



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Octubre 22 de 2021 n.º 09

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>

MOTIVACIÓN - Constituye deber de la judicatura resolver los problemas jurídicos que se someten a su consideración

Al resolver un recurso de apelación contra la negativa de invalidar un allanamiento a cargos, la Sala ratifica el deber del juez de resolver cada una de los motivos de impugnación propuestos por el recurrente, de no hacerlo se violan garantías que determinan la nulidad del fallo.

AP4541-2021(59902) del 29/09/2021

Magistrado Ponente:

GERSON CHAVERRA CASTRO

RESUMEN DE LOS HECHOS (por la relatoría):

En ejercicio de sus funciones como Juez 4º Laboral del Circuito de Barranquilla el doctor ALNI falló varios procesos contra el Patrimonio Económico de Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y el Instituto de los Seguros Sociales (ISS), donde se reconocieron emolumentos que no debían pagarse por haber sido cancelados oportunamente, no tener el derecho o haber hecho tránsito a cosa juzgada a favor de Colpensiones y el ISS.

la Sala resuelve el recurso de apelación contra la negativa de nulidad del allanamiento a cargos efectuado por el procesado.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DECISIONES JUDICIALES - Motivación: debida argumentación, garantiza los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, impugnación y doble instancia que hacen parte del debido proceso / **MOTIVACIÓN**

DE LAS DECISIONES JUDICIALES - Requisitos / **DECISIONES JUDICIALES** - Defectos de motivación: modalidades, ausencia absoluta, motivación incompleta o deficiente, ambigua, ambivalente o dilógica, motivación sofisticada, aparente o falsa

El primer postulado, entraña singular importancia, pues se relaciona con la **adecuada motivación de las providencias judiciales**, como **deber legal de los funcionarios**, en tanto corresponde a una garantía fundamental inherente al debido proceso, misma consagrada a favor de las partes e intervinientes, con el fin que a partir de la exposición clara e íntegra de los argumentos de orden fáctico, jurídico y probatorio, su sustento permita el ejercicio pleno de contradicción como componente del derecho de defensa.

[...]

[...] el artículo 162 de la Ley 906 de 2004 determina los requisitos que deben contener las sentencias y los autos, entre otros: la **fundamentación fáctica, probatoria y jurídica** con indicación de los motivos de estimación y desestimación originados en el debate, así como la decisión frente a la solicitud invocada, en **términos claros y concretos** que permitan su eventual control posterior.

De tal manera, la motivación de las providencias es una actividad sensible en el proceso, **cuyos defectos**, sin duda, **repercuten en los derechos y garantías de los intervinientes**, sin que nada justifique la restricción derivada de la ausencia de motivos en la determinación, pues no solo socaba el debido proceso, sino además impide el derecho de defensa y limita la posibilidad de manifestar su inconformidad.

[...]

En cuanto a los defectos en la motivación de las decisiones, la Sala ha identificado cuatro significativas situaciones: **(i) ausencia absoluta**

de motivación, por no haberse consignado los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya; **(ii) motivación incompleta o deficiente**, configurada cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre algunos de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto, impidiendo saber cuál es el soporte de la decisión; **(iii) motivación ambigua, ambivalente o dilógica**, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto de hacer imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, **(iv) motivación sofisticada, aparente o falsa**, surge cuando el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad que exhibe el proceso, construye una realidad diferente y se llega a conclusiones abiertamente equívocas.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación: competencia limitada del superior, asuntos inescindiblemente vinculados, por mandato constitucional también aplica a la Ley 906 de 2004 / **RECURSO DE APELACIÓN** - Competencia limitada del superior: no puede agregar o complementar los argumentos del inferior cuando es evidente la ausencia de motivación

[...] en lo que hace al segundo postulado, esto es, el de **limitación del superior** para desatar la apelación, se constituye, igualmente, en una garantía en favor del sujeto procesal apelante, en la medida en que, conociendo la solución a su pretensión, decide cuestionarla en búsqueda de una reconsideración, en sede de la cual, **el funcionario superior estará atado a los argumentos de censura** y a cuanto a todo aquello que esté inescindiblemente vinculado con ella.

A ese respecto, habrá de indicarse, si bien en el sistema procesal consagrado en la Ley 906 de 2004, no se condensa una norma que de forma específica regule la competencia funcional del superior para resolver el recurso de apelación, en cuanto a los límites del debate fijados en la censura y a los que se relacionen intrínsecamente con su objeto, **tal principio descansa en el contenido del artículo 31 de la Constitución Política**, en virtud del cual, la segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos referidos por el recurrente como

oposición, pero **no en el estudio de aspectos no contemplados en el recurso**, salvo advierta la violación de garantías fundamentales que lo obliguen a intervenir para salvaguardarlas.

Esa constituye una barrera estricta frente al ámbito de competencia del superior que, **en modo alguno, podrá corregir, subsanar o enmendar las deficiencias argumentativas del inferior** o ajustar el proceso a la legalidad derivado de la irregularidad, vacío u omisión verificado en el trámite, so pena de afectar la garantía de la doble instancia.

De acuerdo con lo anterior, el marco de la competencia funcional del operador en su quehacer frente al recurso de apelación, está circunscrito al punto apelado, pues ese conforma los claros límites del pronunciamiento que desata la alzada.

[...]

[...] **no se trata de prohibir** al superior exprese **argumentos adicionales** a los señalados por el funcionario de primer grado, sino, que **no debe agregar o complementar los argumentos del inferior** excediendo el principio de limitación, **cuando es evidente la ausencia de motivación**, en tanto quebranta el derecho a la doble instancia, habida cuenta que, **ante la inexistencia de cualquier fundamento fáctico, jurídico y probatorio** en la decisión de primer grado sobre el asunto en cuestión, **se incurre en un vicio de estructura que afecta la validez del trámite judicial**, sólo susceptible de ser reparado por quien omitió cumplir con el deber de resolver y motivar conforme a la propuesta de los sujetos procesales, incluidas todas sus postulaciones.

DECISIONES JUDICIALES - Motivación: constituye deber de la judicatura resolver los problemas jurídicos que se someten a su pronunciamiento / **NULIDAD** - Falta de motivación: carencia absoluta de argumentación / **RECURSO DE APELACIÓN** - Competencia limitada del superior: no puede agregar o complementar los argumentos del inferior cuando es evidente la ausencia de motivación

Por considerar absolutamente pertinente de cara a la decisión a adoptar, la Sala debe recordar que, **en el curso de la audiencia de verificación del allanamiento** a cargos efectuado por ALNI, **se**

solicitó por la defensa se declarara la nulidad de dicho trámite.

Tal pedimento **lo fundó el defensor en tres presupuestos** a saber: i.) vicio en el consentimiento, por estado de enajenación mental del procesado e intimidación o coacción efectuada por el Fiscal para que éste accediera a la aceptación de cargos; ii.) en la ausencia de prueba mínima para condenar; y iii.) como solución frente a las “irregularidades” del escrito de acusación.

[...]

El Tribunal limitó el análisis de la solicitud de nulidad, al problema jurídico que identificó, según el entendido que le dio a la postulación de la defensa, así: *“su prohijado no estuvo bien asesorado en la etapa preliminar de allanamiento a cargos, existen vicios del consentimiento por una supuesta enajenación mental y por coacción psicológica de la Fiscalía”*

[...]

[...] **concluyó inadmisibile la solicitud de nulidad** al allanamiento a cargos efectuado por el imputado NI, en lo que hace a los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, cohecho por dar u ofrecer y fraude procesal, y así, lo dispuso en la parte resolutive de su determinación.

vi.) Sin embargo, tras advertir que la aceptación de cargos frente al delito de peculado por apropiación, se realizó sin el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, declaró la nulidad parcial del allanamiento exclusivamente frente al referido punible.

vii.) **No obstante, basarse el pedido de nulidad en otros presupuestos**, esto es, la ausencia de prueba mínima para condenar e irregularidades en el escrito de acusación, **tales aristas no se incluyeron en el problema jurídico resuelto** y, por consiguiente, **no fueron objeto de pronunciamiento alguno por parte del Juez Colegiado.**

Por manera que, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla **no hizo pronunciamiento íntegro frente a lo pedido.** Dicho de otra manera, **incurrió en una falta absoluta de motivación**, puesto que, de ningún modo se refirió a los demás factores integrantes de la solicitud invalidatoria y la

resolvió sobre solo una de las causales argumentadas.

[...]

No siendo suficiente lo anterior, se tiene que, a la notificación del referido proveído, **el defensor acudió a los recursos de reposición** y el subsidiario de apelación expresamente: *“en cuanto a la decisión relacionada con el concierto para delinquir, los prevaricatos y el cohecho”*, en cuya sustentación nuevamente argumentó sobre los mismos aspectos, esto es, la ausencia de prueba mínima para condenar. Reiteró enfáticamente los contenidos inicialmente señalados en su propuesta e insistió, por vía de la reposición, se revocara la negativa impartida a su petición de nulidad del allanamiento a cargos frente a los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, cohecho por dar y ofrecer y fraude procesal, en tanto que, por estar de acuerdo con la declaratoria de nulidad parcial con relación al delito de peculado por apropiación -numeral 2º-, pidió se confirmara.

A pesar de ello, se tiene que, **por segunda vez** su pedido fundado en los argumentos reiterados, **el Tribunal** en su determinación expedida el 28 de junio del presente año, **tampoco los tuvo en cuenta, ni subsanó la omisión** cuando respondió la impugnación a la que acudieron el Fiscal y la Representante del Ministerio Público, para solicitar reconsiderara la nulidad parcial decretada frente al delito de peculado por apropiación [...]

[...]

Actuación que, sin justificación **afectó de manera cierta y real las garantías de las partes** a las cuales **les asiste el derecho a una respuesta.** A su vez socavó las bases fundamentales del debido proceso, evidenciando el **incumplimiento de los deberes funcionales del operador de justicia**, quien por mandato constitucional ha de emitir el pronunciamiento que atienda favorable o negativamente las solicitudes elevadas por las partes.

Tal postura desconoce los lineamientos de los artículos 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales ...”* y 229. *“Se garantiza el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia...”* de la Constitución Política;162. *“Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos ...”* y 457. *“Es causal de nulidad la*

violación del derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales...” de la Ley 906 de 2004, de los cuales se advierte que, el funcionario judicial está llamado a responder de forma clara, precisa e inequívoca las pretensiones de las partes, expresando de manera concreta los fundamentos de la decisión, a efectos de que los sujetos procesal tengan el insumo que les permita disentir o no de la determinación. Lo contrario, sin duda, limita el derecho de contradicción, debido proceso, doble instancia y acceso a la administración de justicia.

[...]

Tal falencia, **se observa estructura una irregularidad sustancial** trascendente al afectar las garantías fundamentales del proceso, por cuanto, ello **impide darle fin al debate propuesto**, en tanto **no es posible en sede de segunda instancia emitir un pronunciamiento sobre las solicitudes soslayadas por el operador de primer grado**, a riesgo de vulnerar el derecho a la doble instancia de la parte con

interés en un resultado favorable en su pretensión, como de quienes, de igual manera, se oponen a ella.

Por lo expuesto, tal como viene anunciado, **la Sala decretará la nulidad** del auto adiado 28 de abril de 2021, mediante el cual el Tribunal resolvió la solicitud de nulidad incoado por la defensa del procesado, así como la actuación subsiguiente, **a fin de que el a quo vuelva emitir pronunciamiento que atienda de forma clara, precisa y fundada todos los cargos** sustentó de la petición de invalidación, garantizando así, un adecuado ejercicio de los derechos de contradicción, defensa y acceso a la administración de justicia. Camino a seguir, según reiterado derrotero jurisprudencial de la Corporación, frente a asuntos que comportan problemas argumentativos similares al presente

(Texto resaltado por la Relatoría)

**LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA -
Improcedencia de rebajas punitivas del
artículo 199 de la Ley 1098: para su
aplicación es necesario que el acusado
conozca al momento de los hechos que la
víctima era un menor de edad**

Al resolver una demanda de casación la Sala ratifica la prohibición de conceder beneficios penales a los condenados por delitos contra menores de edad, de acuerdo al artículo 199 de la Ley 1098, sin embargo, ratifica el requisito de conocimiento de la minoría de edad del sujeto pasivo al momento de cometerse el delito, por parte del victimario, para que se pueda aplicar esta prohibición.

SP3955-2021(59206) del 08/09/2021

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El 7 de diciembre de 2017, aproximadamente a las 10:25 p.m., en la vía pública, sector de la [...] de la capital del país, DFLT, de 17 años de edad, portando un arma blanca, despojó de su teléfono celular a FACC y emprendió la huida.

FA, junto con JJRF, persiguió al joven y logró quitarle el puñal. Sin embargo, unos menores que acompañaban a DFLT rodearon al primero, recuperaron dicho elemento y aprovecharon para arrebatarle la chaqueta y la gorra, al tiempo que DFLT volvió a agredirlo. Instantes después, FA tomó de nuevo el arma y con ella embistió a DFLT hasta dejarlo herido en el piso.

FACC y JJRF fueron capturados más adelante por miembros de la Policía Nacional y DFLT, pese a ser trasladado al hospital de Kennedy, falleció al día siguiente

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Improcedencia de beneficios y mecanismos sustitutivos / **RESPONSABILIDAD OBJETIVA -** Prohibida en la legislación nacional / **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA -** Improcedencia

de rebajas punitivas del artículo 199 de la Ley 1098: para su aplicación es necesario que el acusado conociera que la víctima era un menor de edad

El Código de la Infancia y la Adolescencia prevé, en el artículo 3, que, para efectos de su aplicación, son titulares de derechos todas las personas menores de 18 años.

En el Título II, Capítulo Único, que se ocupa sobre los «*Procedimientos Especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos*», está ubicado el precepto 199 [...].

[...]

Su literalidad no ofrece duda en torno a que, cuando se esté ante la comisión de los delitos de «homicidio o lesiones personales, bajo modalidad dolosa, los atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro», se restringe cualquier concesión de subrogados o sustitutos penales si la víctima es menor de edad.

Ahora, aunque podría entenderse que la **mentada prohibición es plenamente operante solo con la constatación objetiva de la minoría de edad** del sujeto pasivo de la acción penal, lo cierto es que **no es así**.

En efecto, **en el derecho penal está proscrita la responsabilidad objetiva** o la responsabilidad por la mera producción del resultado. Por ende, para aplicar la referida restricción normativa **es forzoso comprobar que el sujeto activo tenía conocimiento previo sobre esa minoría de edad** o que ella era evidente o fácilmente constatable.

De no verificarse ello, su empleo es manifiestamente equivocado.

[...]

Los antedichos fundamentos jurisprudenciales se predicán, igualmente, frente a la proscripción del artículo 199 en comento, relacionada con la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional, así como la prisión domiciliaria.

Por consiguiente, al funcionario judicial le corresponde examinar la situación concreta a efectos de constatar si el inculcado tenía el conocimiento previo o potencial de la edad de la

víctima. De allí que, si no se comprueba esa conciencia en torno a que se estaba atentando contra la vida e integridad de un menor de edad, la referida limitante no puede operar y la situación habrá de analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Penal.

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

- Aplicación indebida: se configura / **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Falta de aplicación: se configura / **EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES** - Prohibición del artículo 199 de la Ley 1098: no aplica cuando se desconoce la minoría de edad de la víctima

[...] **el Tribunal**, al examinar las razones esgrimidas por el a quo para dar por probada la circunstancia de agravación punitiva endilgada a CC, tuvo por acreditadas tales circunstancias, esto es, **que el acusado no conocía la minoría de edad de la víctima** y que **tampoco era posible que la infiriera en razón a la contextura y fuerza** de DFLT.

Sin embargo, **al ocuparse sobre la suspensión de la ejecución de la pena** y la prisión domiciliaria, **decidió negarlas por razón de la restricción objetiva** establecida en el precepto 199 de la Ley 1098 de 2006.

Ese **razonamiento**, además de ofrecerse **claramente contradictorio**, constituye una **afrenta directa a la ley sustancial por aplicación indebida** del canon 199 en comento, derivada de su inadecuada interpretación, y la consiguiente **exclusión de los artículos 63 y 38B del Código Penal**.

[...]

Por ende, la Sala casará parcialmente la sentencia de segunda instancia, en el sentido de excluir la negativa de conceder a CC los «*subrogados y sustitutos*», por virtud de la aplicación objetiva del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Requisitos para concederla / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - (Ley 1709): arraigo, análisis / **PRISIÓN**

DOMICILIARIA - Sustitutiva de la prisión: procedencia

[...] lo procedente es entrar a verificar si se reúnen las condiciones establecidas en los cánones 63 y 38B del Código Penal para la concesión de la **suspensión de la ejecución de la pena** y la prisión domiciliaria de CC.

En lo que corresponde con la primera, **la Corte la negará porque en el sub examine no se cumple el primer requisito normativo**, en tanto la pena impuesta al enjuiciado supera los 4 años de prisión.

En lo que atañe con la **prisión domiciliaria**, se tiene que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En el caso de la especie, **la pena mínima** de prisión prevista para el delito cometido es de 66.66 meses, esto **es, menor de 8 años**.

De otra parte, **la conducta no se encuentra inscrita entre las señaladas en el artículo 68A** del Código Penal.

Ahora, frente al **arraigo**, que se relaciona con la existencia de un **vínculo objetivo del sentenciado con el lugar donde reside**, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, entre otros, **tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades**, la Sala advierte que esas circunstancias sí pueden predicarse de CC.

En efecto, aunque durante el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el Juez impidió que el defensor descubriera las condiciones personales y sociales del implicado, pues en su intervención lo interrumpió tras afirmar que la prohibición del canon 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia es «una presunción iure et de iure, es decir, de derecho, que no admite prueba en contrario, entonces, no genere ese debate porque no viene al caso», lo cierto es que, del plenario, se pueden extraer.

Su lugar de residencia, ocupación, estudios y teléfono, fueron exteriorizados de viva voz por el inculcado en la audiencia preliminar; así mismo, él reveló en juicio, cuando decidió renunciar a su derecho de guardar silencio, no haber tenido inconvenientes judiciales con anterioridad y, adicionalmente, se tiene que, antes de su aprehensión por razón de este proceso, residía con su esposa e hijo de 15 meses de edad, tal como lo consignó el perito psicólogo, FVT, en la evaluación y entrevista que le hiciera al procesado.

A partir de lo anterior y toda vez que no se cuenta con información que permita deducir que colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que eludirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, es notoria la procedencia de la prisión extramural de que trata el artículo 38B del Código Penal.

Para tal efecto, FACC deberá garantizar, mediante caución juratoria, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el numeral 4° del precepto 38B.

El acta de compromiso respectiva la suscribirá ante el Juzgado del conocimiento y se comunicará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC del lugar donde quedará recluido domiciliariamente para lo de su cargo.

(Texto resaltado por la Relatoría)

JUSTICIA TRANSICIONAL - Suspensión condicional de la ejecución de la pena

Con motivo del fallo de Casación la Sala estudia el cumplimiento de los requisitos especiales determinados en el Decreto 2601 de 2011, reglamentario de la Ley 1424 de 2010, para los

desmovilizados de las antiguas Autodefensas que no tenían poder de mando. Subsidiariamente analiza la procedencia de la figura a través de los requisitos ordinarios y oficiosamente la legalidad de la pena.

Para esto último, la Sala recuerda la obligación del juez de motivar de manera particular el sustento que debe acompañar la dosificación punitiva cuando el sentenciador decide alejarse del mínimo de pena dentro del cuarto elegido.

SP3805-2021(57836) del 18/08/2021

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS:

De conformidad con los fallos de primera y segunda instancia, DLPQ perteneció al Frente Vencedores del Sur, Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con operación en los municipios de Sabana y Santa Rosa (Santander); organización criminal en la que militó cumpliendo funciones de “*informante*” y/o “*campanera*”, reportando información acerca de los vehículos que llegaban a ciertos puntos de la zona, actividad por la que recibía remuneración de \$ 500.000.00 pesos mensuales.

Su desmovilización se produjo el 27 de enero de 2006, luego de 14 meses de militar en dicha agrupación ilícita.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JUSTICIA TRANSICIONAL - Normatividad / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial: su aplicación preferente no implica que el desmovilizado sólo tiene derecho a ese subrogado (Ley 1424 de 2010) / **JUSTICIA TRANSICIONAL** - Aplicación preferente: Ley 1424 de 2010, aplicación del régimen ordinario opera en forma subsidiaria

Del régimen ordinario de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

Como ya lo dilucidó la Sala en pretérita oportunidad, apoyada también en algunos apartes de la sentencia C-771 de 2011 de la Corte Constitucional, **la existencia del régimen especial y preferente de beneficios para desmovilizados** de las Autodefensas Unidas de Colombia, **no lleva aparejada la exclusión del régimen ordinario dispuesto por el Código**

Penal para el otorgamiento de subrogados. Lo que tampoco implica, la posibilidad de mezclar las exigencias de uno y otro régimen, por cuanto ello vulneraría el debido proceso.

La aplicación del régimen ordinario **opera en forma subsidiaria**, “*cuando el incumplimiento de los requisitos de rigor impide la concesión de los beneficios especiales (transicionales)*”.

JUSTICIA TRANSICIONAL - Suspensión condicional de la ejecución de la pena de carácter especial: su aplicación preferente no implica que el desmovilizado sólo tiene derecho a ese subrogado (Ley 1424 de 2010) / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Factor objetivo / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando la condena sea por concierto para delinquir agravado

[...] confrontadas las premisas fácticas demostradas, con la normativa ordinaria citada y que rige para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, **igualmente se concluye que para el caso de DLPQ, no concurren los presupuestos exigidos tanto por la norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de juzgamiento, como tampoco, aquellos introducidos con la modificación incorporada en el año 2014.**

En primer término, no cumple con la primera condición del artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, al superar la pena impuesta los 3 años o 36 meses de prisión.

Y en segundo lugar, **tampoco satisface las exigencias** introducidas a través de la Ley 1709 de 2014 (artículo 29), porque si bien la pena impuesta de 38 meses no supera los 4 años de prisión, al verificarse el tercer requisito, sí lo contraviene, **al estar incluido el punible de concierto para delinquir agravado en el catálogo de delitos contenidos en el artículo 68A del Código Penal** (modificado también por la citada Ley 1709) y que prohíbe la concesión de subrogados a los condenados, entre otros delitos, por el punible contra la seguridad pública mencionado.

Al igual que se consideró con los presupuestos establecidos por el régimen especial analizado, tratándose de las condiciones exigidas por el legislador a través del artículo 63 del Código

Penal para acceder a este tipo de beneficios, éstas son concurrentes, siendo por ello equivocado lo conceptuado por el Procurador Delegado, quien obvió lo dispuesto en el numeral 3° ibídem.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, **DLPQ no reúne**, tampoco, **los presupuestos para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena** a través del régimen ordinario, esto es, ni a través del artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, ni a través de la norma posterior que lo modificó.

Los cargos no prosperan.

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad de la pena / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Dosificación punitiva: gravedad de la conducta / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Motivación: carga argumentativa que debe cumplir el fallador si decide apartarse de la mínima sanción / **DOSIFICACION PUNITIVA** - El juez debe considerar la gravedad de la conducta para determinar si impone el mínimo o el máximo / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena

El proceso de individualización de las penas principales de prisión y multa no fue objeto de reproche a través del recurso extraordinario interpuesto. Sin embargo, revisado éste por la Sala, se concluye que el mismo **vulneró el principio de legalidad de las penas**, garantía fundamental que constitucionalmente rige para todo procesado.

Si bien la Juez de primera instancia fundamentó el proceso de individualización de la pena siguiendo los parámetros reglados por los incisos 1 y 2 del artículo 61 del Código Penal, esto es, fraccionando el ámbito punitivo en los cuartos a que hace referencia la norma y seleccionando aquél de menor rango en atención a la ausencia de atenuantes y agravantes, **prescindió de una correcta e integral ponderación de los aspectos prescritos por el inciso 3 ibídem** para determinar la pena.

Como se deduce del proceso argumentativo citado en el acápite de *“Trámite procesal y decisiones de instancia”*, correspondiente a la tasación de la pena en el fallo de primera instancia, **la juzgadora de primer grado**, ciertamente, a través de un discurso genérico acerca de una **gravedad implícita en todo grupo criminal** para el bien jurídico de la seguridad

pública y de una mención de los elementos que constituyen toda acción dolosa, así como también, tomando en consideración una cualidad propia del tipo penal del concierto para delinquir, como lo es la perdurabilidad en el tiempo, se apartó del mínimo de la pena establecida en el cuarto de movilidad previamente seleccionado (72 meses y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes – SMLMV–), **fijando la pena en 76 meses de prisión** y 2900 SMLMV.

Tratándose del proceso de individualización de la pena regulado concretamente en el inciso 3° del citado artículo 61, el legislador impuso al juzgador, en garantía de la legalidad y proporcionalidad de la sanción, **la carga de construir un proceso argumentativo que justifique la pena a imponer en cada caso concreto**, y que en todo caso, **debe ir más allá de la simple indicación de que se trata de una conducta grave**, que afectó determinados bienes jurídicos y que se realizó con la voluntad y el conocimiento de que la misma era constitutiva de infracción penal, y que por lo mismo existe una necesidad del cumplimiento de los fines de la pena.

Para ello, el funcionario judicial, de considerar ajustado apartarse del límite mínimo del ámbito de movilidad seleccionado, **debe remitirse al caso particular** objeto de juzgamiento y **con base en la conducta individualmente demostrada, precisar, justificar y/o motivar**, más allá de la genérica descripción típica del delito, **cuáles son esas circunstancias que dejan al descubierto**, en concreto, **esa mayor intensidad en la gravedad de la conducta** y que llevan al contrario, a incrementar la pena; cuál ha sido ese daño (real o potencial) causado y su trascendencia; las cualidades singulares de las causales que agravan la punibilidad (si las hay); y finalmente, **las peculiaridades que develan de manera inminente un dolo intenso** y que hacen necesaria la pena.

En el sub-iúdice, **habiendo sido la procesada un integrante raso** de las Autodefensas Unidas de Colombia, organización en la que **única y exclusivamente cumplió tareas de “campanera”**, dando aviso a otros integrantes de los vehículo que arribaban a ciertos puntos de la zona dominada por el frente al cual pertenecía; que **nunca utilizó armas de fuego**, ni las tuvo a su cargo; que **no participó de otros hechos delictivos**; y finalmente, que **ingresó al grupo**

ilegal motivada por su pareja sentimental que ya pertenecía a la asociación criminal, **no encuentra la Sala razones de peso para imponer una sanción más allá del límite mínimo** fijado por el legislador, dentro del cuarto mínimo del ámbito de movilidad de la pena acertadamente seleccionada por el a-quo, esto es, 6 años de prisión y 2000 SMLMV de multa. Como la procesada tiene derecho a la rebaja del 50% por aceptación de cargos, la pena final a imponer quedará en un total de tres (3) años de prisión y mil (1000) SMLM vigentes al momento de comisión del último acto del delito juzgado (27 de enero de 2006).

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se modificará igualmente, quedando por el mismo periodo de la pena privativa de la libertad.

Así las cosas, evidenciada la vulneración a la garantía fundamental de la legalidad y proporcionalidad de las penas, la Corte casará de oficio y parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de modificar la pena impuesta, para en su lugar condenar a DLPQ a las penas principales de tres (3) años de prisión y mil (1000) SMLM vigentes para el año 2006.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Procedencia / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo

Como consecuencia de la redosificación aquí realizada y teniendo en cuenta los presupuestos consagrados por el **artículo 63 original de la Ley 599 de 2000**, referidos al inicio de estas consideraciones, DLPQ se hace acreedora del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, toda vez que:

- la pena de prisión impuesta no excede los 3 años y
- de conformidad con la información allegada a la actuación, los antecedentes personales, sociales y familiares de la sentenciada, así como la modalidad y gravedad del delito por el cual ha sido juzgada, son indicativos de la no necesidad de la ejecución de la pena.

En efecto, de conformidad con la resolución de 27 de mayo de 2015, DLPQ, no sólo culminó exitosamente la ruta de reintegración, adelantando satisfactoriamente cada uno de los segmentos del plan de trabajo que la componen, sino que también, de acuerdo con la información remitida al Juzgado de primera instancia por la Agencia Colombiana para la Reintegración, ejecutó igualmente actividades de servicio social con la comunidad y carece de antecedentes judiciales y disciplinarios.

Además, de conformidad con documentación referida por la Agencia arriba mencionada en resolución de 18 de abril de 2016, DLPQ, luego de culminar la ruta de reintegración y/o desde diciembre de 2007, se domicilió en [...], ciudad donde **ha trabajado de manera lícita** como secretaria y estilista, haciéndose cargo de sus dos menores hijos, situaciones que acreditó a través de declaraciones ante notario, referencias laborales y personales, contratos de trabajo y su cédula de identidad como extranjera, de la República de [...].

Adicionalmente, la modalidad y gravedad del delito por el cual declaró su responsabilidad, tal como se analizó en precedencia, permiten concluir prescindibilidad de la pena.

Así, no existe en la foliatura, acreditación de situación alguna que impida afirmar que la procesada incumple con el segundo de los presupuestos exigidos por el artículo 63 original de la Ley 599 de 2000, para ser beneficiaria de la suspensión de la ejecución de la pena, la cual se otorgará por un periodo de tres (3) años, previo pago de caución prendaria por el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la suscripción de diligencia de compromiso en los términos reglados por el artículo 65 ibídem.

Transcurridos noventa (90) días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, sin que la procesada comparezca ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, este deberá proceder de conformidad como lo ordena el artículo 66, inciso segundo, del Código Penal, procediendo a ejecutar en forma inmediata esta sentencia.

(Texto resaltado por la Relatoría)

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Elementos: consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad

La Sala realiza un análisis de delito de falsedad ideológica en documento público y ratifica que este se configura cuando el servidor público consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su deber de verdad.

Ello al resolver un recurso de apelación contra el fallo absolutorio a favor de un fiscal acusado de consignar una falsedad en un “acta”, para cubrir su solicitud de entrega de parte de un dinero hallado en un predio objeto de allanamiento.

Por otra parte, se recuerda la prohibición para la fiscalía de elevar cargos alternativos o hipótesis factuales, ya que violan el derecho de defensa del procesado, entre otras garantías.

SP3419-2021(58837) del 11/08/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS:

De conformidad con lo consignado en el escrito de acusación, se tiene que por ocasión de diligencia de allanamiento y registro adelantada el día 1 de agosto de 2009 en un local comercial de propiedad de BAMR, a más de incautarse armas de fuego y municiones, se recogió la suma de \$18.182.000.

En curso de las correspondientes audiencias preliminares, fue legalizada la incautación del dinero, entre otras diligencias.

El asunto, después de realizadas las audiencias preliminares, le fue repartido, el 6 de agosto de 2009, al Fiscal 13 Seccional de Buenaventura, DHRT, quien radicó escrito de acusación por allanamiento a cargos el 18 de agosto de 2009, culminando la actuación en la instancia con emisión de fallo de condena por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura.

[...]

El 26 de octubre de 2009, DHRT ordenó compulsar copias con destino a la Fiscalía Especializada de Buenaventura, para que se diera inicio al trámite de extinción de dominio de la suma incautada, poniendo a disposición el dinero y dejando constancia de que “por razones de fuerza mayor NO SE LEGALIZÓ

INCAUTACIÓN ni imposición de medida jurídica de suspensión de poder dispositivo...”.

El trámite en cuestión culminó con la orden de devolver la suma incautada a su propietario, BM.

A la par, BMR presentó, el 4 de diciembre de 2009, denuncia penal en contra de DHRT, sustentada en que éste, directamente –en el mes de octubre de 2009, cuando el denunciante asistió a la oficina del funcionario- y por intermedio de su asistente REB –quien acudió a la vivienda del afectado dos semanas después-, le había solicitado el pago de la mitad del dinero incautado, a efectos de entregarle la suma restante sin mayores dilaciones.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Elementos: consignar una falsedad o callar total o parcialmente la verdad

El artículo 286 de la Ley 599 de 2000 consagra el delito de falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos: [...].

Dicho punible, ha precisado la Corte, tiene lugar cuando **se consignan declaraciones ajenas a la verdad**, caso en el cual el **documento verdadero en su forma y origen** (auténtico), **contiene afirmaciones falsas** sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos, pese a no haber ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.

Es necesario que tal instrumento pueda servir de prueba, condición sin la cual la conducta no supera el juicio de tipicidad objetiva.

La exigencia se sustenta en la necesidad social de asumir con confianza los documentos, dentro del tráfico jurídico común.

La falsedad ideológica se configura **cuando el servidor público** consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando **falta a su deber de verdad**, con efectos jurídicos, obligación propia de los servidores públicos, dada su facultad certificadora de la verdad, además de la presunción de autenticidad y veracidad de los documentos que expiden o en los cuales intervienen.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento: eventos en que la Fiscalía debe someter la diligencia a control de legalidad posterior / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Juez de Control de Garantías: legalización de la incautación de elementos materiales probatorios y evidencia física / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de control de legalidad posterior: se trata de una sola audiencia; legalización diligencia de allanamiento y registro y de la incautación de los elementos encontrados / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: alcance

En este asunto, se tiene por demostrado que **el Fiscal 13 Seccional RT elaboró un documento denominado “constancia”**, de fecha 26 de octubre de 2009. En él, el servidor público consignó:

*Como quiera que en el proceso de la incautación de armas y dinero por el valor de dieciocho millones trescientos diecinueve mil (\$18.319.000); **Por razón de fuerza mayor no se legalizó la incautación ni imposición de medida jurídica de suspensión del poder dispositivo**, se dispone compulsar copias con destino a la Unidad de Especializados DE Guadalajara de Buga para que se adelante proceso de EXTINCIÓN <sic> DEL DERECHO DE DOMINIO del citado dinero incautado y consignado número de depósito [...] del Banco Agrario de esta Municipalidad, según desprendible de fecha 26 de agosto de 2009, incautado en diligencia de registro y allanamiento efectuado por Policía Judicial para el día 1º de agosto del presente año en donde se tenía información que se almacenaban armas de corto y largo alcance así como munición de diferentes calibres.*

*Lo anterior, **como quiera que no se legalizó la incautación**, se hace **imposible jurídicamente practicar el comiso del citado dinero al interior de la investigación penal**, debiendo adoptarse la medida supletoria y autónoma de la extinción del derecho de DOMINIO en la que se condenó bajo sentencia 55 del juzgado tercero penal del circuito [...] al señor BAMR (...). Negrillas propias.*

[...]

Dentro del radicado [...], el 15 de julio de 2009, la policía judicial solicitó a la Fiscalía 2 Especializada de Buenaventura, que se impartiera **orden de registro y allanamiento** respecto de cuatro inmuebles ubicados en esta ciudad. Se manifestó haber obtenido información de fuente humana, relacionada con que en esos predios residían integrantes de bandas criminales dedicadas al servicio del narcotráfico

y, en ese sentido, que allí se almacenaban armas de fuego de corto y largo alcance.

La orden fue impartida por el entonces fiscal GAGÁ y la diligencia se materializó el 1 de agosto de 2009. De manera específica, se hizo allanamiento al inmueble ubicado en el barrio [...], primer piso, en el cual residía BAMR.

[...]

Además de tres cartuchos calibre 7,65, veintitrés cartuchos calibre 38 special, 2 cartuchos calibre 38 special, 2 cartuchos calibre 9 milímetros y veinticinco cartuchos calibre 12 milímetros. Finalmente, **se hallaron \$18.182.000** en efectivo, en billetes de todas las denominaciones, distribuidos en pequeñas cantidades a lo largo de todo el inmueble.

Sobre la base del hallazgo de los elementos balísticos, la policía judicial ejecutó la captura de BAMR, quien fue puesto a disposición de la fiscalía de la URI de Buenaventura, para la judicialización correspondiente.

Mediante formato de **la Fiscalía General de la Nación**, a las 14:08 horas del 2 de agosto de 2009, el fiscal RDSF **solicitó** la celebración de **audiencias preliminares de legalización de allanamiento y registro**, legalización de captura, formulación de imposición y solicitud de medida de aseguramiento, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas - artículo 366 del Código Penal -. El asunto le correspondió por reparto a la Juez 2 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buenaventura, quien inició las diligencias a las 03:09 p.m. del día en cuestión.

[...]

El delegado fue insistente al indicar que, para esa época, **era habitual solicitar la incautación de elementos dentro de la petición de legalización de registro y allanamiento**. De hecho, explicó que hoy en día esa tarea es mucho más complicada, pero que en aquel entonces era simple. En ese sentido, agregó, él entendió que **el pronunciamiento de la judicatura en punto de la legalidad de la diligencia de allanamiento había comprendido también la de la incautación de elementos**, en la medida en que se hizo alusión a todos aquéllos que fueron encontrados.

En esa diligencia participaron tanto el delegado de la Fiscalía como quien en ese entonces ejercía

la defensa técnica de MR, el abogado EEEEC, quienes manifestaron estar de acuerdo con la decisión adoptada por la juez de garantías.

[...]

Ahora, en sus consideraciones nada **dijo el Tribunal acerca de la posición jurisprudencial vigente para esa época**, contenida en la sentencia CSJ 28535 del 9 de abril de 2009*. En la ocasión referenciada, la Corte estudió la demanda de casación presentada en contra de una sentencia condenatoria y, en particular, frente al argumento del defensor del procesado, de conformidad **con el cual la Fiscalía incumplió con su deber de legalizar la evidencia que fue incautada en el contexto de una diligencia de allanamiento y registro**, la Sala explicó:

El control de legalidad sobre lo actuado, a que se refiere el artículo 237, debe entenderse comprensivo de todo el procedimiento adelantado, es decir, de la actuación cumplida desde que se inicia el proceso hasta que termina, lo cual incluye la orden, como lo aclaró de manera expresa el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, el allanamiento (penetración y aseguramiento del lugar), el registro, y desde luego, la recolección de los elementos materiales y evidencia física hallados.

[...]

A partir de tal precedente, lo que se destaca es que, **para agosto de 2009 existía un pronunciamiento del tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, acerca de la naturaleza unitaria de la legalización del procedimiento de allanamiento y registro y la incautación de elementos**, como resultado de ese procedimiento.

Se debe partir del hecho que, **como lo dijo el Fiscal SF en juicio, él asumió que el pronunciamiento de la judicatura abarcaba también la incautación de los elementos**, razón por la cual no recurrió ni en manera alguna manifestó su oposición a la decisión que adoptó la juez de control de garantías en esa fecha.

[...]

De este análisis se derivan dos conclusiones: (i) que, contrario a lo dicho por la defensa, **no era completamente ajeno al buen criterio jurídico considerar**, para agosto de 2009, **que la legalidad del procedimiento de registro** en el

cual se incautaron elementos, **comprendía también la licitud de esa incautación.**

Se aclara que este no es un juicio de valor acerca de la idoneidad del argumento o su vigencia en el escenario jurisprudencial y legal actual, sino una observación acerca del contexto jurídico en el cual debieron haberse desenvuelto los actores que intervinieron dentro del proceso que se adelantó en contra de BAMR.

(ii) que hasta ese momento -el instante en el que se profirió la sentencia condenatoria- **no se advirtieron conductas de parte de RT que pusieran en evidencia que su criterio era distinto al ya exhibido por el fiscal SF** en la audiencia del 2 de agosto de 2009.

La conclusión a la que llega la Corte no puede ser otra distinta a que, **para el 2 de agosto de 2009, quedó en firme una decisión que materialmente legalizó la incautación de los elementos encontrados**, con ocasión de la diligencia de allanamiento y registro practicada en la residencia de BAMR, y que, **como abogado en ejercicio y funcionario activo de la Fiscalía General de la Nación, RT estaba en condiciones de conocer ese criterio.**

En efecto, si la Corte tenía decantado para esa época que las diligencias eran una sola, que la Fiscalía haya efectuado la solicitud y la judicatura hubiese impartido su aprobación, supone que, desde esa perspectiva, se impartió aprobación integral al procedimiento restrictivo de los derechos adelantado por el ente de persecución.

Así, **desde la óptica** netamente objetiva, **el contenido de la constancia** del 26 de octubre de 2009, elaborada por RT “*en ejercicio de sus funciones*”, **es contraria a la realidad**, en lo que atiende a la referencia **en la cual de forma expresa se sostiene que la incautación del dinero no fue objeto de legalización**; junto con su adenda, en la cual se sostiene que se materializan razones de fuerza mayor que le impidieron actuar en consecuencia.

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Dolo: demostración / **FUNCIONARIO JUDICIAL** - Conocimientos básicos de derecho / **DOCUMENTO PÚBLICO** - Presunción de autenticidad / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - Se configura

Sin que lo anotado presuponga un juicio anticipado acerca de la acreditación del tipo penal de prevaricato por omisión, es evidente para la Sala que **un Fiscal**, con las cualificaciones y experiencia ostentadas por RTA, tenía que advertir que **si no se obligaba**, tal cual adujo el funcionario que acudió a la audiencia de legalización del allanamiento, **imponer alguna medida cautelar al bien** (ya el procesado contaba con la información atinente a que la diligencia se fundó en buscar armas y que en el sitio operaba una tienda, lo que justificaba la presencia del dinero), para el caso, en cuantía de más de dieciocho millones de pesos, **era necesario hacer la devolución del mismo**.

Que no lo haya hecho, y que solo haya alegado la omisión de ese acto procesal casi tres meses después de ocurrida la aprehensión del dinero, informa de un actuar cuando menos ajeno a su función, sin que nada justifique seguir en poder de la alta suma.

[...]

De otro lado, es importante resaltar que, **aunque se mencionaron las armas en la constancia expedida por el acusado, respecto de éstas no se advirtió ninguna ilegalidad en su incautación o la legalización, pese a encontrarse en las mismas condiciones del dinero**. Por el contrario, como ya se explicó, esos elementos fueron objeto de comiso en la sentencia condenatoria proferida en contra de BAMR, **refutando lo dicho en la constancia respecto a que esa figura resultaba jurídicamente imposible**, dada la no legalización de la incautación.

Además de lo señalado, es importante añadir que **la falsedad se ve exacerbada** por la alusión a que la no legalización ocurrió *“por razón de fuerza mayor”*.

En este sentido, **RT argumentó que** resultaba *“evidente”* que **la alusión a la fuerza mayor había sido un error**, no un actuar doloso de su parte. **Esta aseveración** es problemática y **no puede ser de recibo para la Sala**, por las siguientes razones:

Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito están en la base de la formación de cualquier abogado. El concepto de fuerza mayor es importante para el estudio de las teorías acerca de la responsabilidad, desde las diferentes especialidades jurídicas, y su adecuado manejo es esencial para el ejercicio de cualquier oficio,

pero especialmente para aquellos que buscan la atribución de resultados antijurídicos, como es el caso de los fiscales.

Lo anotado, para significar que **no es posible**, dentro de límites adecuados de razonabilidad, **alegar un simple error respecto de la constancia** en la cual, precisamente, el funcionario busca explicar por qué permaneció tanto tiempo en poder del dinero, en tanto, huelga reseñar, **la explicación debería operar**, necesariamente, **dentro de límites jurídicos o fácticos**, de lo cual surge que, al considerar trascendentes los segundos, de ninguna manera podía el procesado aducir los primeros, dada su innegable diferencia.

Nada explica, así, por qué el procesado debería, sin soporte ninguno, referirse a una fuerza mayor que, por lo demás, dada su amplitud, bien poco termina señalando en torno de la razón concreta que generó el amplio lapso en poder del dinero.

Se repite, si de verdad el funcionario consideró que la supuesta falta de legalización de la incautación había generado alguna especie de cuello de botella que ocasionó completa inactividad con relación al dinero incautado, pues, sencillamente, así lo habría consignado en la referida constancia, en lugar de remitir a una fuerza mayor completamente ajena al caso.

En este sentido, ya dentro del plano material, es lo cierto que los documentos públicos gozan de presunción de autenticidad, para efectos jurídicos, mientras que, desde una perspectiva práctica, generan cierto tipo de confianza en las manifestaciones que se efectúan. La constancia del 26 de octubre de 2009 cuenta con el sello de la Fiscalía General de la Nación, está elaborado en un formato de la entidad pública y es firmada por quien se identifica como el fiscal 13 de la unidad 76 de Buenaventura, Valle.

Consignar la ocurrencia de una fuerza mayor como causa que justifica la no realización de una actividad a la que el servidor público estaba obligado, **bastaría para generar efectos jurídicos lesivos**, no solo respecto de los intereses de la administración de justicia, sino de quienes eran titulares del dinero que, específicamente en ese momento procesal, se determinaban como sus legales propietarios.

Entiende la Sala, aunque el tópico se precisará al momento de examinar el delito de concusión, que la razón por la cual el funcionario expidió la constancia de contenido falso en cuestión,

estriba en la necesidad de justificar la razón por la que –sin soporte legal para ello- permaneció en poder del dinero por un lapso bastante amplio, a la espera de hacer efectiva su solicitud concusionaria.

Aquí radica el dolo del actuar contra derecho, en tanto, verificado que, en efecto, dentro de un plano objetivo, el escrito oficial consigna evidentes falsedades y, además, resulta lesivo del bien jurídico tutelado, **lo allí consignado no opera fruto de alguna suerte de lapsus del acusado**, sino de su directo **conocimiento de la mendacidad y voluntad dirigida a materializarla**.

La conclusión es, entonces, diametralmente opuesta a la propugnada por la sala mayoritaria del Tribunal, pues la existencia del contenido espurio y la autoría de RT en la confección de la certificación, emergen evidentes y **obligan a la Sala a revocar el proveído de primera instancia para, en su lugar, emitir condena por el delito contra la fe pública**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Cargos alternativos: concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Cargos alternativos: la fiscalía no puede imputarlos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Cargos alternativos: resultan contrarios a los fines de la imputación / **DERECHO DE DEFENSA** - Se vulnera / **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Tipicidad objetiva: requiere integrar la descripción típica con la norma que impone el deber funcional

[...] el fundamento del señalamiento hecho en contra de RT, por el delito en comento, yace en que, después de su incautación, la suma de dinero hallada en la residencia de BAMR fue puesta a disposición de este funcionario, quien no solo asumió un rol de garantía frente a los intereses de la administración de justicia, sino respecto de los derechos del mismo ciudadano que, en ese entonces, fue destinatario de la acción penal.

En la acusación se puso de presente que el señalamiento por esta conducta se hacía sobre la base de tres hipótesis, referenciadas expresamente como **alternativas** y conjuntas: primero, **que RT omitió pedir en audiencia preliminar**, ante el juez de control de garantías, la suspensión del poder dispositivo; segundo, **que prescindió devolver el valor incautado**,

previo a la presentación del escrito de acusación, y, tercero, **que retardó compulsar copias para el inicio de la acción de extinción de dominio** correspondiente.

[...]

En la providencia SP2042 de 2019 (rad.51007), al estudiar los “*finés que cumple la imputación en el modelo procesal previsto en la Ley 906 de 2004*”, esta Corporación hizo la siguiente apreciación:

Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto o estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal o en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad o para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues **lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes**.

Presentar hipótesis factuales alternativas resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

Este postulado interpretativo emerge trascendente para el caso de autos, en la medida en que es indicativo de cuáles deben ser las bases de la imputación fáctica para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Retomando el asunto concretamente sometido al conocimiento de la Corte, nótese que **la Fiscalía propuso tres alternativas fácticas distintas como presupuesto de la pretensión punitiva del Estado**. Estas hipótesis fueron el derrotero del ejercicio de los interrogatorios cruzados ejercidos en el juicio, también se incluyeron en el planteamiento de los alegatos de cierre y,

finalmente, se detallaron en el recurso de apelación.

Para la Sala resulta evidente que **el ente de persecución llegó al juicio** iniciado en contra de RT, **sin una verdadera convicción acerca de cuál es la obligación, asociada con el ejercicio de sus funciones como fiscal**, que fue **omitida o retardada**, de la que se debería derivar el juicio de reproche. Esta incertidumbre tiene dos implicaciones concretas que impiden, desde cualquier perspectiva, el éxito de la teoría del caso del ente de persecución.

De un lado, **el planteamiento de hipótesis alternativas de omisión punible representa una grave lesión para el ejercicio del derecho a la defensa.**

Al imputarse el delito de prevaricato por omisión, **la Fiscalía tiene la obligación** de definir de manera expresa y clara **cuál es el hecho o actividad que debió ejecutar el acusado y no hizo**, acorde con un específico apartado normativo que le impone esa actuación. Se torna indispensable para el destinatario de la acción penal, poder determinar, concretamente, en qué momento se materializó la falla y cuáles son los presupuestos jurídicos que imponían determinada actividad, a fin de explicarla, justificarla o demostrarla en su concreción efectiva.

[...]

Para el caso, **la Fiscalía debió precisar en lo fáctico y jurídico, qué**, dentro del contexto ex ante de lo hasta ese momento actuado y recogido probatoriamente, **es lo que debió haber adelantado el Fiscal**, con remisión expresa a la norma que obligaba un tal comportamiento procesal o judicial.

Porque, **si el ente acusador no tiene claro cuál era la actividad obligada** de realizar por el procesado (legalizar la incautación, enviar el dinero a la Oficina de Extinción de Dominio o devolverlo a sus poseedores, desde luego, en el entendido que no se trataba de actuaciones sometidas, por virtud de la ley, a su mero arbitrio), no solo deja de lado precisar cuál era la norma que imponía del funcionario un definido actuar, despojando al tipo penal del elemento normativo que por remisión allí se consagra, sino que **torna en abstracto y especulativo el punible de prevaricato por omisión**, ante la imposibilidad de despejar cuál es la hipótesis que demostrará en juicio.

Finalmente, se entiende que **la fiscalía acusa al funcionario de una total inacción**, se reitera, en abstracto, **que obliga de éste demostrar por qué no hizo nada, en lugar de ocuparse aquella por verificar qué debió haber realizado.**

El ejercicio de imputación fáctica y de adecuación típica no puede ser accidental, por lo que **no se puede permitir a la Fiscalía que plantee escenarios abstractos e inespecíficos** de ejecución u omisión punibles, **a la espera de que**, practicadas las pruebas, **la judicatura encontrará acreditada alguna de las alternativas que fueron propuestas.** Por el contrario, del ente de persecución se demanda una adecuada delimitación de los presupuestos fácticos y jurídicos de la acción penal, que, de un lado, justifiquen la intervención de última ratio del derecho penal, y, del otro, permitan al acusado defenderse de los señalamientos que se hacen en su contra.

[...]

Ahora, la segunda implicación de esta indeterminación fáctica de la acusación es que, en últimas, **la Fiscalía incurrió en una ineludible contradicción** al establecer las tres hipótesis de punibilidad, de cara a la naturaleza del delito de prevaricato por omisión.

Recuérdese que, como se dijo al comienzo de este acápite, atribuir el comportamiento en cuestión no solo demanda la demostración de la obligación omitida o retardada, sino que se exige acreditar que el sujeto activo era consciente de cuál era su deber y de manera voluntaria se abstuvo de cumplirlo, en desmedro del bien jurídico de la administración pública.

En ese sentido, **el planteamiento de una teoría del caso imprecisa supone reconocer que la Fiscalía no sabía cuál era la obligación que de manera concreta tenía RT** luego de que fuese incautado el dinero hallado en el lugar de residencia de BAMR; este desconocimiento, ciertamente, tiene repercusiones favorables para el hoy acusado.

Ahora, **al plantear hipótesis fácticas disímiles, la Fiscalía omitió realizar el ejercicio demostrativo que, individualmente, cada una de ellas demandaría:**

[...]

Por esta razón, **la absolución por el delito de prevaricato por omisión será confirmada.**

(Texto resaltado por la Relatoría)

FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO - Consumación: se comete al interior del país

El delito de favorecimiento de contrabando se realiza en el territorio nacional después de que las mercancías han sido ingresadas por contrabandistas desde el exterior.

Al resolver un recurso de casación la Sala realiza varias precisiones sobre el delito de *favorecimiento de contrabando* y determina sus diferencias con el de *contrabando*, entre ellas la más importante, su acaecimiento en suelo patrio, por lo que no le es computable, para términos de la prescripción, la causal señalada en el inciso 7° del artículo 83 de la ley 599 de 2000.

SP3077-2021(54699) del 21/07/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

El día 22 de junio de 2006, siendo las 5:30 horas, en el aeropuerto de Lebríja (Santander), FAC, llevaba en una maleta negra oro italiano, avaluado en la suma de CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS (\$130.000.000), elementos que fueron sustraídos de la intervención y control aduaneros y que fueron detectados por la Policía Aeroportuaria al pasar por la máquina de rayos X detector de metales y al solicitar la documentación respectiva a FAC, no se presentó ninguna documentación que justifique el transporte de la mercancía.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Delito iniciado o consumado en el exterior: Término a tener en cuenta

Según el artículo 83 del Código Penal, **la acción prescribe en un término igual al de la pena máxima de prisión establecida para el delito,**

sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 20.

En algunos casos especiales, como los descritos en los incisos 2 a 7 ibidem, **aquel plazo se extiende** en distintas proporciones, uno de los cuales es **“cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior”** que presupone un incremento de la mitad (inc. 7).

Ahora bien, el acto de formulación de la imputación interrumpe el término extintivo y, por ello, a partir de este momento se contabilizará tan solo la mitad sin que, en todo caso, pueda ser inferior a 3 años ni superior a 10 (arts. 292 C.P.P. y 86 C.P.).

Y, una vez proferida la sentencia de segunda instancia “se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años” (art. 189 C.P.P.).

PRESCRIPCIÓN - Los Actos procesales subsiguientes son nulos

Es causal de casación el “*desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes*” (art. 181.2 C.P.P.).

Los actos procesales constituidos después de prescrita la acción penal son inválidos porque, para ese momento, **el Estado ha perdido el poder para investigar y juzgar el delito** (potestad punitiva). Esa irregularidad es, por sí misma, trascendente y **no puede sanearse por los principios de instrumentalidad, protección y convalidación**, pues extingue por completo la facultad jurisdiccional de ejecutar actuaciones procesales destinadas a castigar las conductas ilícitas. Por ende, **la única decisión viable es la preclusión**, según lo prevé el numeral 1 del artículo 332 del C.P.P.

CONTRABANDO - Consumación: su desarrollo tiene lugar parcialmente en el exterior / **FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO** - Delito autónomo respecto al de contrabando /

FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO - Consumación: se comete al interior del país / **PRESCRIPCIÓN** - Favorecimiento de contrabando

En el caso bajo examen, **FACP fue juzgado por el delito de favorecimiento de contrabando**, cuya pena de prisión para la época de los hechos (año 2006) tenía un límite máximo de 90 meses (7.5 años), según el artículo 320 del C.P., modificado por las leyes 788/2002 y 890/2004.

Al respecto, como bien lo explicó la sentencia impugnada, no resulta aplicable, por virtud del principio de favorabilidad, la posterior Ley 1762/2015 (art. 6) que estableció para el delito una pena más gravosa (hasta 10 años) si, como ocurrió en el evento juzgado, el valor de la mercancía objeto de la conducta punible (\$130.000.000) superaba los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2006 (\$81.600.000).

La audiencia en que se formuló imputación a FACP se realizó el 4 de abril de 2013, razón por la cual el 4 de enero de 2017 habían transcurrido 45 meses -mitad de la pena máxima de prisión-, sin que se hubiese dictado la sentencia de segunda instancia; es más, ni siquiera había concluido el juicio oral. En consecuencia, conforme a la regla general establecida en el artículo 83, **la acción penal habría prescrito en la última de tales fechas** y las actuaciones procesales subsiguientes serían inválidas.

Sin embargo, **el Tribunal confirmó la negativa a declarar la extinción de la acción penal**, solicitada por el defensor, **por considerar que** el término ordinario de prescripción (90 meses) debía aumentarse en la mitad (90+45=135) teniendo en cuenta que **la conducta de favorecimiento de contrabando inició en el exterior**. Por ende, el fenómeno extintivo se configuraría 67.5 meses (135/2) después del acto de imputación, o sea, el 19 de noviembre de 2018, lo que no alcanzó a suceder porque tres días antes se profirió la sentencia de segunda instancia.

[...]

El artículo 320 del Código Penal, modificado por las leyes 788/2002 y 890/2004, vigente para la época de los hechos, **describía el favorecimiento de contrabando** así:

El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, posea,

*tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía **introducida** al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses*
(...).

La Ley 1762/2015 modificó esa norma, en lo fundamental, para, primero, expandir el ámbito del supuesto típico mediante la inclusión de otros verbos rectores alternativos (embarcar, desembarcar y ocultar) y de un ingrediente normativo relativo a la introducción de las mercancías al país («*que se **hayan ingresado** a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera*»). Y, segundo, para establecer un régimen sancionatorio diferenciado dependiendo de si el valor del objeto material sobrepasa o no los 200 s.m.l.m.v.:

*El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que **hayan sido introducidas** al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años*

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, ...

(...).

El favorecimiento de contrabando, como su sola denominación legal ya lo indica, **es una conducta típica íntimamente relacionada con la básica de contrabando**, que está consagrada en el artículo 320 del C.P. y consiste **en importar** «*mercancías al territorio colombiano*» en cuantía superior a los 50 s.m.l.m.v., o exportarlas «*desde él, por lugares no habilitados*», u ocultarlas, disimularlas o sustraerlas de «*la intervención y control aduanero*».

O, en los términos de la posterior Ley 1762/2015 (art. 6) **realiza contrabando quien introduce** o extrae mercancías del valor antes indicado «*al o*

desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente» y también quien las oculta, disimula o sustrae «de la intervención y control aduanero», o las ingresa «a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera».

El delito de **favorecimiento de contrabando presupone**, entonces, **la ocurrencia de un contrabando** porque recae sobre mercancías **que fueron ingresadas** al territorio nacional de este modo ilícito. En otras palabras, el contrabando es una conducta subyacente en la de favorecimiento, de modo similar a lo que ocurre, por ejemplo, con la *receptación* (art. 447), el *lavado de activos* (art. 323) o el *enriquecimiento ilícito de particulares* (art. 327) frente a las respectivas actividades delictivas originarias.

Pero, en todo caso, son comportamientos típicos distintos y autónomos como bien lo explicó la sentencia C-191/2016 [...]

[...]

Debido a las disimilitudes entre los referidos tipos penales, la Corte Constitucional concluyó en esa ocasión que el trato punitivo diferenciado al contrabandista y al mero favorecedor del contrabando no violaba el principio de igualdad.

Siendo así, las conductas punibles previstas en los artículos 319 y 320 del C.P. presentan características típicas diferenciadoras como las que se refieren, precisamente, a las circunstancias temporales y espaciales de su comisión: **el favorecimiento de contrabando sucede a este último (tiempo)** y, en ese orden, **se realiza en el territorio nacional después** de que las mercancías **han sido ingresadas** por contrabandistas -desde el exterior- con infracción de la regulación aduanera (espacio).

En síntesis, el delito de favorecimiento de contrabando se entiende realizado (consumado o, por lo menos, iniciado) en el lugar -y tiempo- donde el agente «posea», «tenga», «transporte», «almacene», «distribuya» o «enajene» la «mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero». **Una interpretación que anticipe ese ámbito espacio temporal del tipo desconoce garantías intangibles del debido proceso como la legalidad de los delitos y la responsabilidad por los propios actos** (art. 29 Cons. Pol.).

En este proceso, se investigó y juzgó a FACP porque el 22 de junio de 2006, en el aeropuerto de Lebrija (Santander), transportaba oro italiano avaluado en \$130.000.000.00, “*elemento[s] que fue[ron] sustraído[s] de la intervención y control aduaneros y que fue[ron] detectado[s] por la Policía Aeroportuaria al pasar por la máquina de rayos X detector de metales y al solicitar la documentación respectiva ..., no se presentó ninguna ... que justifique el transporte de la mercancía*”.

En esa relación de hechos jurídicamente relevantes, consagrada en la acusación y acogida en la sentencia condenatoria, se define de manera clara e inequívoca que la acción calificada como favorecimiento de contrabando (transportar mercancía sustraída de la intervención y control aduanero), **se habría iniciado y consumado en el municipio de Lebrija** (Santander). Es decir, **ningún comportamiento acaecido por fuera de las fronteras nacionales fue atribuido** y tampoco alguna participación en la eventual -previa- introducción ilegal al país del metal precioso.

Recuérdese que, la conducta punible se considera realizada “*en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción*” (ámbito espacial: art. 14, num. 1, C.P.) y “*... en el tiempo de la ejecución de la acción ..., aun cuando sea otro el del resultado*” (ámbito temporal: art. 26 ibidem). Y, en el caso bajo examen, se reitera, **la única acción favorecedora de contrabando imputada al acusado («transportar») se desarrolló el 22 de junio de 2006 en territorio colombiano**.

Como antes se indicó, **la sentencia de segunda instancia** -en igual sentido la de primera- consideró que el favorecimiento de contrabando siempre inicia en territorio extranjero porque así sucede con el delito fuente, aquél es “*un eslabón más en el contrabando*” o, en otras palabras, “*hace parte de la cadena del contrabando que tiene su génesis en el exterior*”. Por ello, **resolvió aplicar al caso la cláusula especial de prescripción contemplada en el inciso 7 del artículo 83 del C.P.**

La premisa de la consecuencia jurídica anotada presenta los siguientes errores:

- **Es contradictoria** porque la **sentencia reconoció que el delito de favorecimiento de contrabando** (art. 320) **es autónomo**, distinto al subyacente (art. 319); pero, **al tiempo, afirma**

que el lugar y tiempo en que este inicia son, indefectiblemente, **los mismos** que para aquél.

- Se funda en razones criminológicas, como las referidas a los distintos eslabones de la macrodelincuencia detrás del fenómeno del contrabando, olvidando por completo que la tipicidad de la conducta punible analizada no contiene la exigencia de inicio o consumación en el exterior y, por el contrario, prevé que el objeto material está conformado por mercancías que han sido introducidas ilegalmente al país.

- Y, por último, **desconoce que la acusación definió con absoluta claridad que la conducta atribuida a FACP se realizó, desde su inicio hasta su consumación, en un municipio colombiano** (Lebrija-Santander); ni siquiera de manera parcial en el extranjero.

[...]

En conclusión, si el Tribunal reconoció que el favorecimiento de contrabando es un delito autónomo, que el único motivo de la aplicación del inciso 7 del artículo 83 sustantivo es que el

contrabando inicia en el exterior, y que los actos favorecedores aquí juzgados sucedieron en el Departamento de Santander; la conclusión necesaria es que **la conducta** de favorecimiento imputada a FACP **tuvo lugar, en su integridad, en el territorio colombiano.**

Por ende, **la aplicación del término ampliado de prescripción resulta injustificada** y, según las razones antes expuestas, por completo indebida.

Conforme a lo ya expuesto, la acción penal prescribió el 4 de enero de 2017, según las cuentas efectuadas en el numeral 4.4.2; no obstante, después de esa fecha se continuó el juicio oral y, luego, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia. Por ende, **se incurrió en una irregularidad que es trascendente e insubsanable porque el Estado había perdido la potestad** para seguir juzgando a FACP por favorecimiento de contrabando.

(Texto resaltado por la Relatoría)

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Diferencias con el proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores

Al resolver una demanda de casación por parte de los partícipes en una red de prostitución infantil, la Sala determina las principales características y diferencias de los delitos que atentan contra la libertad y el pudor sexual de los menores de edad, identificando claras diferencias entre ellos. Para el caso de la *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, se destaca su diferencia con el *proxenetismo con menor de edad*, entre ellos el ánimo de lucro de este último. Además, se identifican aquellos delitos que involucran a quienes se encargan del ofrecimiento de estos servicios y, por otra parte, los que tienen que ver con quienes los solicitan.

SP2348-2021(49546) del 02/06/2021

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Tienen ocurrencia entre los meses de abril y noviembre de 2009 en el municipio de Bello (Antioquia) y la ciudad de Medellín, donde se logra evidenciar la existencia de una red dedicada a la prostitución de menores de 18 años, en la que fueron detectados explotadores o proxenetes, demandantes de servicios sexuales con menores de edad, así como también, niñas y adolescentes que se prestaban como objeto del comercio sexual.

Entre los primeros se logró identificar a [...], entre otras, quienes contactaban a las adolescentes a fin de que prestaran servicios sexuales a terceros, para lo cual utilizaban las residencias de las primeras, que funcionaban como burdel. Luego de capturadas, aceptaron los cargos sometiéndose a la terminación anticipada del proceso.

Por su parte, los aquí procesados [...], eran usuarios de los servicios sexuales ofrecidos con menores, quienes vía telefónica se comunicaban con las intermediarias o proxenetas a fin de obtener y/o solicitar el contacto o actividad sexual ilícitos.

Y finalmente NSV, quien, con el ánimo de obtener provecho económico, sirvió de intermediaria entre demandantes de servicios sexuales con menores y terceras personas que tenían contacto directo con las adolescentes, organizando y facilitando, los encuentros entre adultos y mujeres jóvenes menores de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Concepto / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Evolución legislativa / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Fin de la norma / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos

El punible identificado con el nomen-iuris de «*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*», fue introducido por primera vez al Código Penal colombiano, a través del artículo 34 de la Ley 679 de 2001. Entonces, su descripción típica rezaba:

«*Artículo 312-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El que utilice o facilite el **correo tradicional**, las **redes globales de información**, o **cualquier otro medio de comunicación** para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión (...)*». (negrita y subrayado fuera de texto)

La norma fue modificada por el artículo 13 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008, únicamente en lo que tiene que ver con la pena a imponer. Así,

mantuvo su vigencia hasta el 17 de julio de 2009, fecha en la que empezó a regir la Ley 1329 de 2009, a través de la cual, se realizaron algunos cambios en la redacción del artículo 312A citado – 219A a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 –, introduciendo nuevos elementos descriptivos al tipo penal.

De la **exposición de motivos** presentada con la propuesta inicial de introducción del tipo penal bajo estudio, **se extrae como objetivo genérico** de la Ley, **reprimir el turismo sexual que involucra menores de edad**, cada vez más en aumento.

De manera específica y en relación con el novedoso tipo penal entonces propuesto (en el proyecto original artículo 22, allí denominado *Contacto de menores con fines de abuso sexual*), se indicó que la iniciativa pretendía penalizar la conducta de «(...) **quienes utilicen el correo tradicional, redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación para contactar menores u ofrecer servicios sexuales con éstos**». Ello, teniendo en cuenta el creciente número de denuncias en relación con la explotación sexual de menores y, desde una perspectiva de derecho comparado, con el fin de cubrir el déficit normativo existente, en cuanto a tipos penales que abarcan otras manifestaciones lesivas de los derechos y libertades sexuales de los menores. Igualmente se consideró, que las previsiones del proyecto de ley, eran «(...) **oportunas para salirle al paso a los pederastas y aberrados sexuales que emplean los canales de información magnética para manipular a los menores o hacer contacto con ellos a través de ciertos agentes turísticos**». Así, «[E]l uso de las pistas del ciberespacio y la información reportada por algunos servidores está llegando sin ningún control de acceso. Mientras se adquieren y emplean sistemas capaces de impedir el paso de tales informaciones en la Internet, es preciso atacar a los manipuladores de la información y a los intermediarios que se lucran sirviendo de contacto entre los abusadores y los menores de edad con fines reprochables».

En este contexto, se introdujo el nuevo tipo penal con las siguientes características:

- **Punible de comisión dolosa**, esto es, de aquellos que requieren la comisión de la conducta de manera voluntaria y consciente, así como también, con conocimiento de que la misma constituye delito.

- **De sujeto activo común**, es decir, carente de cualquier condición especial para ejecutar la conducta, pudiendo ser cometido por cualquier persona.

- **Tipo penal compuesto**, al contemplar pluralidad de modalidades de conducta o modelos de comportamiento, que hacen posible la realización del tipo penal, a través de la introducción de dos verbos rectores: «*utilizar*» y/o «*facilitar*».

[...]

De tal forma, la realización del tipo penal, se actualizará con el despliegue de cualquiera de estos dos comportamientos sobre los medios de comunicación que menciona la norma, a fin de obtener contacto u ofrecer servicios sexuales con menores de edad.

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Delito de mera conducta / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación o perfeccionamiento / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación: no requiere que el resultado se lleve a cabo

[...]se trata de un **tipo penal de mera conducta**, cuya consumación se agota en una acción del autor, en este caso, con la sólo realización de cualquiera de los verbos rectores «*utilizar*» o «*facilitar*» sobre los elementos y con los fines señalados por la norma. Es así que para el perfeccionamiento o consumación del ilícito, basta con la realización de la descripción típica, **sin que interese la producción de un resultado exterior**, pues lo pretendido por el legislador a través de esta técnica legislativa, es valorar de forma negativa la conducta (desvalor de acción), con independencia del resultado que se produzca.

Es por ello que en esta clase de delitos, el resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico. El primero (resultado), supone la lesión o puesta en peligro del objeto material;

en tanto el segundo (menoscabo del bien jurídico), tiene que ver con la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal.

Bajo este entendido, **para la configuración del delito descrito** en el artículo 219A del Código Penal, **no es forzoso que el contacto o la actividad con fines sexuales con el menor de edad se lleve a cabo.**

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Elementos descriptivos del tipo: medio de comunicación, concepto / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos descriptivos del tipo: comprende toda relación o trato que se establece entre dos o más personas con fines eróticos

-Como elementos descriptivos y/o aquellos instrumentos de los que se ha tenido que valer el actor para lograr su propósito, la norma (en su versión original) hace referencia a mecanismos del tipo «*correo tradicional*», «*redes globales de información*» o «*cualquier otro medio de comunicación*».

Por «**correo tradicional**» debe entenderse el servicio postal convencional, es decir, aquel sistema dedicado a transportar de manera física y de un lugar a otro, documentos escritos o paquetes.

Por su parte, las «**redes globales de información**», hacen referencia a todas aquellas redes informáticas a través de las cuales es posible conectar ordenadores y otros dispositivos informáticos, con el objetivo de compartir recursos y/o entablar comunicación; de éstas, la más renombrada, el internet. También cuentan como redes globales, las plataformas que se sirven del internet, como Twitter, Facebook, Snapchat, o incluso WhatsApp.

De igual manera y en forma genérica, la ley utiliza el término «**medio de comunicación**», a fin de abarcar **cualquier otro sistema, mecanismo o instrumento de transmisión de información, alternativo a los arriba mencionados**, y que permiten a un emisor determinado ponerse en contacto con uno o varios receptores. Entre los

medios de comunicación interpersonal, esto es, aquellos que conectan a dos o más personas de manera privada, cuentan, principalmente el teléfono tradicional, la telefonía celular, el correo postal, el telégrafo, el fax e incluso las actualmente conocidas como Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC – como lo son las redes sociales, el internet, el correo electrónico y todos aquellos demás recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten el procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, ya sea de voz, datos, texto, video o imágenes.

Estos medios de comunicación, señalaba el texto original, **deben ser utilizados para obtener u ofrecer «contacto sexual» o «servicios sexuales» con menores de 18 años de edad**, debiéndose interpretar estas expresiones, como **toda relación o trato que se establece entre dos o más personas con fines eróticos**.

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Tipo penal de peligro / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Bien jurídico protegido: derechos a la libertad, integridad y formación sexuales

[...] se está frente a un **tipo penal de peligro**, por constituir una conducta que apenas alcanza a potenciar una lesión para el objeto de la acción y, por ende, para el bien jurídico. Por lo mismo, **es suficiente el riesgo de lesión como resultado de la acción**. En los delitos de peligro concreto, como lo es el aquí analizado, el merecimiento de pena descansa sobre la peligrosidad general de la acción típica para determinados bienes jurídicos. En este sentido, recuerda y resalta la Sala, que **el acaecimiento del peligro mismo no pertenece al tipo, pero al comportamiento correspondiente le es típicamente propio la producción de un peligro concreto**.

Tratándose en este sentido del bien jurídico que protege la norma, **la conducta reprochada trasciende a los derechos a la libertad, integridad y formación sexuales** de quienes aún carecen de autonomía personal para

defender por sí mismos tales garantías, dada su minoría de edad [...].

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Conducta reprochada: debe darse en un trasfondo de prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Conducta reprochada: debe darse, en un contexto de explotación sexual de menores de edad

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala, para diferenciar el comportamiento tipificado por el artículo 219A, de conductas cotidianas socialmente permitidas o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor – como lo podría ser el delito descrito en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de inducción de menores de 14 años a prácticas sexuales – la conducta reprochada a través del artículo 219A ibídem y demás punibles descritos en el Capítulo IV del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, **debe darse en un trasfondo de prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual**. En otras palabras, debe darse, en un contexto de **explotación sexual de menores** de edad.

Así, la Corte propugna y mantiene vigente la siguiente tesis:

«(...) si no puede predicarse en una conducta que formalmente se ajuste a la descripción del artículo 219-A del Código Penal un contexto de explotación sexual, la acción será atípica, por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años».

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Diferencias con el proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - De la explotación sexual: busca castigar quienes promueven el servicio con menores, como a quienes los

demandan / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Sujeto activo: quien promueve el servicio con menores, se diferencia con el proxenetismo con menor de edad, por el ánimo de lucro de este último / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Puede concursar con el proxenetismo cuando se utilizan medios de comunicación para ofrecer estas actividades con ánimo de lucro / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Como resolverlo: principios de especialidad, subsidiariedad y consunción

Diferencias con el punible de proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores

Pertenece el proxenetismo con menor de edad (artículo 213A C.P.), junto con los delitos de estímulo a la prostitución (artículo 217 C.P.), pornografía (artículo 218 C.P.), turismo sexual (artículo 219 C.P.), demanda de explotación sexual comercial con menores de edad (artículo 217A C.P.) y la utilización o facilitación de medios de comunicación para obtener u ofrecer actividades sexuales con menores de edad (artículo 219A C.P.), al grupo de **tipos penales relativos a la explotación sexual** en la que los menores de edad son víctima.

De la lectura de la descripción típica del conjunto de normas penales citadas, es posible concluir que **unas y otras están dirigidas a castigar ambos extremos de la explotación sexual de menores**, abarcando tanto a quienes de una forma u otra, proporcionan servicios sexuales con menores de edad o sirven para tal fin (incluidos intermediarios), como a aquellas personas que demandan la actividad.

De igual manera, las normas intentan comprender una diversidad de posibles comportamientos que tienen ocurrencia en la cadena del negocio ilegal de la explotación sexual de menores.

Así, a través de los ilícitos mencionados, tratándose de aquél **sujeto activo que promueve** de alguna manera la explotación sexual de menores (como es el caso de la procesada NSV), se sanciona:

- Al que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de

otro, organiza, facilita o participa de cualquier forma de comercio carnal con menores (**artículo 213A C.P.**). Se trata de un delito de inducción a la prostitución, en el cual la víctima no ha alcanzado los 18 años de edad.

- Al que, entre otros verbos rectores, produce, divulga, ofrece o vende representaciones reales de actividad sexual que involucra menores de edad (**artículo 218 C.P.**)

- Al que destina, arrienda, mantiene, administra o financia inmueble para la práctica de actos sexuales con menores de edad (**artículo 217 C.P.**).

- Al que utiliza o facilita medio de comunicación para ofrecer o facilitar contacto o actividad sexual con menores (**artículo 219A C.P.**); y finalmente,

- Al que dirige, organiza o promueve actividad turística que incluya la utilización sexual de menores (**artículo 219**).

En este específico ámbito de sujeto activo, **la diferencia entre las conductas descritas en los artículos 213A y 219A** del Código Penal, **está en particulares ingredientes del tipo de uno y otro. El principal** y que diferencia al primero del segundo, **es el ánimo de lucro**, lo cual hace que el reproche penal sea más severo, tal como lo denotan las penas establecidas: de 14 a 25 años de prisión para el proxeneta y de 10 a 14 años de prisión para quien incurre en la conducta del artículo 219A *ibidem*.

Ahora bien, **que la redacción del tipo penal del proxenetismo con menor, no contenga un medio específico** a utilizar (como son los medios de comunicación) para facilitar u organizar el comercio carnal allí reprochado, **no quiere decir, que no abarque aquellos comportamientos** en que el proxeneta –con ánimo de lucro– **instrumentalice tales medios**, para «organizar, facilitar o participar de cualquier forma» el tantas veces referido comportamiento.

Luego entonces, de tratarse el hecho investigado y juzgado, de persona que, dentro de un contexto de explotación sexual, **haciendo uso de cualquier medio de comunicación y con ánimo de lucro** para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, **organiza, facilita u ofrece contacto o actividad sexual con menores, concurre al mismo tiempo** en los tipos penales de proxenetismo con menor de edad, descrito en el **artículo 213A** del Código Penal, y utilización o facilitación de medios de

comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años, del **artículo 219A** ibídem.

Se está así, frente a un evidente **caso de concurso aparente de leyes penales**. Cómo elegir la norma a aplicar, tanto la doctrina, como la jurisprudencia nacional, han destacado el uso de los **principios de especialidad, subsidiaridad y consunción**.

1) De acuerdo con el **principio de especialidad**, un tipo penal es especial en relación con otro, cuando una disposición penal presenta todos los elementos de otra, pero además, otro(s) específicos, que demuestran un fundamento especial de la punibilidad (*lex specialis derogat legi generalis*). En este caso debe aplicarse el tipo penal especial, al contener los elementos propios del tipo básico y otros nuevos que permiten adecuar la conducta respectiva dentro de su marco.

2) De otra parte, un **tipo penal es subsidiario** de otros, cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. El tipo subsidiario retrocede ante el primario.

3) Finalmente, según el **principio de consunción**, el tipo penal consuntivo consume al simple. Y un tipo penal es consuntivo, cuando el contenido de injusto y culpabilidad de una acción típica incluye también otro tipo de menor relevancia jurídica, teniendo mayor riqueza descriptiva. En estos casos, el tipo penal de mayor riqueza descriptiva *«contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura mas grave, realiza cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia sino por cuenta de otro tipo»*.

Bajo tales principios, **la norma penal a aplicar al caso planteado, será el artículo 213A** de la Ley 599 de 2000. Ello, **al contener** el supuesto de hecho allí descrito, **todos los elementos del artículo 219A** ibídem, **más otros** ingredientes especiales o específicos.

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Sujeto activo: quien demanda el servicio con menores, se diferencia de la demanda de explotación sexual comercial

de persona menor de 18 años, por el pago o promesa de pago / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - No contiene el elemento ánimo de lucro o, el pago o promesa de pago, lo que tipificaría otra conducta

[...] en lo que tiene que ver con aquellos **sujetos activos** que **demandan servicios sexuales** con menores de edad, el Capítulo IV del Título IV, Libro Segundo, del Código Penal castiga:

- Al que solicita o demanda realizar acceso carnal o acto sexual con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago (**artículo 217A C.P.**)

- Al que compra, posee, porta o almacena pornografía que involucre menores; y

- Al que utilice o facilite medios de comunicación para obtener o solicitar contacto o actividad sexual con menores (**artículo 219A C.P.**).

En el **caso de quienes demandan el servicio ilegal** —como sería para la mayoría de los aquí procesados que acuden en sede de casación y de conformidad con los hechos por los que fueron acusados—, prescindiendo de la conducta de pornografía infantil, se trata de tipos penales similares, diferenciados por circunstancias específicas contenidas en una y otra descripción típica.

La mayor complejidad la posee el artículo 217A del Código Penal, frente al 219A ibídem, lo cual se advierte en los elementos exigidos por la norma, así como en la sanción establecida para cada uno de ellos. Así, para el delito de **demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años**, en la solicitud de la actividad sexual ilícita por parte del agente —sin importar el medio a través del cual se solicite—, **debe mediar el «pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza»**. Por el contrario, **dicho elemento no aparece en el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores**, cuya conducta principal es utilizar o facilitar medios de comunicación, con el fin de obtener o solicitar contacto o actividad sexual con personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Así, la conducta principal del artículo 217A del Código Penal, en el artículo 219A ibídem **se**

convierte en secundaria, debiendo mediar para el primero (217A), pago o promesa de alguna remuneración, cualquiera que ella sea. Por otra parte, tratándose de la sanción a imponer, mientras que el primero consagra pena de prisión de 14 a 25 años, el segundo contiene un castigo que puede ir de 10 a 14 años de prisión.

Ahora bien, una **comparación general** del tipo penal del **artículo 219A** ejusdem, con aquél descrito en el **artículo 213A** del estatuto penal o *proxenetismo con menores*, arroja como resultado una **diferencia** trascendente: **el último únicamente castiga a aquella parte de la cadena que se ocupa de promover o posibilitar de alguna forma la explotación sexual de menores**, dejando la sanción de quien demanda los servicios sexuales con menores mediante pago o promesa de pago, al ilícito descrito por el artículo 217A de la Ley 599 de 2000.

Por su parte, el **artículo 219A** del mismo Código, **si bien sanciona en el mismo tipo ambos extremos de la cadena** ilícita (ofertante o intermediario y demandante), contiene una conducta principal (utilizar o facilitar cualquier medio de comunicación) no contenida específicamente en la del proxenetismo cuya finalidad resulta siendo las conductas principales castigadas por los delitos de los artículos 213A y 217A del Código Penal.

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Delito de mera conducta / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación: no requiere que el resultado se lleve a cabo / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Tipo penal de peligro

El apoderado de PM alegó la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 219A de la Ley 599 de 2000. Sostuvo que para la configuración del tipo penal, **la conducta debe trascender del mero empleo de un medio de comunicación** para pretender un encuentro sexual, **siendo necesaria la demostración de la consumación** de tal propósito, esto es, el

«contacto o actividad con fines sexuales con la persona menor de 18 años».

Al respecto **resultan desacertadas** las consideraciones expuestas en este sentido por el censor, quien no tuvo en cuenta que **el delito atribuido**, como se analizó en título anterior (2.1.1.), pertenece a la categoría de los denominados **tipos penales de mera conducta**, cuya consumación se agota con la sola realización de cualquiera de los verbos rectores sobre los elementos y con los fines señalados por la norma, por lo que **no es forzoso la producción de un resultado exterior**, pues la simple acción supone la puesta en peligro del objeto material, así como también, del bien jurídico.

Igualmente se trata de un tipo penal de peligro, en contraposición a aquellos denominados de lesión, al ser la conducta descrita una conducta que apenas amenaza y/o pone en peligro el bien jurídico.

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Demostración / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos descriptivos del tipo: medio de comunicación, concepto

Alegó el apoderado de OV la violación directa a la ley sustancial por **interpretación errónea**, al considerar que el Tribunal equivocó el sentido dado a la descripción típica del artículo 219A del Código Penal, **al entender que éste castiga las conversaciones telefónicas de tipo sexual** y/o en las que se hable de intercambio sexual con menores, yerro que llevó a la condena indebida de su representado.

De acuerdo con la sentencia de segundo grado, la llamada telefónica que compromete la responsabilidad de OV se refiere a la evidencia identificada con el Nr. 22, la cual se transcribió en su totalidad en la sentencia. De ésta dedujo el Tribunal **«un claro y evidente contenido de tipo sexual»**. Sin embargo, no es tal consideración la que le permitió concluir la configuración del tipo penal en comento. **Del contenido de la llamada, dedujo** el ad-quem que **«se está hablando de un intercambio sexual con mujeres menores de edad, concretamente se menciona una menor de**

16 años». Conversación que, verifica la Corte, implicó los elementos constitutivos del tipo penal, pues en ella **no solamente se ofrecen contactos con fines sexuales que involucran menores**, sino también, deja evidente, **el ánimo e interés** de uno de los interlocutores de la llamada telefónica, más exactamente del señor FO, de obtener contacto o actividad sexual con **jovencitas que no alcanzan la mayoría de edad**. Es así que OV, en el decurso de la llamada, pregunta a su interlocutora «(...) dónde están esas viejas buenas, señoritas (...)» y al serle ofrecida una de su gusto (hermosa, de cara, cuerpo y bien hablada), pregunta por su edad (16 años), complementando su ánimo de obtener el contacto, con la manifestación: «yo necesito una vieja para salir, pa (sic) llevarla a pasear».

Luego entonces, carece de sustento el cargo elevado por el demandante, no resultando cierto que el fallador de segunda instancia hiciera una interpretación errada del contenido del artículo 219A del Código Penal. La prueba llevada a juicio demuestra los elementos constitutivos del tipo requeridos por el artículo 219A del Código Penal: (i.) la utilización de la telefonía (ii.) con el fin de obtener contacto o actividad sexual con menores de 18 años de edad. Todo ello, en un contexto de explotación sexual de menores de edad.

El cargo no prospera.

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Puede concursar con el proxenetismo cuando se utilizan medios de comunicación para ofrecer estas actividades con ánimo de lucro / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Como resolverlo: principios de especialidad, subsidiariedad y consunción / **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Sujeto activo: quien promueve el servicio con menores, se diferencia con el proxenetismo con menor de edad, por el ánimo de lucro de este último / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplica a favor del procesado

Igual cargo se propuso a favor de la señora SV. Sin embargo **los hechos jurídicamente relevantes** atribuidos a ésta, **difieren de aquellos imputados a los demás co-procesados**.

De las escuchas telefónicas obtenidas en contra de ésta y que datan del 20 de agosto de 2009, queda claro, tal como lo concluyó el Tribunal, que N se comunicó vía telefónica con MCM, alias «M», a fin de **conseguir por su intermedio dos quinceañeras** para llevarlas con un hombre de origen norteamericano, **a cambio de dinero**. Refiere la procesada en la comunicación, que el solicitante del servicio le entregará \$ 120.000.00 pesos **por niña**, de los cuales \$ 100.000.00 son para cada una de las adolescentes, \$ 20.000.00 para ella [N], ofreciendo a M \$ 20.000.00 por facilitar el contacto.

En efecto, **el comportamiento relatado** y demostrado a través de la llamada telefónica interceptada y reproducida como prueba en el juicio, **encuentra subsunción en dos tipos penales**: el de **proxenetismo con menor de edad** (artículo 213A del Código Penal) y aquél denominado **utilización o facilitación de medios de comunicación** para ofrecer actividades sexuales con menores (artículo 219A ibidem). Se está de tal forma, frente a la categoría dogmática de un **concurso aparente de normas o de delitos**.

La elección de uno de ellos a efectos de imputar a la procesada SV, **debió hacerse** dando aplicación a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, desarrollados por la doctrina penal y acogidos pacíficamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Así, **como el tipo penal de proxenetismo con menor** de edad descrito en el artículo 213A citado, **reproduce también los elementos típicos de un tipo penal más general**, como lo es el descrito en el artículo 219A ibidem, y **además, caracteriza de manera más precisa al hecho**, añadiendo elementos adicionales, como lo es **el ánimo de lucro** para sí o para un tercero, y habiéndose demostrado este elemento subjetivo especial referente a la intención de **obtener una ganancia** para sí o un tercero, **el delito a aplicar, era** aquél descrito en el **artículo 213A ibidem**.

[...]

Ahora bien, **que la procesada NSV fuese acusada y haya resultado condenada por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación** para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años **y no por aquél con mayor riqueza descriptiva** y que abarcaba la totalidad de la conducta por ella desarrollada,

considera la Corte, **no altera la legalidad de la sentencia censurada.**

No es posible perder de vista, se insiste, que la conducta desplegada por la procesada, encuentra subsunción en dos tipos penales, uno de los cuales (el proxenetismo con menores) consume al de menor entidad o simple (utilización de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores), por hacer parte la descripción típica del último, de las características y/o elementos del primero.

Al haberse adelantado el proceso por el delito simple o delito que debió ser desplazado, surge, en este caso particular, **la necesidad de mantener la aplicación de éste**, lo cual en manera alguna afecta el principio de legalidad de los delitos y las penas, **además de resultar favorable a la procesada**, evitando incluso la impunidad de la conducta, que de una u otra forma, es reprochada por la ley penal.

En este contexto y considerando que la ley penal colombiana únicamente regula lo concerniente al concurso ideal de conductas punibles (artículo 31 del Código Penal), dejando la solución al concurso aparente de leyes a los principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, la Corte, reiterando:

1. Que en el caso bajo estudio concurren dos normas penales (artículos 213A y 219A del Código Penal), la cuales subsumen de una u otra forma la conducta desplegada por NSV.
2. Que la condena por el delito descrito en el artículo 219A del Código Penal no lesiona el principio de legalidad de los delitos y las penas, por cuanto la conducta demostrada, se insiste, encuentra subsunción también en el artículo 219A del estatuto penal.
3. Que la aplicación del artículo 219A ibídem, en últimas, es más favorable a la procesada.
4. Que en todo caso, se respetaron los derechos de defensa y debido proceso de la implicada, al haber existido congruencia fáctica y jurídica desde la formulación de imputación hasta el proferimiento de la condena en segunda instancia; y finalmente
5. Que a la luz de los actuales parámetros jurisprudenciales, **el juez tiene la posibilidad de variar la calificación jurídica** de la conducta imputada por la Fiscalía, **siempre y cuando se mantenga el núcleo fáctico de la imputación**, se trate de un delito de menor entidad y se

respeten los derechos de las partes; luego entonces, al ser ello posible, menos controversia y obstáculos se presentan, **cuando existiendo un concurso aparente** de normas o de delitos, **se condena por un delito de menor entidad**, por el cual el procesado ha sido imputado, acusado y finalmente declarado penalmente responsable;

[...] en consecuencia, **no casará la sentencia impugnada respecto al cargo aquí analizado**, manteniendo la condena proferida en segunda instancia en contra de NSV por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años (artículo 219A ibídem).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: libertad probatoria / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, existe libertad probatoria para identificar a los sujetos que hacen parte de la conversación / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: respecto de conversaciones telefónicas, la ley no exige el cotejo de voces para establecer quienes hacen parte de la conversación / **INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES** - Apreciación probatoria: identificación de los intervinientes

Para los defensores, las pruebas aducidas en juicio no demuestran con la certeza requerida por la ley, **que sus representados son las personas cuya voz se escucha en las comunicaciones interceptadas.** Al respecto, echan de menos la realización de un cotejo de voces a través del cual se constatará la correspondencia entre interlocutores de las llamadas y procesados, constituyendo además las declaraciones respecto a las labores de identificación de los procesados realizadas por el testigo AGRM, investigador líder, una prueba de referencia que no cumple con los presupuestos para ser admitida como tal en el proceso.

Las argumentaciones de los togados en tal sentido, **carecen de cualquier respaldo.**

En primer lugar, como lo ha reiterado la Corte de manera constante y unánime, de conformidad con lo reglado por el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de libertad probatoria **«los hechos y circunstancias de**

interés para la solución correcta del caso, **se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código** o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole derechos humanos». Por lo tanto, si bien el cotejo científico de voces **quizás fuese el mecanismo ideal** para la identificación de los interlocutores de una conversación, en este caso telefónica, **ello no excluye** que, como en el presente evento, esa convicción pueda lograrse por otros elementos probatorios.

En este contexto, como la **ley no exige una prueba en particular para identificar a las personas que intervienen en una comunicación** telefónica, sino que impone la **obligación al funcionario de disponer la práctica de aquéllas necesarias para obtener tal fin**, los medios probatorios utilizados por la Fiscalía para probar tal menester, son del todo válidos, pues los mismos se ajustan a los parámetros establecidos por el Código de Procedimiento Penal y no vulneraron garantías fundamentales, tal como se expondrá a continuación.

En el sub-iúdice el proceso de individualización e identificación de quienes fungían como interlocutores en las llamadas objeto de observación y que en últimas demostraron la configuración del tipo penal por el que los

implicados resultaran condenados, fue descrito en el juicio por el testigo AGRM, investigador líder, adscrito a la SIJIN.

Explicó RM que **una vez identificados los números telefónicos** de los interlocutores relevantes para la investigación, que entablaban comunicación ya fuera con HMCN, MCMM alias «M» o LJT, y de quienes **las comunicaciones arrojaron algunos datos** (como nombres, ocupación y/o localización), se solicitó a Empresas Públicas de Medellín (EPM), la ubicación de tales líneas telefónicas o dirección en la cual se encontraban reportadas. Una vez obtenida esa información, **se realizaban labores de vecindario y visitas a los inmuebles reportados, donde confirmaban los nombres de los interlocutores** con la respectiva identificación que aportaban los allí residentes, la cual posteriormente **era corroborada con la copia de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía** remitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En particular, sobre cada uno de los procesados, el líder investigador explicó:

[...].

(Texto resaltado por la Relatoría)

Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9606
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá