368 de 2014 y C-029 de 2009).

55. De ahí que, en vista de la pluriofensividad de la conducta típica (maltratar), así como en aplicación de las funciones teleológica y sistemática del bien jurídico, el legislador haya previsto un mecanismo expreso de articulación (principio de subsidiariedad), ineludible a la hora de establecer si, en vista de la entidad y gravedad de la afectación de otro bien jurídico, ha de preferirse la subsunción en un tipo penal contentivo de una mayor respuesta punitiva, que sea proporcional al daño causado, más allá de la afectación de la unidad familiar»

TIPICIDAD - Proceso de adecuación típica / **TIPICIDAD** - Proceso de adecuación típica: concurso aparente de tipos, principio de unidad de ley / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad, aplicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: respeto de las garantías fundamentales a las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, no es dable dictar sentencia cuando sean vulneradas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, protección de garantías, violación del principio de legalidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** - Delito subsidiario: si se desconoce la residualidad, se vulnera el principio de legalidad / **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA** - No se configura: cuando se compromete el bien jurídico de la vida

«Tratándose del respeto del principio de legalidad, unos hechos no pueden ser “más o menos” típicos. No. El juicio de adecuación típica puede ser positivo o negativo; correcto o incorrecto. De ahí que, en virtud del principio de unidad de ley, en situaciones de concurso aparente haya de resolverse esa pluralidad de opciones de adecuación prima facie para que, aplicados determinados criterios, se llegue a la solución precisa, adecuada.

En ese marco es que opera el principio de subsidiariedad, del cual el delito de violencia intrafamiliar es prototipo, por contener una cláusula expresa de remisión que obliga al intérprete a examinar si la conducta atribuida al sujeto activo (maltratar), articulada con todas las circunstancias en que tuvo lugar, se ajusta a otro tipo penal que, por lesionar un bien jurídico de mayor entidad, prefiere al lesivo de la unidad y armonía familiares.

Así que a una calificación jurídica insuficiente y, por ende, manifiestamente ilegal, puede llegarse si se pasa por alto una situación de concurso aparente o impropio, en la que el intérprete (llámese fiscal, inicialmente, o juez), desconoce la ley penal primariamente aplicable que desplaza a la o las restantes.

Tratándose del delito de violencia intrafamiliar, si se pasa por alto la subsidiariedad, sin verificar si el contenido de injusto de la acción de maltrato

es abarcado completamente por otro tipo penal, sancionado con pena más grave, se infringe un componente de la legalidad, acorde con el cual la ley primaria deroga a la ley subsidiaria, que solo aplica de forma auxiliar cuando no lo haga otra disposición.

Desde esa perspectiva, salta a la vista que la calificación jurídica aplicada por el fiscal desde la imputación, ratificada en la acusación y que, a su vez, fue validada por los juzgadores a la hora de verificar la legalidad del preacuerdo y dictar sentencia tanto en primera, como en segunda instancia, es manifiestamente incorrecta. Ello, por cuanto, como acertadamente lo alegó la representante de víctimas en curso de la actuación, existiendo circunstancias que evidentemente comprometen el bien jurídico de la vida, de mayor entidad que el de la unidad e integridad familiares, el juicio de adecuación típica aplicado por los prenombrados funcionarios no verificó que otro precepto (tipo penal) podía intervenir preferentemente.

La impropiedad radica en la aplicación de un insuficiente juicio de adecuación típica, pues los hechos constitutivos de la hipótesis delictiva (delimitados en la imputación fáctica contenida en la acusación), muestran, en primer lugar, que a la víctima le fueron causadas lesiones que como lo resaltó el fiscal pusieron en riesgo la vida de aquélla, no sólo por recaer en una zona anatómica (abdominal) que, al ser apuñalada profundamente, puede comprometer órganos vitales, sino que, por existir sangrado interno, alcanzaron a provocar un estado alterativo de la función respiratoria (bronco-aspiración), el cual puede producir asfixia. Además, en segundo término, se pretermitió la connotación jurídica de otras circunstancias pertinentes que rodearon los hechos, como el intento de apuñalamiento de la mujer en el pecho, el cual se impidió por ella tras un largo forcejeo con el que logró desarmar a su agresor, quien la atacó luego de advertirle que “le iba a joder la vida”.

Sobre el primer aspecto, cifrado en el riesgo mortal de la puñalada efectivamente propinada a la señora VC, la advertencia del fiscal, en punto del peligro en que se puso la vida de la víctima, deriva del segundo informe médico legal sobre lesiones no fatales, conforme al cual a LA se le causó una “herida de pared abdominal penetrante de 3 cm, sin lesión de víscera hueca”. Esa misma observación se advierte en la historia clínica del Hospital Universitario, en el que se

llevaron a cabo controles postoperatorios por “trauma penetrante HCI”. En el tercer reconocimiento médico legal, las secuelas de deformidad permanente se caracterizaron como “cicatriz queloide, hipercrómica, ostensible, de 2.5 x 1.5 cm, ubicada en el hipocondrio izquierdo, a 8.0 cm de la línea media anterior y a 53 cm del vértice, con dolor a la palpación. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica, ostensible, mediana infra y supraumbilical de 23 x 0.3 cm, dolorosa a la palpación en el extremo superior”.

Respecto a la última cicatriz, ha de precisarse que la víctima también requirió de cirugía para drenaje de sangrado interno (hemoperitoneo), según consta en el primer reconocimiento médico forense. Es más: JLCO, amiga de la señora VC, indicó en entrevista que, al ir a visitarla al día siguiente en el hospital, la encontró “entubada, con el estómago abierto”.

En cuanto a la segunda cuestión, la puñalada propinada por el acusado no fue la única agresión física que recibió la señora VC, pues aquél intentó hierla nuevamente con el elemento corto punzante en el pecho, región del cuerpo que, por experiencia, se sabe que si es afectada puede causar la muerte.

Pero, más allá de ese riesgo hipotético, como tercera medida, la narración de circunstancias modales de la agresión expuesta por el acusador hace plausible una agresión compatible con la intención de matar. Al respecto, en entrevista, la víctima relató: “ahí sentí que él venía nuevamente hacia mí a pegarme otra puñalada al pecho. Levanté las manos y forcejamos más o menos por unos 20 minutos. Yo estaba herida y sangrando. No sé de dónde saqué fuerza, todo por salvarme porque él me iba a matar; el tiró fue a matarme...”

Y ello ha de articularse con el hecho cifrado en que los ataques con cuchillo estuvieron precedidos de la advertencia hecha por el procesado, en el sentido de querer “joder la vida” de la víctima y, luego, “joderse la propia vida”. Además, la agresión no cesó por voluntad del señor NE, sino debido a que LA, tras evitar que la apuñalara en el pecho y forcejear con él por 20 minutos, logró desarmarlo. Incluso, el acusado la abandonó pese a que se estaba desangrando y empezó a bronco aspirar y, finalmente, aquélla pudo obtener oportuna atención médica, gracias al auxilio de vecinos.

Todas esas circunstancias, integrantes de las

proposiciones de hecho incluidas en la imputación fáctica fijada en la acusación, fueron inobservadas por el fiscal y los jueces de instancia en todas las etapas del proceso, pues limitaron el maltrato a una puñalada, desconociendo los intentos de un nuevo apuñalamiento y el contexto de intencionalidad con el que habría actuado el acusado. Y esa pretermisión conllevó al desconocimiento de la cláusula de subsidiariedad, dejando de verificar si, en vista de todas esas circunstancias que rodearon la conducta, el delito de violencia intrafamiliar perdía preferencia frente a otro de mayor gravedad.

Si bien las agresiones comportan maltrato físico y, dada la convivencia de víctima y agresor, afectan el bien jurídico de la unidad e integridad familiares, el juicio de adecuación típica base de la acusación y validado por los juzgadores de instancia se quedó en un primer nivel de análisis, del todo insuficiente, dado que no justificó, en términos penales sustanciales, por qué no había de aplicarse otro precepto distinto al tipo penal contenido en el art. 229 del C.P., de mayor gravedad.

En consecuencia, la adecuación típica aplicada por el fiscal, indebidamente validada por los juzgadores de instancia, es del todo incorrecta, dada su innegable insuficiencia. Más que eso, se torna inaudita si se tiene en cuenta que la propia acusación advierte que el comportamiento del procesado puso en riesgo efectivo la vida de la víctima, pero a la hora de calificarla jurídicamente el fiscal inexplicablemente entendió que únicamente se incurrió en un delito “contra la familia”.

Y esa errada connotación jurídica de los hechos, que hizo carrera durante todo el procedimiento, fue convalidada por los juzgadores de instancia, debido a que también aplicaron un incompleto juicio de adecuación típica que, a su vez, devino en un precario control de legalidad del preacuerdo, basado en una calificación jurídica manifiestamente incorrecta.

El a quo y el juez de circuito en segunda instancia se equivocaron al impartir legalidad a un acuerdo basado en unos hechos supuestamente constitutivos de violencia intrafamiliar, bajo el entendido que la conducta del acusado se redujo a haber “golpeado y cortado” a su compañera en el seno izquierdo.

A la hora de dictar sentencia, el juez pasó por alto

varias circunstancias, así como la gravedad de los hechos, determinada por la efectiva puesta en peligro de la vida de la víctima, para reducir el maltrato físico a “la afectación de la armonía de dicho grupo familiar”.

A su turno, pese a las advertencias de la representante de la víctima, el tribunal eludió el control de legalidad y de afectación de garantías fundamentales que han de aplicar los juzgadores de conocimiento tanto en primera como en segunda instancia. Pese a sostener que la Fiscalía “debe respetar el núcleo fáctico de las imputaciones que determinan una correcta adecuación típica”, incomprensiblemente advirtió que la calificación jurídica, “carece de cualquier tipo de control o verificación por parte del juez”.

De ahí que, no obstante haber verificado un contexto de violencia de género que rodeó las agresiones del 16 de abril de 2018, el ad quem igualmente soslayó la completud de los hechos y los redujo a maltrato psicológico y físico por una “lesión abdominal”, apenas lesiva de la unidad familiar, pese a que la conducta atribuida al procesado en la acusación estaba rodeada de más circunstancias indicativas de la amenaza al bien jurídico de la vida e integridad personal»

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Se vulnera / **VÍCTIMA** - Derecho a la verdad, la justicia y la reparación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: límites, está prohibida la acumulación de beneficios / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, proporcionalidad, evaluación por parte del juez / **NULIDAD** - Error en la calificación jurídica: se configura / **NULIDAD** - Error en la calificación jurídica: se configura, desde la audiencia de formulación de imputación, porque en la acusación se adicionaron los hechos

«[...] desde la formulación de la imputación, el fiscal erró al atribuir al imputado la posible comisión del delito de violencia intrafamiliar agravado, debido al recorte de circunstancias integrantes de la hipótesis delictiva. Esa equivocación se consolidó por cuanto, en la audiencia de formulación de acusación, agregó hechos pertinentes, indicativos de una probable amenaza a la vida de la víctima, pero en todo caso calificó la conducta en idénticos términos.

Por ende, con la calificación jurídica manifiestamente errónea no sólo se afectó la prerrogativa de verdad, en cabeza de la víctima, sino que igualmente se desconoció su garantía a la justicia y, en el fondo, se quebrantó la prohibición de conceder múltiples beneficios, pues la adecuación típica en violencia intrafamiliar, además de inadmisibles, ya comportaba un trato benigno, al que se le sumó el reconocimiento de una diminuyente genérica de punibilidad.

La expectativa de verdad se justifica en que las víctimas han de contar con el derecho a saber qué fue lo ocurrido y, bajo tal supuesto, corroborar que el Estado censura institucionalmente unos hechos con la connotación de gravedad estipulada en la ley, como muestra de desaprobación. El derecho a la justicia, entre otras facetas, implica que una de las formas de reparar el daño infligido es la debida sanción de tales actos; esto es, que el responsable recibirá un castigo proporcional al daño causado.

La relevancia de estas equivocaciones radica en que la Fiscalía no tuvo en cuenta que los hechos materia de investigación pueden encontrar adecuación típica en un delito de mayor gravedad, por amenazar efectivamente la vida de la víctima, y que los juzgadores de instancia, en múltiples etapas, eludieron los controles a los que estaban obligados, desconociendo el principio de legalidad y las garantías de verdad y justicia.

La Sala ha de reiterar (CSJ SP 2442-2021, rad. 53.183) que si las calificaciones jurídicas erróneas están inequívocamente orientadas a eludir las prohibiciones legales en materia de acuerdos, los jueces deben tomar los correctivos pertinentes, entre otras cosas porque: i) al evaluar un acuerdo, no realizan un control material a la acusación, entendida como la comunicación de los cargos, sino que analizan la pretensión de que se emita una sentencia anticipada; ii) al emitir la sentencia (anticipada o en el trámite ordinario), han de verificar los presupuestos fácticos y jurídicos de la pretensión y iii) en el caso de sentencia anticipada por acuerdos o allanamiento a cargos, están obligados a verificar la legalidad del convenio o de la aceptación unilateral.

Por último, la errada calificación jurídica podría ser corregida en la audiencia de formulación de acusación, ya que ese es el momento previsto por el legislador para que la Fiscalía concrete ese

aspecto del llamamiento a juicio (CSJ SP2042-2019, rad. 51.007 de 2019, entre otras). Empero, como aquí se adicionaron hechos en la acusación, a fin de mantener indemne la estructura del proceso, preservando la congruencia e igualmente la garantía de defensa en cabeza del procesado, la nulidad ha de comprender la audiencia de formulación de imputación (opción excepcional permitida por la jurisprudencia cuando hay fijación insuficiente de hechos jurídicamente relevantes), a fin de que el fiscal incluya en la atribución fáctica todas las circunstancias que rodearon el ataque a la víctima, indicativas de amenaza a la vida de ésta y, en consecuencia, ajuste la adecuación típica de la conducta»

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: hace llamado urgente para que

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: reglas jurisprudenciales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: si se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad de los testimonios, no satisface la exigencia de pertinencia y se torna improcedente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: no se le pueden hacer exigencias adicionales a la defensa para su solicitud / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de control de legalidad posterior: término para su adelantamiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: no se configura, cuando la audiencia de control de legalidad posterior no se llevó a cabo, en el término dispuesto, por circunstancias atribuibles a la defensa

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre los recursos de apelación interpuestos por los defensores de EJCB, LFHC y RPM contra el auto proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, mediante el cual, entre otras determinaciones, negó algunas de las pruebas testimoniales que postularon los recurrentes, así como la exclusión de los resultados de las interceptaciones telefónicas realizadas por la Fiscalía General de la Nación.

La Corte revocó parcialmente el auto impugnado, para, en su lugar, decretar las pruebas testimoniales de JJCE y JAGC solicitadas por RPM y EJCB, para lo cual, sintetizó las reglas

se adopten medidas que protejan la vida e integridad de la víctima / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa la sentencia y decreta la nulidad

«[...] ante la evidencia de amenazas de muerte que el procesado recurrentemente ha dirigido a la víctima, la Sala hace un llamado urgente a la Unidad de Protección de Víctimas de la Fiscalía General de la Nación para que, al tenor del art. 114-6 del C.P.P., adopte medidas pertinentes para proteger a la señora VC en su vida e integridad. Así mismo, se insta a la Oficina Especial de Apoyo del Grupo de Representación Judicial de Víctimas de la Defensoría Pública para que, con fundamento en los arts. 4° y 5° lit. f) de la Ley 1257 de 2008, promueva ante la autoridad competente la aplicación de una medida de protección inmediata a fin de precaver atentados contra la vida o integridad de LAVC».

jurisprudenciales en relación con la prueba de interés común.

De igual manera, al momento de analizar la solicitud de exclusión de las interceptaciones telefónicas ordenadas por la Fiscalía, fundamentada en que la audiencia de control posterior no se llevó a cabo dentro de los términos dispuestos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, la Sala explicó que la norma es clara en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.

Sin embargo, en el presente caso, la Fiscalía atendió la carga que le correspondía, esto es, dentro del plazo de 24 horas siguientes a la recepción del informe de policía judicial, solicitó que se llevara a cabo el correspondiente control judicial posterior a las interceptaciones, pero fue la defensa quien propició las circunstancias que impidieron el cabal desarrollo de la diligencia dentro del término correspondiente.

AP3424-2023(63001) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 24 de marzo de 2022 y, el 2 de septiembre siguiente, la Sala de conocimiento emitió pronunciamiento sobre las peticiones probatorias. Puntualmente, decidió admitir las solicitadas por las partes en las sesiones de audiencia preparatoria, con algunas excepciones.

2. Culminada la lectura del precitado auto, los defensores de los procesados lo apelaron en las sesiones de audiencia del 23 y 27 de septiembre de 2022.

3. En la última fecha, el Tribunal se pronunció sobre la concesión de los recursos presentados, así:

3.1 Denegó el recurso de apelación en lo que atañe a discutir las pruebas que fueron decretadas a favor de la Fiscalía, por ser solamente procedente el de reposición.

3.2 Concedió los recursos de apelación que versaron frente a:

i) «[L]a negativa de algunas pruebas testimoniales que solicitaron los tres abogados de la defensa»; y

ii) «[L]a negativa a la solicitud de la exclusión de los resultados de las interceptaciones telefónicas que solicitó la delegada de la Fiscalía General de la Nación».

4. Corrido el uso de la palabra a los defensores, manifestaron interponer el recurso de queja contra la determinación por cuyo medio no se les concedió el recurso de apelación.

5. La queja fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia mediante el auto CSJ AP5395, 11 nov. 2022, Rad.: 62487, en el que consideró bien denegadas las apelaciones motivo de inconformidad.

6. La carpeta fue reenviada a la Corte Suprema de Justicia el 9 de diciembre de 2022 para resolver las apelaciones propuestas frente a los asuntos sobre los que sí fueron concedidas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: demostración de pertinencia individual / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: solo exige demostrar la pertinencia /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: reglas jurisprudenciales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: contrainterrogatorio, tiene una finalidad distinta al interrogatorio

«Aunque la Ley 906 de 2004 no prevé expresamente la posibilidad de que las partes (fiscalía - defensa) soliciten la misma prueba, nada lo prohíbe. Por el contrario, se entiende que dicha actividad se cumple en el marco de los principios de libertad probatoria y de contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

Por lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha fijado una serie de reglas en relación con la prueba de interés común, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La fiscalía y la defensa tienen la posibilidad de solicitar, para su examen directo, una o más pruebas decretadas a su contraparte, siempre y cuando resulten pertinentes, conducentes y útiles. En estos casos, cada parte está obligada a presentar los argumentos sobre la pertinencia de la prueba, e igualmente, a exponer aquellos de conducencia y utilidad cuando se presente controversia respecto de dichos requisitos.

La pretensión de una prueba de interés común tiene lugar en el marco de cada teoría del caso, incluso si la defensa no tiene interés de anunciarla, pues al menos tendrá como estrategia evidenciar que la fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia del procesado. De modo que, quien la solicita, debe «agotar una argumentación completa y suficiente» sobre su pertinencia, con el fin que el juez pueda establecer si se justifica o no decretarla.

Dichas solicitudes se sustentan en los hechos del proceso contenidos en la acusación o aquellos que proponga la defensa «cuando opta por una teoría fáctica alternativa», así como los temas objeto de controversia o que hagan más o menos probable las circunstancias y credibilidad de otros medios, sin que lleve a dilaciones del proceso.

Si la solicitud de la prueba de interés común, tratándose de testimonios, se hace con el único propósito de cuestionar su credibilidad, tal argumentación no satisface la exigencia de pertinencia, entre otras razones, porque el mismo objetivo puede suplirse con el contrainterrogatorio, lo cual la torna improcedente.

Aunque la Sala inicialmente sostuvo que la defensa, tratándose de pruebas de interés común, debía presentar una argumentación adicional de pertinencia, conducencia y utilidad a la expuesta por la fiscalía, en la actualidad se considera que el examen directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia.

Es decir que cuando la defensa solicita una prueba que ya ha sido requerida por la fiscalía, su examen directo «no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo», en orden a negar o condicionar su examen probatorio, pues inclusive se ha aceptado el decreto de prueba con homogeneidad de fundamentos de pertinencia entre la fiscalía y la defensa, entendiéndose que con su práctica buscan elementos distintos.

Tampoco resulta correcto que, por erigirse en una mala práctica, la defensa solicite condicionadamente el decreto a su favor de una prueba -que ya ha sido solicitada por la fiscalía- para examinarla de manera directa en el evento que el ente acusador renuncie a su práctica, porque basta que la parte justifique su pertinencia en el marco de su teoría del caso, para que el juez proceda a decidir lo que corresponda en relación con ella».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba común: si se hace con el único propósito de cuestionar la credibilidad de los testimonios, no satisface la exigencia de pertinencia y se torna improcedente

«En el presente asunto, los apelantes cuestionan, en lo general, que el Tribunal a quo no admitió ninguno de los testigos comunes que solicitaron para examinar de manera directa en el juicio oral.

Admiten, en este sentido, que su decreto -a favor de la Fiscalía- fue acertado, pero sienten que todos tienen elementos adicionales que decir y que muy seguramente no serán explorados en el interrogatorio adelantado por el ente acusador. Además, no quieren depender de su contraparte en el juicio, pues ésta podría desistir de la práctica probatoria y dejar sin evidencias a la defensa.

[...]

De lo anterior, se observa que la pertinencia de los testimonios de JJCE, JAGC, GEZD, HBB, LMJM, CAR y DAQA, recae en que todos éstos, de

una u otra manera, niegan las manifestaciones consignadas en las entrevistas rendidas ante la investigadora de Policía Judicial, PV.

Ahora bien, ello supone que el único propósito para tenerlos como prueba directa es cuestionar, en últimas, la credibilidad de su propia entrevista.

No obstante, tal argumentación no satisface la exigencia de pertinencia, entre otras razones, porque lo relevante a efectos del proceso penal, en virtud de la inmediatez de la prueba y la prohibición de la permanencia de ésta, es justamente lo que la persona declare durante el juicio y, en este sentido, las contradicciones en que pueda incurrir con entrevistas previas pueden, como bien dijo el a quo, suplirse con el contrainterrogatorio. Ello incluye, incluso, el hecho de que comparezcan coaccionados al juicio»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: solicitud, cuando ambas partes la requieren como prueba directa, acreditada la conducencia, pertinencia y utilidad por los sujetos, se decreta para ambas partes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba común: no se le pueden hacer exigencias adicionales a la defensa para su solicitud

«[...] los testimonios de JJCE, JAGC, CSA, VLC, AJCG, JAAM, JCNC, SBA, HLG, AJV y JCUP.

Es cierto que los defensores solicitantes, como admitió el a quo, plantearon argumentos similares -al menos desde el punto de vista terminológico- a los de la Fiscalía para justificar la relación de cada uno de los elementos postulados con los hechos objeto de investigación (pertinencia), su respectiva aptitud legal para formar el conocimiento (conducencia) y el interés que reportan al objeto de debate (utilidad).

De hecho, el Tribunal admitió que todo ello se cumplió, pero que, en general, la defensa, tratándose de pruebas de interés común, debía presentar una argumentación adicional a la expuesta por la fiscalía.

No obstante, como se vio antes, en la actualidad se considera que el examen directo de una prueba se justifica en razón a que ambas partes persiguen objetivos antagónicos: la una de responsabilidad y la otra de inocencia.

Por ende, si se reconoce que la práctica de los medios probatorios es pertinente, conducente y

útil -como así sucedió-, ya que está plenamente delimitada en la teoría alterna que sustenta la estrategia de la bancada defensiva, su examen directo «no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo»

Por el contrario, incluso siendo argumentaciones similares u homogéneas, se entiende con facilidad que la fiscalía y los defensores, con su práctica, buscan elementos distintos»

RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal: revoca providencia / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: revoca y decreta la prueba común

«Bajo este panorama, se revocará la decisión apelada en este aspecto y se decretarán las pruebas anotadas en este numeral.

No sobra reiterar, en todo caso, que, aunque los testimonios de JJCE y JAGC fueron solicitados varias veces, por diversos defensores, las argumentaciones que resultan formalmente válidas y que, en consecuencia, se admiten, fueron las ofrecidas por el apoderado de RPM -frente al primero- y la defensa de EJCB -con relación al segundo, con lo que es a ellos quienes les serán decretadas, de manera exclusiva».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia de control de legalidad posterior: Trámite / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de control de legalidad posterior: término para su adelantamiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: no se configura, cuando la audiencia de control de legalidad posterior no se llevó a cabo, en el término dispuesto, por circunstancias atribuibles a la defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: no se configura, cuando su obtención no implica vulneración de derechos fundamentales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Exclusión de la prueba: contra el auto que decide la exclusión procede el recurso de apelación

«Como se vio antes, los defensores de EJCB y RPM, en términos similares, solicitaron que se excluyeran los resultados de las interceptaciones telefónicas solicitadas como prueba por la Fiscalía, debido a que el control posterior sobre éstos solamente se realizó el 5 de marzo de 2018, esto es, cuatro meses después de la fecha en que debía darse, contrariando lo dispuesto en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, antes de analizar el asunto en cuestión, es necesario reiterar que el Tribunal, en la parte resolutive del auto apelado, separó en dos lo concerniente a dicho medio de prueba. En el numeral primero admitió su práctica y, en el segundo, negó la petición de exclusión elevada por los defensores.

No obstante, aunque lo hubiera resuelto de manera independiente, ello, realmente, no significa que se trate de dos decisiones separadas, pues, al admitir la práctica, se entiende que no se excluirían.

Ha de aclararse, sin embargo, que aun cuando el Tribunal admitió el decreto del medio probatorio, el recurso de apelación es procedente, pues como tiene dicho la Sala, «el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia o decide el rechazo por indebido descubrimiento probatorio admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido» (Cfr. CSJ AP1253 - 2023; CSJ AP1392 - 2021 y CSJ AP1403 - 2019, entre muchas otras).

Por consiguiente, como el Tribunal concedió el recurso de alzada contra el numeral segundo de la parte resolutive y su contenido, evidentemente, no fue analizado en el auto CSJ AP5395, 11 nov. 2022, Rad.: 62487 por cuyo medio se decidió el recurso de queja, pues éste se centró en la procedencia del recurso de apelación frente a lo resuelto en el numeral primero, referente a lo solicitado por la Fiscalía, esta Corporación entrará a resolver lo pertinente.

Con esto en mente, debe recordarse que el a quo reconoció, a grandes rasgos, que es cierto que la audiencia de control posterior no se llevó a cabo dentro de las 24 horas requeridas en el artículo que echan de menos los defensores, pero que ello no suponía la necesidad automática de excluir el medio de prueba, por las siguientes dos razones:

- i) La fiscalía sí cumplió con el requisito exigido, en cuanto a que solicitó la audiencia de control posterior en el término establecido, siendo programada en éste; y
- ii) Pese a que la audiencia no se pudo celebrar en la fecha programada originalmente, el retraso se dio por «la inasistencia de algunos de los abogados de la defensa».

Frente a esos especiales puntos les correspondía a los recurrentes demostrar el yerro en el que habría incurrido el Tribunal en su decisión.

Por su parte, en la apelación, la defensa de EJB reiteró, en términos generales, que se dio un

incumplimiento de los términos dispuestos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, ya que el medio de prueba en cuestión no fue objeto de control posterior dentro del plazo de 24 horas correspondiente.

5.2 Sobre el particular la Sala ha señalado:

“En relación con el momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de las veinticuatro (24) horas, se ha sostenido generosamente por algunos intérpretes que debe serlo a partir del momento de la presentación del informe al fiscal por parte de las unidades policiales que intervinieron en el procedimiento, en el entendido de que el querer del legislador cuando dispuso la reducción del término, fue que a las 24 horas se sumaran las doce (12) de que dispone la policía para la presentación del informe, para un total de treinta y seis (36).

La Corte no participa de esta interpretación. El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.

Si el legislador hubiera querido que las veinticuatro horas se contaran desde la presentación del informe, lo habría consignado expresamente, pero no lo hizo, y no se advierte de qué manera puedan ser racionalmente equiparados estos dos momentos, que el propio artículo 228 se encarga de diferenciar, al sostener que “terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las 12 horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo”, de donde surge claro que uno es el momento de la terminación de la diligencia, y otro muy distinto el de rendición del informe.

Además, el querer del legislador cuando decidió modificar el contenido del artículo original del proyecto para fijar en veinticuatro (24) horas el término dentro del cual debía realizarse la audiencia de control, fue claramente el de reducir el término inicialmente previsto en la norma (36 horas), según se desprende de las constancias

dejadas en la presentación del informe para primer debate ante el Senado, a la cuales ya se hizo mención, y no el de mantenerlo, como equivocadamente se ha querido hacer aparecer por quienes sostienen que a dicho término deben sumarse las doce (12) horas que el artículo 228 prevé para la presentación del informe”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-014 de 2018 precisó que el referido término de 24 horas resultaba compatible con la Constitución Política de Colombia, [...]

Esta postura fue recientemente citada y adoptada por esta Corporación en la sentencia CSJ SP052, 22 feb. 2023, Rad.: 60460.

Ahora bien, la defensa de EJCB respalda la exclusión de los precitados elementos materiales probatorios en que “si no concurrieron los abogados que para tales calendas se unían como defensores de los coacusados, para ello existe el Sistema Nacional de defensoría pública inmanente al sistema procesal penal acusatorio”.

No tienen razón en esa alegación los apelantes. La Fiscalía atendió la carga que le correspondía, esto es, dentro del plazo de 24 horas siguientes a la recepción del informe de policía judicial, solicitó que se llevara a cabo el correspondiente control judicial posterior a las interceptaciones cuya exclusión se deprecia.

No fue la inactividad de la parte que pidió legalizar la prueba la que derivó en la superación de ese plazo. Se trató, en verdad, de una situación ajena a sus competencias y más bien, atribuible a la bancada defensiva, pues además de la imposibilidad de tramitar la audiencia inicialmente convocada, se debió reprogramar aquella diligencia en múltiples oportunidades, todas, por cuenta de que los defensores que para aquel momento representaban los intereses de algunos de los procesados no concurrieron a la audiencia preliminar.

Por esa vía, mal podría predicarse la exclusión del medio de convicción bajo la cláusula a la que se refieren los arts. 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004 cuando fue la defensa quien propició las circunstancias que impidieron el cabal desarrollo de la diligencia dentro del término correspondiente. Tampoco puede endosarse la consecuencia jurídica de aquella acción a la contraparte o reprochar la designación de nuevos defensores cuando en verdad pudo tratarse de una maniobra dilatoria encaminada, justamente, a obtener la exclusión

del medio probatorio.

Y mas allá de la razón que soporta la aplicación de la cláusula de exclusión, que se origina en la incuria de la defensa, no explicaron los apelantes que en verdad el medio de convicción hubiese sido obtenido con violación de garantías fundamentales como para que por esa vía sí fuese perentoria su exclusión, contrario a lo que advierte ahora la Corte, en sintonía con las razones expuestas en la decisión controvertida que, por consiguiente, habrá de confirmarse en ese aspecto.

De otra parte, la defensa de RPM reclamó, en la apelación, que, además de acompañar el primer fundamento central de la solicitud de exclusión, también discutió que ante el Tribunal alegó que en la audiencia de control posterior, la Fiscalía «no facilitó el acceso a la información que se solicitaba para ejercitar la defensa» pero el

Tribunal no se manifestó al respecto.

Esa alegación, no obstante, no se acompasa a la realidad del proceso, pues el Tribunal sí le dio respuesta a su requerimiento, aunque de manera amplia, [...]

Con esto, aunque no haya hecho énfasis puntual en cuanto atañe al trámite surtido en la audiencia preliminar celebrada el 5 de marzo de 2018, es claro que no accedió a la petición de exclusión probatoria luego de descartar que el medio controvertido fuera violatorio de alguno de los derechos fundamentales de los procesados.

Dicho argumento, como sucedía en el acápite inmediatamente anterior, no fue controvertido y, por ende, no hay razón para revocar la determinación adoptada al respecto en primera instancia».



Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

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