



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Noviembre 03 de 2023 n.º 10

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>

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: posibilita el cumplimiento de la obligación / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (art. 193-6 Ley 1098), no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia: la reparación del daño respecto de conductas contra menores de edad, solo se predica de delitos de extrema gravedad (Ley 1098)

La Corte Suprema de Justicia se pronunció oficiosamente respecto de la legalidad de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en punto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena denegada a NJCA, condenado como autor de inasistencia alimentaria.

La Sala casó oficiosa y parcialmente la sentencia estudiada, para conceder al condenado el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, al considerar que, en la decisión de primer grado, confirmada por el Tribunal, por incomprensión de la jurisprudencia, se aplicó indebidamente la prohibición contenida en el numeral 6 de artículo 193 de la Ley 1098 de 2003.

Para el efecto recordó que, según la jurisprudencia reiterada de la Corte, para los casos de inasistencia alimentaria no es aplicable

la mencionada prohibición, en razón a que: (i) fue concebida por el legislador para delitos atroces, y (ii) su imposición, contrario al fin de la norma, imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria.

Por tanto, a juicio de la Sala, debió aplicarse la consecuencia jurídica dispuesta en el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal, en el sentido de que, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo.

SP287-2023(56541) de 26/07/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Desde julio de 2010, NJCA se abstuvo injustificadamente de proporcionar alimentos a su menor hijo J.J.C.O. pese a que, en conciliación llevada a cabo con la progenitora del niño en el Centro Zonal del ICBF de Zipaquirá, se obligó a pagar \$160.000 mensuales de cuota alimentaria, reajutable en proporción al salario mínimo.
2. Por los anteriores hechos, en audiencia celebrada el 14 de junio de 2016 ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Zipaquirá, la Fiscalía formuló imputación contra NJCA como posible autor de inasistencia alimentaria (art. 233 inc. 2º C.P.).
3. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, la juez dictó la respectiva sentencia. Por estimar acreditada la

responsabilidad del acusado, lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 32 meses y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, denegó tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

4. En respuesta al recurso de apelación interpuesto por la defensa, el 11 de junio de 2019 la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó el fallo de primer grado.
5. Inconforme NJCA con la anterior decisión, a través de defensor promovió el recurso de casación.
6. La Corte mediante auto de 23 de marzo de 2022 inadmitió la demanda por no cumplir las condiciones mínimas de orden formal y sustancial requeridas para su selección a trámite, y dispuso retomar oficiosamente el estudio del fallo impugnado para analizar su legalidad en relación con la suspensión de la ejecución de la pena.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: requisitos, no es necesaria la indemnización integral / **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: posibilita el cumplimiento de la obligación / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Improcedencia: cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (art. 193-6 Ley 1098), no opera dicho condicionamiento para el punible de inasistencia alimentaria / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia: el juez debe observar únicamente el requisito objetivo cuando el sentenciado carece de antecedentes y el delito no se encuentra enlistado en el artículo 68A del Código Penal / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Procedencia: la reparación del daño respecto de

conductas contra menores de edad, solo se predica de delitos de extrema gravedad (Ley 1098) / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Requisitos

«El artículo 193.6 de la Ley 1098 de 2006 señala que, con el fin de hacer efectivos los principios instituidos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes -relacionados en el artículo 192 ídem- y garantizar el restablecimiento de sus derechos en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas, la autoridad judicial: “se abstendrá de aplicar (...) la condena de ejecución condicional (...) a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”.

Sin embargo, la Corte tiene sentado que el precitado texto normativo no cubre los casos de inasistencia alimentaria. A esta conclusión arribó a partir de interpretaciones subjetiva y objetiva finalista, las cuales se sintetizan, en su orden, en que esa generalizada prohibición (i) fue concebida por el legislador para delitos atroces, entre los cuales, por supuesto, no se encuentra la inasistencia alimentaria y, en estos casos, (ii) su imposición, contrario al fin de la norma, imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria, es decir, obstaculiza realizar la y prevalencia a los derechos de los menores y lograr la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados. (Ver CSJ SP18927-2017 15 nov. 2017, rad. 49712; SP908-2022 23 mar. 2022, rad, 53084; SP381-2022, 16 feb. 2022, rad. 52440 y SP022-2023 8 feb. 2023, rad. 58110).

De otra parte, el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, señala que la ejecución de la pena privativa de la libertad “se suspenderá por un periodo de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado” siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean

indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De lo indicado en el numeral 2 del artículo precitado, no cabe duda de que si el condenado (i) carece de antecedentes penales y (ii) no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, el juez de conocimiento debe conceder la suspensión de la ejecución de la pena “solamente con el requisito objetivo”, esto es, sin ninguna exigencia o reflexión de índole subjetivo relacionada con su personalidad o arraigo y, menos aún, respecto de su intención o efectiva ocurrencia de la indemnización de perjuicios. (Ver CSJ SP022-2023, 8 feb. 2023, rad. 58110 entre otras)»

DEBIDO PROCESO - Se vulnera / **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - Se configura / **CASACIÓN OFICIOSA** - Se casa parcialmente la sentencia

«En la sentencia de primer grado confirmada por el Tribunal -la cual constituye unidad jurídica inescindible con esta en los componentes confirmados- la juzgadora consideró que el acusado cumplió los requisitos de naturaleza objetiva contenidos en el artículo 63 del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, por cuanto (i) la pena impuesta fue de “32 meses de prisión”, es decir, no excedió de 4 años; (ii) “la conducta de inasistencia alimentaria no está dentro del listado de las prohibiciones del artículo 68A del C.P.” y (iii) “NJCA no registra antecedentes penales”.

Sin embargo, denegó el subrogado con la excusa, según la cual, en la sentencia SP18927-2017 15 nov. 2017, rad. 49712 la Corte señaló que “en los casos en que el procesado esté satisfaciendo cumplidamente su obligación alimentaria y que debe continuar haciéndolo (...) encuentra razonable permitirle acceder al sustituto previsto por el artículo 63 del Código Penal” y, en el presente asunto, “el acusado no ha mostrado interés en cumplir con la obligación alimentaria y menos en indemnizar a la víctima”.

Pasó por alto la juez que, para los eventos de inasistencia alimentaria, la jurisprudencia no

subordinó la inaplicación del numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 al criterio por ella acogido. Este fue simplemente un argumento de refuerzo en aquella sentencia para demostrar cómo, en el caso que para entonces la Corte estaba avocada a resolver, era patente que resultaba razonable conceder la suspensión de la ejecución de la pena por observar que el procesado venía cumpliendo con la cuota alimentaria; realidad esta que terminaría frustrada con la denegación del subrogado, en detrimento, precisamente, de los derechos de los menores víctimas.

Realmente, como se adelantó en el numeral anterior, la Corte en la providencia atrás referida precisó que el numeral 6 del artículo 193 del Código de la infancia y la adolescencia no es aplicable a los responsables de inasistencia alimentaria a partir de interpretaciones subjetiva y objetivo finalista expresadas, [...]

Las dos rutas interpretativas acogidas por la Corte apuntaron a la misma conclusión: que para los casos de inasistencia alimentaria no es aplicable la prohibición contenida en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

Así se verifica que, en la sentencia impartida contra NJCA, la juzgadora -por incomprensión de la jurisprudencia- aplicó indebidamente la prohibición contenida en el numeral 6 de artículo 193 de la Ley 1098 de 2003.

Motivo por el cual, dejó de aplicar la consecuencia jurídica dispuesta en el numeral 2 del artículo 63 del Código Penal, en el sentido de que, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, “el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo”.

De esta manera, la sentencia quebrantó el derecho fundamental al debido proceso de CA en punto del principio de legalidad de la condena y menoscabó la posibilidad de reparación de los derechos del menor titular del derecho alimentario».

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales no

determinan el marco de punibilidad y se aplican después de individualizada la pena /

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales, modifican el quantum de la sanción ya determinada / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: las conductas postdelictuales que inciden en la pena son diferentes a las circunstancias delictuales

La Corte Suprema de Justicia, resolvió el recurso de casación promovido por las víctimas, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual fue confirmada la condena impuesta a WFLO por hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con uso de menores en la comisión de delitos.

La Sala casó parcialmente la sentencia, para fijar en 126 meses tanto la pena de prisión como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a WFLO.

Para el efecto, la Corte explico que, en el presente caso, el correcto entendimiento del artículo 31 del Código Penal, les imponía a los juzgadores, no solo identificar los extremos punitivos y el cuarto de movilidad de cada pena individualmente considerada, sino también culminar el proceso de determinación con la aplicación tanto de los criterios indicados en los incisos 3 y 4 ídem como de las normas que modifican su quantum por circunstancias postdelictuales, para después sí - no antes- escoger como pena base la más grave.

SP304-2023(56099) de 02/08/2023

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Salvamento de voto:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. A las 8:25 de la noche del 11 de enero de 2017, WFLO junto con tres personas más - entre estas dos menores de edad-, ingresaron a la vivienda ubicada en Bogotá, sin autorización de su residente, quien para ese momento se hallaba dentro del inmueble en compañía de dos de sus sobrinos de 7 y 11 años.

2. El acusado y sus compinches amenazaron a los moradores con armas blancas y una de fuego y se apoderaron de bienes muebles, avaluados en \$4.650.000.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: individualización de la pena en concreto, motivación / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales no determinan el marco de punibilidad y se aplican después de individualizada la pena / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: conductas postdelictuales, modifican el quantum de la sanción ya determinada / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: las conductas postdelictuales que inciden en la pena son diferentes a las circunstancias delictuales / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Fenómenos postdelictuales / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: para determinar la conducta más grave no se tienen en cuenta fenómenos postdelictuales / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, delito más grave

«El artículo 31 del Código Penal señala que quien con una sola acción o una omisión o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, “quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza”, aumentada hasta en otro tanto, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, “debidamente dosificados cada uno de ellos”.

Conforme con la precitada disposición, la pena base a partir de la cual se debe tasar la sanción definitiva en los casos de concurso, es la correspondiente a la “más grave según su naturaleza” y para determinar cuál satisface este criterio, ciertamente es necesario individualizar cada una de ellas, lo cual se surte como se indica a continuación:

La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (art. 60 del C.P.); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible

oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibidem (CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856). (Subrayado fuera de texto).

Le asiste razón a la delegada de la Fiscalía -quien se opuso a la demanda-, en el sentido de que la disminución punitiva por fenómenos posdelictuales, -los cuales difieren de las circunstancias que concurren con la comisión del delito- no afectan el rango o extremos mínimo y máximo de punibilidad, sino que modifica el quantum de la sanción ya determinada en aplicación de los criterios indicados en los artículos 60 y 61 del Código Penal.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que para la selección de la “pena más grave según su naturaleza” en los casos de concurso de conductas punibles, el juzgador debe ceñirse exclusivamente a la pena tasada en aplicación de los artículos 60 y 61 del C.P., esto es, sin considerar las circunstancias posteriores al delito que modifican la tasación punitiva.

La Corte en AP, 24 sep. 2014, rad. 43439 y SP1286-2015, rad. 38076 acogió la tesis según la cual, en situaciones de concurso se requiere primero determinar las penas individualmente consideradas con la aplicación inclusive de las normas modificadoras del quantum de la sanción en virtud de fenómenos posdelictuales.

[...]

En la misma sentencia también se indicó que la selección de “la pena más grave según su naturaleza”, impone al juzgador escoger, entre las penas aplicables -de idéntica naturaleza- la que afecta con mayor intensidad “los intereses del sentenciado”. De manera que, por ejemplo, frente a varias penas privativas de la libertad, se debe tomar como pena base la de “mayor duración” y frente a sanciones pecuniarias, “la de mayor cuantía”.

Esta postura es jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en AP5772-2016, rad. 47975; AP4987-2018, rad. 50518; AP3160-2019, rad. 50993 y AP3282-2021, rad. 58366, entre otras providencias.

WFLO fue condenado en las instancias por hurto calificado agravado (artículos 239, 240 -inciso 5- y 241.10 del C.P.) en concurso heterogéneo con

“uso de menores en la comisión de delitos” (artículo 188D ídem).

La pena principal por hurto calificado agravado individualmente considerada fue tasada a partir del mínimo del primer cuarto (144 meses de prisión) y disminuida a 72 meses por reparación (en el 50%), en aplicación del artículo 269 del Código Penal.

Hasta aquí nada se discute en la demanda.

Ahora bien, el quantum de 72 meses atrás mencionado, en las instancias fue adoptado como la pena base a partir de la cual se incrementó en otro tanto (10 meses) por el concurso heterogéneo con el delito de uso de menores en la comisión de delitos cuya pena mínima es de 120 meses.

El Tribunal sustentó la anterior operación en la premisa según la cual, en los eventos de concurso de conductas punibles, la selección dispuesta en el artículo 31 del C.P. de la sanción más grave según su naturaleza “se debe realizar después de que se haya escogido el cuarto en el cual se aplicará la pena y no teniendo en cuenta la pena básica establecida para cada delito por el legislador”. Criterio a partir del cual entendió que para la selección de la pena más grave simplemente se debe comparar cada uno de los respectivos cuartos en los que concierne tasar la pena individual de cada conducta.

Fue así como, frente a los cuartos mínimos aplicables tanto para “hurto calificado agravado” (de 144 a 192 meses de prisión) como para “uso de menores de edad para la comisión de delitos” (de 120 y 150 meses), señaló que “la pena más grave es la primera”, sin consideración alguna a que el quantum punitivo de 144 meses fijado por el a quo para el delito contra el patrimonio económico fue disminuido a la mitad por reparación, es decir a 72 meses, en aplicación del artículo 269 del C.P.

Pese a que los juzgadores no desconocieron que la pena base en los casos de concurso debe ser la “más grave según su naturaleza”, con la manera en que comprendieron este significante legal fijaron como pena base la menos grave -72 meses-, en sentido contrario al señalado en el Ordenamiento.

Conforme con lo ya precisado en el numeral anterior (5.2.1.), “la pena más grave según su naturaleza” corresponde a la mayor de las sanciones entre las que afecta el mismo derecho

(libertad personal, peculio, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, etc.), tras haber sido completamente individualizadas cada una de ellas.

El correcto entendimiento del artículo 31 del Código Penal, les imponía a los juzgadores en el presente caso, no solo identificar los extremos punitivos (artículo 60 del C.P.) y el cuarto de movilidad (artículo 61 incisos 1 y 2) de cada pena individualmente considerada -como en efecto hicieron-, sino también culminar el proceso de determinación con la aplicación tanto de los criterios indicados en los incisos 3 y 4 ídem como de las normas que modifican su quantum por circunstancias posdelictuales, para después sí -no antes como equivocadamente lo llevaron a cabo- escoger como pena base la más grave.

Por tanto, la sentencia está incurra en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del texto normativo contenido en el artículo 31 del Código Penal.

Este yerro, como se verá más adelante, trascendió en el quantum tanto de la pena principal como de la sanción accesoria impuesta al acusado, en detrimento del abstracto derecho de la víctima a la justicia, el cual se concretiza -para este caso- en el derecho a que se imponga una pena justa, esto es, dentro de los límites jurídicos que rigen su cuantificación, lógicamente sin quebrantar garantías fundamentales del procesado».

CONCURSO - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, exceda el otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, el incremento no puede ser superior al doble de la pena tasada para el delito más grave, ni superior a la suma aritmética de las conductas concursantes / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Diferencia con el sistema de acumulación aritmética / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Presupuestos: la suma aritmética de las penas no puede superar el doble de la tasada para el delito más grave

En esta oportunidad, la Sala de Casación Penal corrigió la jurisprudencia prohijada, en cuanto a las reglas para la tasación del concurso de conductas punibles, en el sentido de establecer que, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando quiera que el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, por razón de las conductas punibles concursales, exceda el otro tanto.

SP322-2023(59683) de 26/07/2023

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

La Sala de Casación Penal, se pronunció, de manera oficiosa, frente a la sentencia de la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal, que confirmó la impartida por el Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Orocué, mediante la cual condenó a CAGR como autor de los delitos de homicidio consumado y tentado, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La Corte no casó oficiosamente la sentencia, por cuanto la pena tasada por el juzgador no excedió el límite del otro tanto impuesto respecto del delito más grave, ni la suma aritmética de los dos ilícitos concursantes; por lo que se cumplió con el cometido de la acumulación jurídica de penas.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Hacia las 10:00 p.m. del 4 de septiembre de 2015, mientras la pareja conformada por JCR y RASD dormía en su residencia, un sujeto que vestía pasamontañas negro, camisa de mangas largas de color gris con negro y pantalón negro ingresó a la vivienda y disparó inicialmente contra el segundo, causándole instantáneamente la muerte, como producto de una herida en la carótida común izquierda, que le provocó un shock hipovolémico.
2. Enseguida, luego de que el intruso despertó a la señora JCR y le pidió que se levantara

de su cama y saliera, disparó contra ella a la altura del pecho, quedando gravemente herida, lo que no impidió que esta se abalanzara contra su agresor, con el propósito de desarmarlo sin lograrlo, ante lo cual él la golpeó en la cabeza con el arma de fuego y emprendió la huida por el patio trasero de la casa.

3. La mujer se arrastró hasta la puerta de ingreso a su domicilio para pedir auxilio, siendo socorrida por sus vecinos y una patrulla de vigilancia de la policía, que, tras solicitar apoyo, siguió los rastros de sangre dejados por el atacante y llegó a una vivienda cercana, la cual fue allanada con el consentimiento de su morador -un adolescente de 14 años de edad-, quien les relató que momentos antes había arribado al lugar CAGR y que se refugió en una habitación de la edificación.
4. En su interior, los uniformados encontraron un “pasamontañas” de color negro, un silenciador artesanal hecho a base de una botella plástica y una media blanca. Así mismo, en el patio hallaron un arma de fuego plateada, tipo revólver, marca Smith & Wesson, calibre 38, una camisa gris con rayas negras y un pantalón de color negro, razón por la cual se dio inmediata captura a CAGR.
5. Mediante proveído del 17 de septiembre de 2020, el Juez de conocimiento condenó a JRGH como autor responsable de los delitos por los que fue acusado, a la pena principal de cuatrocientos setenta y dos (472) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término y de privación del derecho a la tenencia de porte de armas por cuarenta y ocho (48) meses. También, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y ordenó el comiso del revólver.
6. El fallo fue apelado por la defensa técnica y el 2 de diciembre de idéntico año la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal lo confirmó, con la modificación consistente en reducir la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a veinte (20) años.
7. El inculpado interpuso el recurso extraordinario de casación y, un nuevo

apoderado presentó, en tiempo, el libelo correspondiente.

8. A través de auto CSJ AP668-2023, la Sala de Casación Penal lo inadmitió y dispuso que, en firme esa decisión, y -de ser el caso- agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente al despacho de la Magistrada Ponente para emitir pronunciamiento oficioso acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCURSO - Dosificación punitiva: línea jurisprudencial / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, delito más grave / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, exceda el otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, el incremento no puede ser superior al doble de la pena tasada para el delito más grave, ni superior a la suma aritmética de las conductas concursantes / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: límites del incremento hasta en otro tanto / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: alcance de la expresión suma aritmética / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Diferencia con el sistema de acumulación aritmética / **ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS** - Presupuestos: la suma aritmética de las penas no puede superar el doble de la tasada para el delito más grave / **LEGALIDAD DE LA PENA** - Límite máximo / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: variación

«El artículo 31 de la Ley 599 de 2000 regula los presupuestos para la tasación del concurso de conductas punibles, en los siguientes términos:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad no podrá exceder de sesenta (60) años, ~~salvo cuando al menos una de las disposiciones de la ley penal infringidas contemple como pena hasta la prisión perpetua revisable, caso en el cual, de ser está la condena impuesta, esta última será la única pena de prisión aplicable~~, sin perjuicio de las otras penas principales o accesorias que apliquen al caso.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

(...)

Hasta ahora ha sido criterio consolidado de la Sala que dicha norma establece tres restricciones específicas en la dosificación de la consecuencia punitiva, cuando quiera que concurren de manera homogénea o heterogénea varios delitos, las cuales se concretan en i) la imposibilidad de exceder de 60 años la pena definitiva, ii) la prohibición de imponer una sanción que supere el otro tanto de la sanción señalada para el delito base -el individualizado con la pena más alta- y iii) la inviabilidad de fijarla en un monto equivalente a la suma aritmética de las penas individualmente consideradas.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SP2998-2014, 12 Mar. 2014, rad. 42623 -reiterada en CSJ SP12861-2015, rad. 38076; CSJ SP14845-2015, rad. 43868; CSJ SP13350-2016, rad. 47588; CSJ AP5920-2017, rad. 50530, CSJ Sp4238-2021, rad. 58625, entre otras-, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

«El artículo 31 de la Ley 599 de 2000, prevé que a quien con una sola acción o una omisión, o con varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones penales, o varias veces la misma disposición penal, se le impondrá una sanción equivalente a la prevista para la pena más grave, aumentada “hasta en otro tanto”, sin que supere la suma aritmética de las penas correspondientes a los respectivos delitos, debidamente dosificados cada uno de ellos, y sin que la privación de la libertad exceda de los 40 años de prisión, si se trata de un hecho ocurrido antes de la Ley 890 de 2004, pues esta aumentó hasta 60 años ese marco máximo.

Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha extractado las siguientes conclusiones:

a) El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

b) La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]

c) Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].

d) El incremento de “hasta en otro tanto” de “la pena más grave” no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

e) En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado. Según la Corte:

“Valga aclarar que la expresión **suma aritmética** mencionada en el artículo 28 del C. P. [actual artículo 31] es una limitante del ‘tanto’ en que puede aumentarse la pena por el número plural homogéneo o heterogéneo de conductas delictivas que simultáneamente en una actuación procesal deban sancionarse, pero nada tiene que ver esa suma con el sistema denominado ‘acumulación aritmética’, el cual corresponde a la aplicación del principio ‘tot delicta, tot poena’, y que significa agregar materialmente las penas de todos los reatos, siendo su resultado la sanción a imponerse. El legislador colombiano, en el código de 1980 como en el del año 2000, acogió en los artículos 26 y 31 en mención el sistema de la adición jurídica de penas, que consiste en acumularlas por debajo de la suma aritmética, sobresaliendo el hecho de que el aumento punitivo se toma a partir de la sanción individualizada para el delito base, sin importar la naturaleza y especie de la pena de los delitos concurrentes, a condición de que en éstos prime la menor intensidad punitiva en relación con la del básico y, en los eventos en que prevean adicionalmente una consecuencia jurídica distinta a la prevista en ésta, como lo dicen las normas citadas, se tendrá en cuenta, a efectos de hacer la tasación correspondiente»

Concretamente, frente a la última regla, la Sala ha venido estimando que cuando de concurso de ilícitos se trata, es viable aumentar la pena base hasta en otro tanto de la pena aplicada al delito más grave, siempre y cuando ese mayor valor de incremento no supere la suma aritmética de cada uno de los delitos individualmente considerados e individualmente tasados.

Sin embargo, una nueva aproximación al artículo 31 del Código Penal, que atiende una correcta hermenéutica, anclada en su propio tenor, permite establecer que la suma aritmética de las penas individualmente consideradas solamente está prohibida cuando quiera que el incremento punitivo sobre la pena del delito más grave, por razón de las conductas punibles concursales, exceda el otro tanto.

Así, del tenor del precepto examinado se infiere claramente el propósito del legislador de establecer dos límites que interactúan recíprocamente para gobernar la discrecionalidad del juez en eventos de concurso de conductas punibles: el incremento por razón del concurso no puede ser superior al doble - hasta en otro tanto, dice la norma”- de la pena

tasada para la conducta más grave, y éste a su vez, no puede ser superior a la suma aritmética de las conductas concursantes con aquella.

Esta interpretación, entraña la obligación de que la suma aritmética de las sanciones que correspondan a los respectivos punibles en concurso no supere el doble de la delimitada para la infracción mayor, lectura esta que además de emerger claramente del tenor literal de la norma, no desconoce los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, derivado de la máxima de prohibición de exceso, en los términos del artículo 3° de la Ley 599 de 2000 y que se ajusta a las funciones de la pena de retribución justa y prevención especial.

En efecto, advierte la Corte que, la tesis que hasta ahora prohijaba en su jurisprudencia, impone una restricción excesiva a la discrecionalidad reglada del funcionario judicial en la tasación de la pena, que no se desprende de la norma y que, por ende, es ajena al debido proceso sancionatorio.

Ciertamente, es indispensable destacar que, la intención del legislador, quien acogió la iniciativa legislativa de la Fiscalía General de la Nación - proyecto de ley 40 de 1998-, fue la de mantener la misma estructura de acumulación jurídica de penas, la cual, bajo el rito del artículo 26 del Decreto 100 de 1980, explícitamente, contemplaba la regla de “hasta en otro tanto” y no preveía la de la prohibición de la suma aritmética, misma que, en todo caso, fue añadida en la Ley 599 de 2000, en clave de precisión, para proscribir, se insiste, cualquier exceso por encima del doble de la pena dosificada para el delito base.

De este modo, la pena del delito más grave, incrementada por el concurso, siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al otro tanto y, por consiguiente, cualquier suma aritmética por encima de ese límite infringe el principio de legalidad de la pena.

En el sentido anotado se corrige la jurisprudencia en cuanto a las reglas para la tasación del concurso de conductas punibles.

[...] como quedó plasmado en los antecedentes de esta decisión, CAGR fue condenado, en primera instancia, por el concurso de punibles de homicidio consumado y tentado, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a título de autor, a la pena principal de cuatrocientos

setenta y dos (472) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término y de privación del derecho a la tenencia de porte de armas por cuarenta y ocho (48) meses.

En segunda instancia, el Tribunal modificó, exclusivamente, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para fijarla en 20 años.

En cuanto a la pena de prisión, una vez el a quo individualizó, dentro del primer cuarto de movilidad, las penas para cada uno de los punibles: 240 meses por el de homicidio consumado -delito base-, 124 meses por el de homicidio en su modalidad tentada y 108 por el de porte ilegal de armas, procedió a sumar esas cifras, obteniendo como resultado una pena definitiva de 472 meses de prisión, misma que,

bajo la tesis que, desde esta decisión, prohija la Corte, respeta el principio de legalidad de la pena, en tanto no excedió el límite de “hasta en otro tanto” de la pena aplicada a la conducta más grave.

En efecto, dado que el juzgador tasó 240 meses de prisión por el delito de homicidio consumado, estaba habilitado para imponer hasta otros 240 meses por razón de los punibles de homicidio imperfecto y porte ilegal de armas, pero finalmente se decantó por 232 meses, los que no exceden, por consecuencia, el límite del otro tanto impuesto respecto del delito más grave. Además, como la suma aritmética de estos dos ilícitos concursantes no excedió ese baremo, es evidente que se cumplió con el cometido de la acumulación jurídica de penas».

DELITOS DE LESA HUMANIDAD -

Prescripción: son delitos imprescriptibles, hasta que el sujeto es vinculado al proceso penal / **LEY 1121 DE 2006** - Vigencia / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Alcance de la Ley 1121 de 2006

La Corte Suprema de Justicia examinó la demanda de casación presentada por el defensor de MNSR, contra la sentencia a través de la cual la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la providencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que la condenó en calidad de coautora penalmente responsable del delito de homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo con el reato de desaparición forzada agravada, y autora del delito de concierto para delinquir agravado.

La Sala inadmitió la demanda, pero casó de oficio y de manera parcial la sentencia impugnada, en el sentido de decretar la nulidad parcial de lo actuado a partir del 28 de abril de 2020, por el acaecimiento del fenómeno de la prescripción de la acción penal respecto del delito de concierto para delinquir agravado. En consecuencia, cesó el procedimiento en favor de MNSR, exclusivamente por ese delito y redosificó la pena definitiva que debe cumplir la procesada.

Para ello, la Corte recordó que, frente a los delitos imprescriptibles, los términos prescriptivos, tanto en la etapa de investigación, como en la de juzgamiento, cobran vigor con lo estatuido en el

artículo 83 y ss. del Código Penal, a partir del momento en que el investigado es identificado, individualizado y debidamente vinculado al proceso respectivo.

SP373-2023(63588) de 06/09/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 11 de mayo de 2002, el bus 820 de Flota La Macarena, se dirigía por la vereda Campo Alegre del municipio de Vista Hermosa, Meta. En él viajaba el ciudadano POFB. El bus fue detenido por 3 personas -2 hombres y 1 mujer- pertenecientes a un grupo paramilitar que hicieron descender del rodante a POFB quien era asistente técnico de la UMATA de Vista Hermosa.
2. Los 3 sujetos procedieron a ultimar al ciudadano POFB mediante el uso de armas de fuego que llevaban consigo; luego desmembraron su cuerpo y lo enterraron cerca del lugar del deceso.
3. Días después, la Cruz Roja le solicitó a las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada la entrega del cuerpo de POFB; empero, los altos mandos habían ordenado

la exhumación del cadáver y su disposición en las aguas de un río.

4. La mujer que participó en estos hechos se identificó como MNSR.
5. Ejecutoriada la resolución de acusación, la competencia para el conocimiento de la etapa del juicio fue asignada al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, ante el cual se adelantó la fase de juzgamiento, que culminó el 27 de agosto de 2018, con el proferimiento de la sentencia, por medio de la cual se condenó a MNSR, a 40 años de prisión, multa en cuantía equivalente a 7.500 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años y la privación del derecho a la tenencia de armas de fuego por 4 años y 6 meses, luego de hallarla coautora penalmente responsable del delito de homicidio en persona protegida, en concurso heterogéneo con el reato de desaparición forzada agravada, y autora del delito de concierto para delinquir agravado.
6. En contra de la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, pero esta fue confirmada en todas sus partes por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 31 de octubre de 2022, decisión en contra de la cual el defensor de la procesada interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS DE LESA HUMANIDAD - Prescripción: son delitos imprescriptibles / **DELITOS DE LESA HUMANIDAD** - Prescripción: son delitos imprescriptibles, hasta que el sujeto es vinculado al proceso penal / **PRESCRIPCIÓN** - Delitos de lesa humanidad / **PRESCRIPCIÓN** - Término a tener en cuenta / **PRESCRIPCIÓN** - Interrupción del término / **PRESCRIPCIÓN** - Concierto para delinquir agravado / **PRESCRIPCIÓN** - Declaratoria en el trámite casacional: por medio de la nulidad de la sentencia y la cesación de procedimiento / **LEY 1121 DE 2006** - Vigencia / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Alcance de la Ley 1121 de 2006 / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: por prescripción de uno de los delitos

«La Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e

intervenientes en la actuación, advierte necesario realizar un pronunciamiento oficioso, en orden a restablecer los derechos de la acusada, en los siguientes términos.

A manera de proemio, se debe indicar que el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014 -norma que no se encontraba vigente para el momento de la comisión de los hechos-, por medio del cual se modificó el artículo 83 del Código Penal, dispone que «La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible»; sin embargo, la Corte, de manera reiterada, ha señalado, frente a los delitos imprescriptibles, que los términos prescriptivos, tanto en la etapa de investigación, como en la de juzgamiento, cobran vigor con lo estatuido en el artículo 83 y ss. del Código Penal, a partir del momento en que el investigado es identificado, individualizado y debidamente vinculado al proceso respectivo (CSJ SP145-2015, Rad. 45795; CSJ SP2546-2018, Rad. 52747; CSJ SP4281-2020, Rad. 55649).

Hecha la anterior precisión, el artículo 83 del Código Penal dispone que «la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad».

Así mismo, el artículo 86 ibidem dispone que la prescripción de la acción penal se interrumpe, en procesos adelantados bajo el trámite de la Ley 600 de 2000, con la ejecutoria de la resolución de acusación, y se vuelve a contar el término por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, el cual no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

En la resolución que resolvió la situación jurídica -13 de septiembre del 2013- y en la que calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en primera -6 de febrero de 2014- y en segunda instancia -28 de abril de 2014- la fiscalía le enrostró a MNSR la comisión del delito de concierto para delinquir agravado, ente otras conductas, y se indicó de manera categórica que las penas correspondían a las descritas en el artículo 340 del Código Penal con la modificación introducida por el artículo 8° de la 733 de 2002, sin que se hubiese hecho mención a la modificación introducida posteriormente por la Ley 1121 de 2006, norma que fue expedida el 29 de diciembre de ese año, que entre otras cosas, aumentó las penas para ese comportamiento.

Por otro lado, la fiscalía nunca delimitó hasta que fecha MNSR perteneció al bloque centauros de las autodefensas campesinas de Córdoba y Urabá, frentes Meta y Guaviare, no obstante, dentro del presente asunto aparece acreditado que dicha organización se desmovilizó en dos bloques, el 2 de septiembre de 2005 y el 11 de abril de 2006, fechas para las cuales no se encontraba vigente la Ley 1121 del 2006, de modo que esta última norma no podrá ser tenida en cuenta para efectos de examinar si en este asunto operó el fenómeno de la prescripción por el delito de concierto para delinquir agravado.

Dicho esto, el delito de concierto para delinquir agravado descrito en el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, establece una pena de 6 a 12 años de prisión. De esta manera, el término prescriptivo para el anotado delito, durante la fase de juzgamiento, es de 6 años.

En ese orden, objetivamente se observa que la resolución de acusación del 6 de febrero de 2014, cobró ejecutoria el 28 de abril de 2014, fecha en la que se resolvió el recurso de apelación, lo que implica que el tiempo con que contaba el Estado para juzgar a la procesada, por el delito de concierto para delinquir agravado, venció el 28 de abril de 2020.

Para la fecha en que acaeció el fenómeno prescriptivo -28 de abril de 2020-, aun no se había emitido la decisión de segunda instancia - lo que ocurrió el 31 de octubre de 2022-, de modo que, cuando el proceso fue remitido a la Corte - 11 de abril de 2023- y al momento en el que fue radicado y repartido ante esta Corporación -13 de abril de 2023-, ya la acción penal por este delito se encontraba prescrita.

En consecuencia, como el término máximo con el cual contaba el Estado para ejercer la facultad sancionadora de la cual es titular, feneció el 28 de abril de 2020, la Corte declarará la nulidad parcial de lo actuado -solo respecto del punible de concierto para delinquir- a partir de esa fecha y, consecuentemente, se decretará la prescripción de la acción penal derivada del delito de concierto para delinquir agravado, por lo que, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, se dispondrá la cesación del procedimiento a favor de la procesada MNSR.

En esas condiciones, la Sala redosificará la pena definitiva que debe cumplir la procesada, para lo cual se conservarán los parámetros considerados por el sentenciador».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Adición de contrato: tope máximo, no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Interventoría: no es requisito legal para que surja a la vida jurídica un contrato de obra /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Interventoría: es requisito de ejecución de los contratos de obra / **CONTRATACIÓN**

ADMINISTRATIVA - Licencia ambiental: requisito previo a la etapa de selección del contratista y a la firma del contrato /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado /

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Delegación: el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, pero sí por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control / **CONTRATO SIN**

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES -

Se configura: por ausencia de estudios previos idóneos / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE**

REQUISITOS LEGALES - Los principios de confianza y de buena fe no eximen de responsabilidad

Decidió la Sala de Casación Penal, el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JJCC, Gobernador del departamento del Huila para el periodo constitucional 2001-2003, en contra de la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, que lo condenó por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La Sala de Casación Penal confirmó la sentencia proferida por la Sala Especial de Primera Instancia, al considerar que se encuentra consolidada la responsabilidad penal de JJCC, tanto en el plano objetivo como subjetivo, respecto de la conducta delictiva por la que fue condenado.

Para ello, analizó las características y elementos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los requerimientos y presupuestos legales de la contratación

administrativa, específicamente la directa; así como los efectos de la delegación realizada por el ordenador del gasto, frente a los principios de confianza y de buena fe, como eximentes de la responsabilidad.

SP386-2023(62645) de 13/09/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. JJCC, en su calidad de Gobernador del departamento del Huila para el periodo 2001 – 2003, delegó en su entonces Secretario de Vías e Infraestructura, el trámite y celebración del contrato de obra No. 586 de 2002, el cual tenía por objeto la construcción, a todo costo, de una piscina para niños en el municipio de San Agustín, por un valor inicial de \$184.800.637.
2. El exgobernador JJCC, permitió que dicho contrato se celebrara pese a no reunir los requisitos legales que le eran exigibles, pues, en su fase previa no se aportaron los estudios técnicos necesarios, en especial, de suelos, además de no contar con interventoría y permisos pertinentes para el adecuado desarrollo de la obra, lo cual derivó, primero, en una adición contractual mediante la suscripción de un otrosí por un valor de \$233.042.109 y una adición de contrato de \$28.954.338 y, segundo, en una serie de suspensiones.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Normativa aplicable: se rige por las reglas de la ley 80 de 1993 / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Principios generales: aplicación para todos los contratos / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Modalidades de selección: contratación directa, procedencia / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Estudios previos al proceso de selección / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Adición de contrato: concepto y procedencia / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Adición de contrato: tope máximo, no podrá superar el cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial / **CONTRATO SIN**

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Se configura: por ausencia de estudios previos idóneos

«[...] la Sala, al igual que el fallador de primer grado, encuentra acreditado: i) la condición de servidor público de JJCC y que, ii) en ejercicio de sus funciones como Gobernador, delegó la suscripción del contrato No. [...] de 31 de diciembre de 2002.

Ahora, se tiene que, el contrato de obra No. [...], fue suscrito entre la Gobernación del Huila y la empresa [...] Ltda., el 31 de diciembre de 2002, por un valor inicial de \$184.800.637 y un plazo de ejecución de 90 días calendario, siendo su objeto la construcción, a todo costo, de una piscina para niños en el municipio de San Agustín.

Monto que permitía acudir a la contratación directa, pues de acuerdo con el presupuesto del ente territorial, no se superaba el límite fijado como de menor cuantía.

[...]

Por su parte, la modalidad de selección referida, esto es, de contratación directa, en el año 2002 - fecha de los hechos- se encontraba regulada por los postulados generales de la Ley 80 de 1993 y los específicos contenidos en el Decreto 855 de 1994.

Así, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estipula que los procesos de contratación estatal se ajustarán a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, los cuales se desarrollan en los cánones 24, 25 y 26, respectivamente, de la misma legislación.

[...]

En el caso concreto, en aras de verificar si la fase previa del contrato [...] de 2002 cumplió con las exigencias legales, esta Corporación pudo determinar que el mismo tuvo su génesis en el proyecto denominado «Primera Etapa Centro Recreacional y Cultural», el cual fue elaborado por la Alcaldía del Municipio de San Agustín, que se encargó de su estructuración y diseño, incluyendo aspectos de orden técnico, fijando su concreción en varias etapas, siendo una de ellas la construcción de una piscina para niños.

Ahora, de acuerdo con la información recaudada en las oficinas de la Gobernación del Huila y aportada al presente proceso, se verifica que el mencionado proyecto, además de su

presentación y justificación, fue acompañado por una serie de documentación compuesta por diseños arquitectónicos, planos eléctricos e hidráulicos, elementos a adquirir y cálculos respecto a las cantidades de obra que se deberían ejecutar en las distintas fases del mismo, echándose de menos la existencia de un estudio de suelos que pudiera respaldar, bien sea la idoneidad del terreno donde se adelantarian las obras, ora, las condiciones particulares del mismo a fin de identificar si las características técnicas de las construcciones a efectuar eran las apropiadas, lo cual era exigible en virtud del principio de economía, propio de la contratación estatal, en punto al deber de planeación.

Así, aun cuando para la época de los hechos no se observa normatividad que de manera específica demande el aporte de un estudio de suelos en aquellos casos donde la administración pretenda la contratación de algún tipo de obra civil, los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 -en su redacción original- sí exigían que anterior a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, se elaboraran los estudios necesarios que determinaran el satisfactorio desarrollo de la labor contratada.

[...]

El objetivo de esos estudios es llegar a establecer las necesidades que determinen la utilización eficiente y eficaz de los recursos disponibles para la ejecución, en este caso, de la obra contratada, lo que, por ejemplo, se ajusta a aspectos de ingeniería básica de la propuesta que permitan realmente identificar o verificar su factibilidad técnica y mostrar todos los requerimientos para hacerlo correctamente funcional.

Bajo esa perspectiva, en el caso concreto se tiene que por ser el objeto del contrato [...] de 2002 la construcción de una piscina, era necesario que su fase previa se encontrara acompañada de un estudio de suelos que permitiera conocer las condiciones del terreno donde se desarrollaría tal tarea, de modo que, tanto la administración como el eventual contratista, supieran con una alta aproximación a la realidad cuáles eran las características topográficas de la zona a intervenir, el nivel freático de la misma y los demás componentes técnicos que permitieran establecer las obras a ejecutar, su cantidad, las características del material a emplear, así como los demás datos que pudieran incidir en el precio final del contrato, todo lo anterior como una clara

forma de materializar la observancia del principio de economía.

No obstante lo anterior, tanto la Alcaldía de San Agustín como la Gobernación del Huila, pasaron por alto la inexistencia de dicho análisis y dieron viabilidad a la ejecución de un proyecto - construcción de piscina de niños-, sin contar con el concepto técnico idóneo que les permitiera tener la seguridad de que el espacio donde se adelantaría la obra era el indicado para tal fin y que los cálculos presentados eran los correctos o, por el contrario, ameritaban una revisión en punto de los conceptos a contratar, especificidad de los materiales, labores a efectuar o cantidades de obra a realizar.

Prueba de su inexistencia no es solo el hecho de no haber sido encontrado en la correspondiente carpeta del contrato [...] de 2002, conforme se establece de los informes de policía judicial No. [...] de 16 de mayo de 2018, donde se indicó que, de los folios allegados por la secretaria de Planeación Territorial del municipio de San Agustín, relacionados con el denominado “proyecto de la primera etapa centro recreacional y cultura - presupuestos y cantidades de obra”, ninguno contenía información acerca de los estudios de suelos; misma aseveración que concuerda con lo consignado en el informe de Policía Judicial No. [...] de 29 de mayo de 2013, resultado de la inspección judicial realizada a la oficina de archivo documental de la Gobernación.

Sino, igualmente, de las manifestaciones realizadas por el interventor de la obra [...]

Y es que no puede dejarse de lado que con el proyecto si se entregaron algunos documentos técnicos, a saber, diseños arquitectónicos, planos eléctricos e hidráulicos, elementos a adquirir y cálculos respecto a las cantidades de obra que se deberían ejecutar en las distintas fases del mismo, pero como se viene destacando no se incorporó aquel estudio de carácter geotécnico en la zona donde se disponía la construcción de la infraestructura ofertada, por la sencilla razón de que no se realizó.

Luego a través de esa testificación y las demás anunciadas, no puede tenerse como verificado la existencia del estudio referido, menos si en cuenta se tiene que sus respuestas tendrían el objetivo de librarse de cualquier tipo de responsabilidad ante el hecho de que aquellos habían viabilizado un proyecto que no contaba con los aspectos técnicos necesarios, situación

que a su vez trascendió en el costo final del contrato analizado.

Ahora, sobre este aspecto, el mayor costo que en últimas demandó el desarrollo de la obra, no desconoce la Sala el hecho de que tratándose de la ejecución de obras las mismas están sometidas a la posibilidad de sufrir variaciones o reajustes que deriven en incrementos de precio o tiempos de ejecución; sin embargo, ello no puede hacerse por montos superiores al 50% de lo inicialmente pactado o, en relación con el plazo, bajo la lógica de que ello únicamente responda a situaciones no previsibles y no a la falta de planeación al momento de realizarse la fase previa del contrato.

Tal como ocurrió en este asunto, en el que se detectó que el departamento del Huila, por esa ausencia de planeación, tuvo que adicionar el valor del contrato en una cifra monetaria superior al 50% del costo inicial, pues a los \$184.800.637 iniciales le agregaron \$261.996.447, lo cual equivale a un incremento del 141.77%, respecto del valor originario.

En igual sentido, en lo que a tiempo atañe, se determinó que el término inicial de ejecución de 90 días fue ampliado con el contrato adicional suscrito el 30 de diciembre de 2003, en 60 días, lo cual equivale a un 66.66% más, respecto del plazo originalmente establecido en el contrato [...] de 2002.

Situación que se identifica como una consecuencia de la ausencia del referido estudio de suelos, puesto que el otrosí y el contrato adicional al negocio jurídico [...] de 2002 fueron producto de la necesidad que le surgió a la administración de tomar medidas correctivas frente a la ejecución de la obra, ya que las particulares condiciones del terreno obligaron a variar factores medulares del contrato como son los volúmenes de excavación, especificaciones técnicas de la piscina y pactar la ejecución de obras adicionales, aspectos estos que pudieron ser advertidos si, de manera oportuna, se hubiera contado con el correspondiente estudio técnico que acá se echa de menos.

Y es que, si se revisan los ítems consignados en las modificaciones contractuales y los oficios y actas que los antecedieron o sucedieron, fácil se observa que corresponden a los gastos que generó la corrección de las inconsistencias que no se advirtieron frente a las cantidades de obras presupuestadas, cálculos estructurales y de cimentación, mismas que pudieron ser

despejadas, como se indicó, con un estudio geotécnico que permitiera un diseño acorde con las características de los suelos objeto de intervención.

[...]

Esta información, deja expuesto que en la presentación del proyecto se faltó al deber de planeación, ya que bastaron 2 meses de ejecución de la obra para poder advertir que las cantidades de obra contratadas para la construcción de la piscina para niños en el municipio de San Agustín, eran manifiestamente inferiores a las realmente requeridas, situación esta que pudo ser fácilmente previsible, si los responsables de adelantar el mencionado proceso contractual hubieran exigido el aporte de los estudios técnicos necesarios para conocer las condiciones del terreno y la intervención que el mismo demandaba para la exitosa concreción de la piscina.

[...]

Entonces, el anterior análisis permite a la Sala manifestar que, contrario a lo sostenido por el recurrente, el contrato No. [...] de 2002, suscrito entre la Gobernación del Huila y la empresa CONINT Ltda., no contó con la documentación técnica que permitiera conocer las condiciones del terreno sobre el cual se ejecutaría la obra allí contratada, contexto que conllevó la necesidad de incurrir en adiciones presupuestales y de tiempo que superaron el tope máximo previsto en el parágrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, siendo ello un claro reflejo de la manifiesta inobservancia del deber de planeación por parte de la administración departamental.

El cual, sí es reprobable al acusado, pues aun cuando el recurrente asegura que durante el trámite precontractual acá analizado, la Gobernación del Huila, representada por JJC, adoptó una serie de medidas orientadas a asegurar que dicha actuación se surtiera con la plena observancia de todas las exigencias técnicas y legales, la Sala encuentra que dicha labor resultó ser insuficiente e ineficaz.

En tal sentido, según la declaración entregada por el encartado, durante su gestión como Gobernador del Huila, las Secretarías Departamentales de Hacienda y Vías e Infraestructura, junto con el Departamento Administrativo Jurídico contaban con personal idóneo encargado de revisar que los diversos procesos contractuales cumplieran en todas sus

fases con las exigencias técnicas y legales requeridas para su exitosa concreción.

Dicha labor, según comentó, fue reforzada con la contratación de la empresa [...] Ltda., la cual, mediante la intervención de un equipo interdisciplinario, tenía la obligación de confirmar que los procesos precontractuales cumplieran con las especificaciones técnicas y legales que permitieran un concepto de factibilidad.

No obstante, al indagarse al procesado sobre el modo cómo se cumplía la labor antes descrita, pudo constatarse que la misma no pasaba de ser una mera verificación formal de documentos que no entrañaba ningún tipo de análisis que advirtiera la existencia de falencias técnicas que, de ser oportunamente corregidas, le evitara a la administración incurrir en riesgos innecesarios.

Relevante es acá recordar lo dicho por la testigo DHR, representante legal de la empresa consultora [...] Ltda., quien en su intervención dejó claro que la labor de ésta -[...] Ltda.- respecto de los procesos contractuales, no iba más allá de diligenciar una lista de chequeo que permitiera reconocer la mera existencia de una documentación mínima, ello sin detenerse a verificar si el contenido de la misma se ajustaba o no a la realidad, pues, como dijo, nadie acudía a inspeccionar el sitio donde tendría lugar las obras, pues se confiaba en que los datos suministrados por los municipios eran ciertos y no ameritaban constatación.

[...]

De ese modo, es evidente que aun cuando con la celebración del referido contrato se tuvo la intención de contar con un personal calificado para constatar que los proyectos de electrificación, vías e infraestructura presentados ante la Gobernación del Huila contaran con los requisitos mínimos para impartirles viabilidad, lo cierto es que las facultades finalmente entregadas al contratista no resultaban ser lo suficientemente amplias como para ejercer una función de verificación desde el punto de vista técnico que permitiera observar las posibles deficiencias que se presentaban en los proyectos a examinar.

[...]

En ese sentido, resulta claro cuan insuficiente e irrelevante resultó en este caso constatar la

existencia de una serie de documentos, en la fase previa del contrato [...] de 2002, cuando:

Los encargados de ejecutar dicha labor no repararon en la inexistencia de un estudio de suelos sobre el terreno donde se construiría la piscina de niños en el municipio de San Agustín; documento de gran importancia en el proceso precontractual, toda vez que el mismo marcaría pautas técnicas y de diseño que impactarían en el costo final del contrato y la calidad de la obra.

No se constató que el contenido de la documentación, en especial lo referente a los diseños y cálculos de la obra, correspondiera con la realidad del predio donde se ejecutaría la misma y con su magnitud, pues jamás se contempló la posibilidad de siquiera hacer una visita al lugar de la obra, previo a la celebración del contrato, con el único objetivo de verificar que los conceptos técnicos entregados por el municipio interesado, fueran los correctos, situación que derivó en la necesidad posterior de ajustar cantidades de obra contratadas y conceptos a ejecutar, haciendo así que, la administración debiera incurrir en mayores costos para poder culminar la construcción de la piscina.

Bajo esa perspectiva, no es cierto que la administración departamental del Huila, representada por el entonces Gobernador JJCC, adoptara y ejecutara los controles necesarios a fin de asegurar que el contrato [...] de 2002 contara con los estudios previos pertinentes, idóneos y fidedignos, que permitieran adelantar un proceso precontractual que cumpliera con los postulados de economía y responsabilidad, previstos en la Ley 80 de 1993.

Por modo que, ha de indicarse que, hasta acá, no se advierte que el fallador de instancia incurriera en algún tipo de yerro en el proceso de valoración probatoria, pues, como viene de verse, la información recaudada a lo largo del presente trámite procesal da cuenta de que el contrato [...] de 2002, fue tramitado sin el lleno de los requisitos legales, en la medida que su fase previa no se acompañó de unos estudios previos idóneos que suministraran información cierta acerca de los conceptos y cantidades de obra a contratar y ejecutar.

Así las cosas, viable resulta concluir que, con la no realización del referido estudio de suelos en la fase previa a la celebración del contrato [...] de 2002, se desatendió los mandatos normativos

contenidos en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así como el previsto en el numeral 1° del canon 30 de la misma legislación, disposiciones legales estas que, en conjunto, desarrollan el deber de planeación como parte integral del principio de economía, propio de la contratación estatal»

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Interventoría: no es requisito legal para que surja a la vida jurídica un contrato de obra / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Interventoría: es requisito de ejecución de los contratos de obra / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Licencia ambiental: requisito previo a la etapa de selección del contratista y a la firma del contrato

«[...] la Sala acompaña la postura del fallador de primer grado en el sentido de indicar que, si bien es cierto esos aspectos no son propios de las exigencias legales que constituyen la fase previa de la celebración del contrato de obra, no menos es que su inobservancia, en el caso concreto, llevó a producir una prolongada e injustificada dilación en el tiempo de ejecución del objeto contractual, lo cual, a todas luces, resulta ser refractario al deber de planeación, impactando directamente en el principio de economía.

En efecto, la no adecuada planeación del contrato [...] de 2002 hizo que este fuera suscrito, sin detenerse en que para dar inicio la obra, era necesaria la interventoría, razón por la cual, el mismo día que se firmó el acta de iniciación -29 de enero de 2003-, se suscribió la primera suspensión de obra, situación que se prolongó hasta el 19 de agosto 2003.

Tal evento, por sí solo, causó un perjuicio significativo a la administración, en la medida que la obra contratada, desde su estreno, registró un retraso de 7 meses, al tiempo que derivó en el retraso para el trámite de los permisos ambientales necesarios en la ejecución del proyecto, pues los mismos sólo se pudieron solicitar cuando ya se contaba con la certeza de que la obra podía ponerse en marcha.

De manera que, aun cuando la preexistencia del contrato de interventoría no es requisito legal para que surja a la vida jurídica uno de obra, no puede desconocerse que tratándose de contratación estatal la ejecución de este no puede iniciarse sin la existencia de aquél, menos cuando, desde la misma fase precontractual, se

ha anunciado la necesidad de contar con dicha figura.

En efecto, al revisar la documentación que acompañó al edicto No. 17 de 2002, en virtud del cual se efectuó la invitación para participar en el proceso que culminó con la celebración del contrato [...] de 2002, se observa que en el cuerpo del proyecto de minuta de contrato, en su cláusula tercera, se hace mención expresa sobre la existencia de la figura de interventoría y la función que su titular tendría ante la posible solicitud de prórroga del término de ejecución de la obra, luego es claro que la administración departamental siempre tuvo presente que el referido contrato no podría iniciarse, sin que previamente se designara o contratara el correspondiente interventor.

Así las cosas, no resulta desproporcionado exigir a los responsables de la contratación pública en el departamento del Huila que, a fin de evitar retrasos injustificados que redundaran en perjuicios económicos para el departamento, tramitaran de manera paralela al proceso de selección del contratista, el correspondiente contrato de interventoría.

En igual sentido debe reseñarse que, si la administración departamental sabía que la ejecución de la obra contratada requería del trámite y concesión de unos permisos ambientales, era propio del deber de planeación, conforme lo reseñado en el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, adelantar las gestiones pertinentes a fin de obtener esas licencias antes que se suscribiera el contrato [...] de 2002, pues con ese actuar también garantizaba que la ejecución del contrato no sufriera retrasos que, por su previsibilidad, resultaban ser innecesarios.

[...]

En suma, en el asunto sub examine sí existió una ausencia del deber de planeación en la celebración del contrato [...] de 2002, causada por la actitud pasiva de JJCC quien, de manera deliberada, dejó de ejercer sus obligaciones como titular de la función contractual, permitiendo así que se celebrara un acuerdo de voluntades que, no contaba con exigencias que le eran connaturales para su normal desarrollo.

En síntesis, acertado resulta sostener que, la fase previa del contrato [...] de 2002 no cumplió con las exigencias legales que eran propias a su naturaleza, pues, de una parte, no existió un

estudio de suelos que permitiera contar con información técnica precisa y veraz sobre las condiciones del terreno donde se ejecutaría la obra y, de otra, se permitió llegar a la suscripción del acuerdo de voluntades sin contar con una interventoría contratada ni los permisos ambientales para el tratamiento de materiales de cantera y granulados; eventos que resultan contrarios a las disposiciones contenidas en los artículos 25 -numerales 7 y 12- y 30 -numeral 1- de la Ley 80 de 1993, incurriéndose así, en un flagrante desconocimiento del principio de economía, por ausencia del deber de planeación, lo que de contera lleva a la concreción, desde el plano objetivo, del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Delegación: quien delega tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación: el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, pero si por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación: principio de responsabilidad subjetiva / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Delegación y desconcentración: no deriva en la ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - Principio de responsabilidad: celebrar un contrato de consultoría no es suficiente para evadir el deber de vigilancia y control / **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** - El gobernador a nivel departamental es el competente para celebrar contratos estatales / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Tipicidad subjetiva: dolo / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Frente al principio de confianza legítima / **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** - Los principios de confianza y de buena fe no eximen de responsabilidad

«[...] sea lo primero mencionar que el objeto de dicho contrato, esto es, la construcción de una piscina para niños en el municipio de San Agustín, hacía parte de un macroproyecto -centro recreacional- que fue galardonado por la propia Gobernación en medio de un concurso que realizó, en aquella época, la Secretaría de Planeación Departamental, situación que por sí

sola había impuesto la carga, en el ente territorial, de ejecutar dicha obra a modo de premio.

Notoriedad por virtud de la cual, JJCC, en su condición de mandatario departamental, conoció la existencia del proyecto, y como él mismo lo admitió en la versión rendida durante la audiencia de juicio oral, supo de unas iniciales falencias que presentaba el mismo.

Sobre el particular, el exgobernador en la sesión de audiencia de juicio oral llevada a cabo el 13 de junio de 2022, contó que el proyecto macro fue devuelto en varias ocasiones por el departamento al municipio de San Agustín, con el objetivo de que éste hiciera los ajustes y correcciones que le eran señalados -no entrega pormenores, resaltando que, en una ocasión, él mismo se encargó de poner en contacto al mencionado municipio con su equipo consultor -[...] Ltda.-, en cabeza de DH, para que ella se encargara de revisar el proyecto antes que se procediera con su radicación en el Banco de Proyectos del departamento.

Quiere decir lo anterior que, desde antes de darse inicio al proceso de selección de contratista, JJCC sabía que el proyecto del cual se derivaba la obra a contratar presentaba inconsistencias y que hubo la necesidad de proceder a su devolución, lo que ameritó, según él, la necesidad de que interviniera su consultora externa para que lo revisara, momento a partir del cual se desentendió del proceso, pues no dio detalles sobre acciones que haya emprendido con posterioridad para conocer la superación de los escollos observados y menos el lleno de requisitos legales.

Con lo que se tiene que fue su libre decisión delegar el trámite de dicho proceso contractual y, posteriormente, desentenderse del mismo, al punto que, por ejemplo, no consta en el plenario que él hubiera adoptado medidas orientadas a asegurarse que los yerros ya conocidos en la fase de creación e inscripción del proyecto, se encontraran corregidos al momento de abrirse el proceso de selección.

Asimismo, es dable sostener que tal era la falta de interés del exgobernador CC por ejercer labores de vigilancia y control respecto de su secretario de vías e infraestructura, que desde los propios actos de delegación pretermitió fijar una estrategia efectiva que le permitiera mantenerse al tanto del correcto avance de los procesos

contractuales y, a partir de ello, tomar las medidas preventivas y correctivas a que hubiera lugar.

[...]

Luego, se advierte que el Gobernador CC además de que fijó en sus delegados la función contractual, no les exigió reportes de cara al trámite de dichos procesos, esto es, que lo mantuvieran al tanto respecto de los avances y vicisitudes que se presentaran en los mismos e, incluso, que previo a adjudicar los contratos se le rindiera un informe indicándole quién sería el adjudicatario, junto con una justificación de la decisión, ello a fin de contar con al menos una posibilidad de enmendar cualquier error que pudiera comprometer los intereses de la administración.

Entonces, se aprecia que el exgobernador JJC, con conocimiento y de manera deliberada, se sustrajo de la dirección de esos procesos y no planteó mecanismos idóneos para minimizar los riesgos propios de la contratación estatal, pues no se aseguró de contar con efectivas herramientas para cumplir su deber de control y vigilancia, y con ello, se concluye que no fue de su interés corregir cualquier irregularidad, lo cual facilitó que se produjera un resultado como el que acá se analiza.

Situación que en nada varía si se mira, las explicaciones relacionadas con la existencia de filtros que permitían asumir al procesado la carencia de deficiencias en el proceso contractual.

[...] ni desde el objeto contractual antes destacado en esta providencia del contrato [...] de 2002 suscrito entre esa empresa y la Gobernación del Huila, representada por el acá procesado -quien en tal calidad lo suscribió-, ni de su ejecución se podía comprender que los procesos contractuales contaban con filtros especializados que permitían descartar la presencia de falencias trascendentes.

Y sea del caso precisar que, contrario a lo afirmado por el acusado, DH negó en su testimonio en juicio una aproximación al proyecto previo a su radicación en la Oficina de Planeación, como lo expresó CC cuando refirió que puso en contacto al encargado del proyecto en el municipio con esta profesional, en tanto representante de la consultoría, una vez fue devuelto el proyecto, a fin de enmendar las observaciones que lo causaron, pues, la

declarante indicó que solo conoció de él cuanto fue pasado de la Oficina de Planeación a ellos, para el ya referido procedimiento de verificación documental. Situación que descarta, que de alguna manera el exgobernador haya promovido acciones concretas para la adecuación del mismo.

Asimismo, se observa que el acatamiento de las labores desarrolladas por la empresa consultora, eran objeto de vigilancia por la Secretaría de Vías e Infraestructura, ya que esta dependencia tenía bajo su cargo la supervisión del contrato de consultoría No. [...] de 2002, tal y como se desprende de la cláusula séptima de ese acuerdo de voluntades y la propia manifestación de la representante legal de la firma, quien, en sesión del juicio oral, indicó que a aquella oficina era la que entregaba informes.

Lo cual muestra que, desde la suscripción del contrato de consultoría, se creó una especie de puerta giratoria, entre las labores de la empresa consultora y la Secretaría de Vías e Infraestructura, debido a que las gestiones desarrolladas en la fase precontractual por la primera y que impactaban directamente en la celebración de contratos por la Secretaría de despacho, debían ser a su vez, supervisadas por ésta última, situación que deja expuesto que el acto de control y vigilancia que el procesado asegura haber cumplido mediante la contratación de esa empresa, era ilusoria y con ello que, de forma notoria se estaba sustrayendo de sus obligaciones en materia contractual.

En otras palabras, JJC sabía que contratar una empresa consultora a fin de que esta ejerciera una supuesta labor de constatación formal en los procesos contractuales que se adelantaban en el departamento del Huila en virtud de un acto de delegación, era un acto inane que le serviría de fachada para eludir sus obligaciones de vigilancia y control, todo ello con el objetivo de permitir se celebrara contratos que, como el No. [...] de 2002, no reunían los requisitos mínimos para su suscripción.

[...] una vez el exgobernador CC delegó en su Secretario de Vías e Infraestructura el trámite y celebración del contrato [...] de 2002, de manera consciente y voluntaria procedió a desentenderse por completo de esa actuación, abandonando la obligación legal que le subsistía de ejercer control y vigilancia respecto del acto delegado, ello a fin de asegurarse que el proceso se surtía con la

plena observancia de todos los requisitos legales y técnicos exigibles para ese asunto.

Tal omisión dio campo a que el personal a cargo de los procesos de revisión precontractual, cumplieran su tarea de manera deficiente, causando un perjuicio a la administración departamental, la cual tuvo que asumir después las consecuencias de orden patrimonial que se traducen en una afectación al principio de economía, propio de la contratación estatal.

Ahora bien, pretende la defensa del encartado deslindarlo de las evidentes fallas en el trámite precontractual acá analizado, a partir de sostener que JJCC actuó prevalido del principio de legítima confianza, desconociendo que tal postulado no tiene aplicabilidad en este caso, las razones son las siguientes:

De vieja data esta Sala de Casación ha sostenido que, los funcionarios públicos que detentan la titularidad de la función contractual, no tienen la posibilidad de evadir su responsabilidad frente a los trámites de esa naturaleza, alegando que su proceder se encontraba amparado por la legítima confianza que habían depositado en quienes tenían a su cargo adelantar actuaciones anteriores o posteriores que podían presumirse dotadas de legalidad o acierto.

[...]

Congruente con lo señalado, vale la pena recordar que los numerales 2 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, son claros en señalar que el funcionario público en quien recae la titularidad de la función contractual, tiene la responsabilidad y manejo de dicha actividad, atribuciones estas de las cuales no puede despojarse en virtud del acto de delegación.

6.4.3. Vista la anterior cita normativa y jurisprudencial, evidente resulta que, aun cuando en aplicación de los conceptos de desconcentración y delegación administrativa distintos funcionarios de la Gobernación del Huila hubieran intervenido en la fase previa del contrato [...] de 2002, tal situación no exime de responsabilidad alguna al entonces Gobernador de ese departamento, toda vez que al ser él el titular de la función contractual, era su obligación legal la de ejercer labores de control, vigilancia y constatación que le permitieran contar con la seguridad de que el trámite se ajustaba a la normatividad aplicable al asunto.

Para la Sala resulta insuficiente que el procesado alegue haber confiado la función contractual a personal idóneo e interdisciplinario, si al final él, como Gobernador del Huila y titular de la función contractual, nunca desplegó acción alguna tendiente a comprobar si dicho acompañamiento estaba cumpliendo a cabalidad con sus funciones, dejando de esa manera a su suerte los trámites de contratación departamental.

Así las cosas, resulta improcedente que JJCC pretenda alegar la aplicación del principio de confianza legítima para exonerarse de responsabilidad penal en el presente asunto, ya que, como se vio, desde su posición no le era dable despojarse de sus deberes y responsabilidades legales como titular de la función contractual en el departamento del Huila para el periodo en el que fungió como primer mandatario de ese ente territorial, razón por la cual se desestima la alegación que en tal sentido presentó el recurrente.

A lo que se adiciona, frente al interrogante del defensor de si, en caso de demostrarse la existencia objetiva de la conducta endilgada a su defendido, era posible atribuirle a JJC un actuar doloso, esto es, que él en realidad quiso la materialización del resultado típico que:

Desde el preciso momento en el cual JJC tomó posesión de su cargo como Gobernador del Huila para el periodo 2001-2003, sabía que en él concurría la condición de ser ordenador del gasto a nivel departamental, así como la función contractual, según lo dispuesto en el literal b, del numeral 3 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, luego tenía pleno conocimiento y consciencia de que, en razón de su cargo, la Ley le había confiado la guarda y correcta administración de los recursos públicos.

Asimismo, era de conocimiento del procesado que, de acuerdo con lo normado en el artículo 12 de la mencionada legislación, era potestad suya delegar la facultad de contratación en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes, todo lo anterior con el objetivo de asegurar un correcto funcionamiento de la administración pública y su debida salvaguarda.

De acuerdo con las manifestaciones realizadas por JJCC, tanto en su diligencia de indagatoria como en la versión que rindiera al interior de la audiencia de juicio, se sabe que dicho ciudadano era plenamente consciente sobre las

responsabilidades legales y constitucionales que le concurrían en el ejercicio de su cargo como Gobernador.

Se constató que dado ese grado de conocimiento, el exgobernador CC suscribió el Decreto 1799 de 2002, en virtud del cual le delegó su facultad de celebrar contratos y ordenar el gasto, respecto de 118 proyectos, entre ellos la construcción de la piscina para niños en el municipio de San Agustín, en el ingeniero HQT, Secretario de Vías e Infraestructura del Departamento.

Es de resaltar cómo en tales diligencias el encartado refirió que tal actuación la desplegó con la plena consciencia de que era su facultad hacerlo y que, en consecuencia, quiso otorgarle a su secretario de Vías e Infraestructura tal potestad, en la medida que se trataba de una persona capacitada para sacar adelante los procesos contractuales que allí le fueron confiados.

Para la Sala es claro que, así como JJC tenía la absoluta claridad sobre la facultad legal que le asistía para suscribir el acto de delegación contractual, también se encontraba dotado sobre la consciencia legal de que, al amparo de lo dispuesto en los numerales 2 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, tal proceder no tenía la potencialidad suficiente para exonerarlo de cualquier responsabilidad frente a los eventuales yerros que allí se llegaron a cometer.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto el hecho de que el encartado, en su indagatoria, señaló que con el objetivo de ejercer un control y vigilancia sobre los delegatarios, se les exigía un reporte periódico de sus actuaciones, mismo que era recibido por el Secretario Privado de Gobernación, quien a su vez se encargaba de incorporarlo al archivo correspondiente.

Para la Corte, tales acciones dejan entrever que JJCC tenía plena consciencia acerca de que el acto de delegación no lo eximía de ninguna responsabilidad, pues como él mismo lo admitió en sus intervenciones, dichas medidas tenían por finalidad minimizar los riesgos jurídicos y técnicos que suelen desprenderse de la actividad contractual, riesgos cuyas consecuencias suelen recaer en quien detenta la titularidad de la función contractual que, para el caso de los departamentos, es el respectivo Gobernador.

En todo caso, debe insistirse en el hecho de que tales medidas resultaron ser inocuas, pues

finalmente el exgobernador CC nunca ejerció labores de control, vigilancia y constatación respecto a su delegado ni frente al personal al cual confió el trámite de proceso que culminó con la suscripción del contrato [...] de 2002, omisión esta que derivó en un quebranto a los principios generales que gobiernan a la contratación estatal.

Así las cosas, ha de resaltarse entonces que JJCC tenía pleno conocimiento y consciencia de que, desde el preciso instante en el cual asumió su cargo como Gobernador del Huila, adquiría la obligación de velar por la protección de la administración pública como bien jurídico penalmente tutelado, de manera que, cualquiera acción, omisión o, incluso, extralimitación que resultara contraria a tal objetivo, podría llegar a derivar en la comisión de alguna de las conductas delictuales previstas en el Título XV del Libro Segundo del Código Penal colombiano.

Bajo esa perspectiva puede sostenerse que, una vez el exgobernador CC decide de manera libre, consciente y voluntaria delegar en su Secretario de Vías e Infraestructura el trámite y celebración del contrato [...] de 2002, sabía que le persistía el deber de control, vigilancia y constatación propio del principio de responsabilidad en la contratación estatal, sin embargo, de una manera también libre, consciente y voluntaria opta por dejar de lado tal deber, lo cual se traduce en una omisión que termina por lesionar, dolosamente, el bien jurídico penalmente tutelado cuya protección le había sido confiada en razón de su cargo como primer mandatario departamental».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA -

Delegación: excepcionalmente, en virtud del principio de confianza, exime al encargado de la contratación, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir su responsabilidad

«[...]A JJCC, en calidad de exgobernador del Huila, se le endilgó la comisión del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales a partir de dos hechos concretos, el primero, haber permitido la celebración del contrato [...] de 2002, cuando el mismo, en su fase previa, no cumplió con las exigencias legales mínimas y, el segundo, haber suscrito el otrosí de ese contrato, debido a que ese negocio jurídico desconocía el límite de adición previsto en el parágrafo único del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

[...], contrario a la visión del defensor, los dos asuntos propuestos distan en su esencia y, por lo tanto, en su resolución.

Tratándose del caso concreto de la suscripción del otrosí al contrato [...] de 2002, el A quo tuvo en cuenta que el exgobernador CC actuó con ausencia de dolo en la medida que desplegó acciones para constatar si tal actuación se ajustaba a la legalidad. Para ello, presentó las correspondientes consultas al equipo jurídico de la Gobernación, mismo que luego de examinar antecedentes jurisprudenciales -concepto del 18 de julio de 2002 dado por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil bajo el radicado 1439- y presentar su concepto legal, le convenció de que ningún problema existía en punto de suscribir tal contrato, aun cuando dicho acto significara adicionar el negocio jurídico en un monto monetario y de tiempo, superior al 50% de los valores originalmente consignados en el contrato.

Tal actuación denota una diligencia por cuenta del procesado respecto de asegurarse si la actuación que estaba por concretar se ajustaba a la legalidad, obteniendo como respuesta un documento de compleja comprensión, elaborado por personal especializado, que terminaba por conceptuarle de manera positiva respecto a la posibilidad de celebrar dicho acto.

De allí que, sobre el particular, ningún reproche podía efectuársele a JJC, pues ante la duda de si su proceder se ajustaba a la legalidad o no, acudió a su equipo jurídico a fin de que este absolviera su inquietud, es decir, agotó sus deberes de control y verificación, antes de firmar el aludido documento.

Tal proceder, al margen del grado de acierto, demuestra que era su interés ejecutar su labor en correcta forma, encontrándose con un concepto jurídico que, al ser de difícil comprensión dada la tecnicidad y especificidad del tema, no podía exigírsele que advirtiera el error en el cual estaba a punto de incurrir, situación que, se insiste, es precisamente la que lo releva de responsabilidad.

Ahora bien, contrario a lo anterior, en el caso de la fase previa del contrato [...] de 2002, JJC no

ejerció ninguna labor de vigilancia, verificación y control, pues no consta en el expediente que en algún momento desplegara actividades tendientes a constatar que el personal designado para adelantar el proceso contractual, estuviera haciendo su trabajo de manera correcta y completa, situación que, como se expuso en acápites precedentes, terminó por lesionar el principio de economía, previsto en la Ley 80 de 1993»

PENA - Motivación: intensidad del dolo

«[...] la Sala de Primera instancia consideró que la intensidad del dolo se acentuó cuando, a sabiendas de que los destinatarios de la obra serían los niños y niñas del municipio de San Agustín, población especialmente protegida en virtud de lo normado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, JJC no adoptó medidas de vigilancia y control más severas en torno a la tramitación del contrato [...] de 2002, ello a fin de asegurar que ese grupo poblacional pudiera contar prontamente con una infraestructura recreacional que le asegurara su desarrollo armónico e integral.

Para esta Sala, tal postura no merece ningún tipo de cuestionamiento, ya que estima acertado exigir a los funcionarios públicos un grado de diligencia mayor cuando de por medio se encuentra los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes del país, ya que no puede ser admisible que su desarrollo y el ejercicio de sus derechos fundamentales se vea comprometido por actuaciones como la que acá se analizó, proceder este que puso innecesariamente en riesgo la existencia de un espacio recreacional idóneo, destinado a la población infantil del municipio de San Agustín.

En esa medida sí es posible deducir un mayor reproche a JJCC que justificara dentro del primer cuarto el incremento del mínimo de la pena en dos meses, cuando, a sabiendas que con el contrato [...] de 2002 se pactó la construcción de una obra que beneficiaría a una población con protección constitucional especial, de manera deliberada abandonó sus funciones de control, vigilancia y supervisión».

La Corte Suprema de Justicia, después de verificar que no se presentó solicitud de insistencia frente a la providencia que inadmitió la demanda de casación incoada por el defensor de LMNF contra la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, examinó ese fallo oficiosamente.

La Sala casó oficiosamente la sentencia analizada para, en su lugar, declarar que el delito cometido por LMNF corresponde al de fraude de subvenciones. Además, declaró la prescripción de la acción penal derivada de ese delito y, en consecuencia, decretó la preclusión de la actuación.

Lo anterior, en consideración a que, la procesada fue condenada por el delito de fraude procesal, pero la Ley 1474 de 2011, posterior a la comisión de los hechos, consagra el delito de fraude de subvenciones, el cual se adecua de una manera más precisa a los hechos jurídicamente endilgados a la inculpada, respeta, en todo, la congruencia fáctica y resulta más favorable para ella.

SP398-2023(56885) de 20/09/2023

Magistrado Ponente:
Jorge Hernán Díaz Soto

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. LMNF solicitó, ante la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, la asistencia humanitaria y gastos funerarios por la muerte de AMR, acaecida el 19 de diciembre de 2004, para cuyos efectos adujo su condición de compañera permanente y madre de la menor SJMN, y aportó una declaración rendida bajo la gravedad del juramento, en la que manifestó no conocer a nadie más que tuviese igual o mejor derecho, omitiendo informar que, para el momento del deceso, MLSC convivía con AMR y tenían una hija en común.
2. La autoridad administrativa, en consecuencia, expidió la resolución 18232 del 21 de diciembre de 2006, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de la ayuda

solidaria, por valor de \$14.320.000, a favor de LMNF y de su descendiente SJMN.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FRAUDE DE SUBVENCIONES - Concepto / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Trámite legislativo / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Finalidad del legislador / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Elementos / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Bien jurídico tutelado: administración pública / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Configuración: precisa no invertir los recursos procedentes de la subvención, ayuda o subsidio a la finalidad a la cual estén destinados / **FRAUDE DE SUBVENCIONES** - Configuración: exige que el sujeto activo obtenga la subvención, ayuda o subsidio

«El legislador, a través de la Ley 1474 de 2011, por la cual «se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública», incorporó al estatuto sustantivo un nuevo tipo penal: fraude de subvenciones, que ubicó al interior del título relativo a los “Delitos contra la administración pública”.

En la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo -142 de 2010 Senado /174 de 2010 Cámara- se puso de manifiesto que, con ese cuerpo normativo, se pretendía dotar al Estado de herramientas eficaces para luchar contra la corrupción, en tanto con dicho fenómeno, bastante lesivo para los países modernos, se «vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas». Concretamente, en lo que atañe a las conductas punibles introducidas, se manifestó:

Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagrados en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presentan características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones y los acuerdos restrictivos de la competencia.

(...)

Se crea un nuevo tipo penal que se denomina fraude de subvenciones, con lo cual se adiciona la Ley 599 de 2000, y en él incurrirán quienes obtengan subvención o ayuda pública falseando las condiciones exigidas para su concesión u ocultando las que la hubiese impedido o no invirtiendo los recursos obtenidos en la finalidad a la que están destinados.

Aunque inicialmente solo se planteó penalizar al que obtuviera una subvención o ayuda de entidad pública, en la ponencia para segundo debate en Senado se propuso, como modificación al entonces artículo 38, que también se castigara «la obtención irregular de subsidios provenientes de recursos públicos. Luego, durante la discusión en Plenaria, el senador Manuel Enríquez Rosero, tras definir la corrupción como el «abuso de las posiciones de poder o de confianza para obtener un beneficio particular en detrimento del interés colectivo», explicó:

Se crea el delito de fraude a subvenciones, hoy que tenemos en el ojo del huracán el tema de los recursos entregados por parte del Estado colombiano para apoyar a ciertas actividades de la producción y que estos recursos no son utilizados precisamente para los fines por los cuales se obtuvieron.

Entonces aquí con esta disposición se prevé que cuando se obtengan ayudas públicas, falseando las condiciones exigidas o no se inviertan a los recursos, esos recursos para lo que se solicitaron, entonces incurrirá en el delito de fraude a subvenciones.

Finalmente, el 12 de julio de 2011, se promulgó la Ley 1474, cuyo artículo 26, ubicado dentro del capítulo II -de un total de diez-, referente a las «Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada», es del siguiente tenor:

Artículo 26. FRAUDE DE SUBVENCIONES. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 403A, el cual quedará así:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

De lo expuesto se puede inferir, entre otras cosas, que incurre en él cualquier persona, sea servidor público o particular, y que el bien jurídico protegido es la administración pública.

Adicionalmente, el delito es, en su primer inciso, de acción, pues requiere obtener una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos, cuyo modo es: mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad respecto de los aludidos aspectos; y, en su segundo inciso, de omisión, en tanto precisa no invertir los recursos procedentes de esa subvención, ayuda o subsidio a la finalidad a la cual estén destinados»

FRAUDE PROCESAL - No se configura /
FRAUDE DE SUBVENCIONES - Se configura

«Según lo refleja la actuación penal, la Fiscalía General de la Nación le imputó a LMNF haber engañado a Acción Social para que profiriera un acto administrativo contrario a la ley, toda vez que obtuvo, en beneficio de ella y de su hija, el reconocimiento y pago de una «ayuda solidaria de reparación administrativa por el fallecimiento del señor AMR», para lo cual manifestó, bajo la gravedad del juramento, que no había otra persona que tuviera igual o mejor derecho, pese a conocer que MR poseía una hija, menor de edad, con la señora MLSC.

Así lo concretó la Fiscal Delegada en la audiencia preliminar: [usted engañó] a los servidores públicos y estos profirieron un acto administrativo que vulneraba el reparto equitativo de la suma que usted recibió en beneficio únicamente de su hija», en detrimento de la menor AL.

En consonancia con esa sindicación, en juicio se acreditó que, en la solicitud elevada por la acusada a la autoridad administrativa, mintió con el propósito de lograr, para sí y su descendiente, el reconocimiento y pago de una ayuda económica. Fue así como la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social- expidió la Resolución 18232 del 21 de diciembre de 2006, [...]

Los jueces de instancia, entonces, dieron por probado que LMNF cometió un fraude procesal porque solicitó la asistencia humanitaria y gastos funerarios «como consecuencia del deceso violento de AMR», lo que le fue efectivamente reconocido y pagado y que, con ese propósito, engañó a la administración al manifestar, en declaración juramentada rendida ante notario, que era «la única beneficiaria» y desconocía «otros beneficiarios con igual o mejor derecho», a pesar de que conocía «el otro núcleo familiar que tenía MR con MLSC y su ALMS».

Pues bien, aunque para los falladores se verificaron los elementos típicos del fraude procesal, consideración frente a la cual la Corte no hizo reparo alguno en el auto inadmisorio de la demanda de casación, lo cierto es que, un examen detenido del asunto, revela que los hechos encuentran una adecuación típica más precisa en el delito de fraude de subvenciones, previsto en el artículo 403A del Código Penal. Este último punible posee una mayor riqueza y especificidad y sus elementos guardan una perfecta congruencia con la situación fáctica, toda vez que la acusada obtuvo una ayuda, proveniente de recursos públicos, mediante engaño sobre las condiciones requeridas para ello.

La Fiscalía pasó por alto su existencia, a pesar de que, para la fecha en que hizo la imputación, ya había sido incorporado al estatuto sustantivo y los juzgadores de instancia tampoco lo advirtieron. No obstante, la Corte bien puede hacer la variación jurídica, sin que ello lesione derechos de la acusada»

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Concepto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Ultractividad: concepto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Retroactividad: concepto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Instrumentos internacionales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia, de fraude procesal a fraude de subvenciones

«El principio de favorabilidad, como elemento integrante del debido proceso en materia penal, consagrado tanto en normas internas como externas, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no puede ser desconocido por el juez. El canon 29 de la Constitución Política prevé: “En materia penal, la ley permisiva o

favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”; los artículos 6 -inciso segundo- del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal establecen, respectivamente: “La Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable» y «La Ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

[...]

Por consiguiente, en el evento de sucesión de leyes penales en el tiempo, es imperioso determinar si la nueva ley es desfavorable frente a la anterior, evento en el que esta se seguirá aplicando a las conductas delictivas cometidas durante su vigencia (ultractividad); pero, si la nueva norma contiene previsiones más benéficas que la derogada, aquélla se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia (retroactividad).

En esta ocasión, estamos ante una ley posterior a la comisión de los sucesos que dieron origen a la actuación, que consagra un delito que se adecua de una manera más precisa a los hechos jurídicamente endilgados a la inculpada, respeta, en todo, la congruencia fáctica y resulta más favorable para ella.

Téngase en cuenta que, mientras la pena de prisión establecida para el fraude procesal -así lo declararon los sentenciadores- oscila entre 6 a 12 años, la del fraude de subvenciones es de 5 a 9 años.

Así las cosas, hay lugar a modificar la calificación jurídica y declarar que la conducta punible cometida por LMNF es la de fraude de subvenciones»

PRESCRIPCIÓN - Fraude de subvenciones / **PRESCRIPCIÓN** - Se configura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preclusión de la actuación: por prescripción de la acción penal / **CASACIÓN OFICIOSA** - Sentencia: la Sala varía la calificación jurídica y decreta la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal

«Atendiendo el máximo extremo punitivo antedicho, es ostensible que, a la luz de los preceptos 83 del Código Penal y 292 del Código de Procedimiento Penal, ha operado la prescripción de la acción penal.

En efecto, de acuerdo con el artículo 83, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley para cada delito, término que, a la luz del canon 292, se interrumpe con la formulación de la imputación y, a partir de allí, corre de nuevo, pero en la mitad del anterior, sin que pueda ser inferior a tres años.

Si el delito de fraude de subvenciones tiene prevista una pena de prisión máxima de 9 años, es claro que el término de prescripción, durante el periodo contado entre la imputación y el fallo de segunda instancia, es de 4 años y 6 meses, lapso que se superó en esta ocasión, en tanto la formulación de imputación tuvo lugar el 11 de

octubre de 2013 y la sentencia de segundo grado se dictó el 23 de septiembre de 2019.

Por consiguiente, la Sala debe declarar que operó ese fenómeno jurídico.

En ese orden, se casará oficiosamente la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, para señalar que el delito cometido por LMNF corresponde al de fraude de subvenciones. Como la acción penal derivada de ese punible prescribió, se decretará la consiguiente preclusión de la actuación en favor de la procesada».

DEMANDA DE CASACIÓN - Desistimiento:

extemporáneo / **CASACIÓN** - Desistimiento: la

Sala no lo acepta / **CASACIÓN OFICIOSA** -

Orden de retorno para casación oficiosa: es una decisión del resorte exclusivo de la Sala /

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Casación:

desistimiento, improcedente cuando el recurso ya fue decidido con fallo o con auto inadmisorio

SP402-2023(60382) de 20/09/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

La Corte Suprema de Justicia casó parcialmente, de oficio, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de esa ciudad en contra de JASL, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en el sentido de dejar sin efectos la pena accesoria impuesta, consistente en la “prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal”.

La mencionada decisión se fundamentó en que el juzgador de primera instancia no explicó por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes. Por su parte, el Tribunal no corrigió esa situación irregular.

Previo a la resolución de fondo del asunto, la Corte no aceptó el desistimiento presentado por el procesado y coadyuvado por su defensor, por cuanto el recurso de casación ya había sido inadmitido, y la orden de retorno para casación oficiosa es una decisión del resorte exclusivo de la Sala, sobre la cual las partes no tienen disponibilidad.

1. El 8 de septiembre de 2015, las directivas del complejo carcelario La Picota, ubicado en la ciudad de Bogotá, dispusieron una labor rutinaria de control.
2. En desarrollo de la misma, dos perros entrenados para detectar estupefacientes asumieron un comportamiento compatible con la presencia de ese tipo de sustancias en uno de los casilleros ubicados en el recinto destinado al descanso de los guardias.
3. Al verificar que el “locker” estaba siendo utilizado por el dragoneante JASL, éste, voluntariamente, procedió a su apertura, lo que permitió la incautación de 2275.5 gramos de marihuana.
4. El 29 de julio de 2019, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá lo condenó a 144 meses de prisión, multa equivalente a 248 salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (Art. 43.1) y prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal (Art. 43.8). Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

5. El recurso de apelación interpuesto por la defensa activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena. Lo anterior, mediante proveído del 29 de mayo de 2020, que fue objeto del recurso de casación por el mismo sujeto procesal.
6. Mediante auto del 26 de julio último, la Sala inadmitió la demanda de casación. Dispuso que, una vez surtido el trámite de insistencia, el expediente regresara al despacho del magistrado ponente, para evaluar la posibilidad de casar parcialmente y de oficio el fallo confutado, en lo que concierne a la pena accesoria de prohibición de consumir sustancias estupefacientes.
7. El 3 de agosto último, el procesado desistió del recurso extraordinario de casación. Luego, esta decisión fue coadyuvada por su defensor.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECURSOS - Desistimiento: podrá ejercerse antes de que el funcionario judicial los decida / **DEMANDA DE CASACIÓN** - Desistimiento: extemporáneo / **CASACIÓN** - Desistimiento: la Sala no lo acepta / **CASACIÓN OFICIOSA** - Orden de retorno para casación oficiosa: es una decisión del resorte exclusivo de la Sala / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: Desistimiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: desistimiento, improcedente cuando el recurso ya fue decidido con fallo o con auto inadmisorio

«El artículo 199 de la Ley 906 de 2004 permite desistir del recurso de casación, hasta antes de que la Sala lo decida.

El recurso debe entenderse decidido cuando se dicta fallo de casación y cuando se inadmite integralmente la demanda, pues en este último caso se está resolviendo en forma definitiva sobre su procedencia.

En este asunto, la Sala, mediante auto del 26 de julio último, inadmitió todos los cargos de la demanda y dispuso el retorno de las diligencias a despacho para verificar de oficio la legalidad de la pena accesoria de prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal.

Antes del pronunciamiento oficioso, el procesado, coadyuvado por su defensor, desistió del recurso.

Esta pretensión resulta improcedente por carencia de objeto, toda vez que el recurso ya fue inadmitido, pero, además, porque la orden de retorno para casación oficiosa es una decisión del resorte exclusivo de la Sala, sobre la cual las partes no tienen disponibilidad.

Por tanto, se negará el desistimiento expresado»

PENA ACCESORIA - Prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas / **PENA ACCESORIA** - Determinación discrecional del juez: parámetros / **PENA ACCESORIA** - Debida motivación / **PENA ACCESORIA** - Debe tener relación directa con la realización de la conducta punible

«El artículo 52 del Código Penal dispone que las penas accesorias “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.

La misma norma establece que en la imposición de penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 ídem. Este, a su vez, dispone que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

Además de su expresa consagración legal, esta carga motivacional desarrolla importantes postulados constitucionales, como la dignidad humana, la obligación del Estado de proteger los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, el deber de motivar suficientemente cualquier restricción de los mismos.

El tema ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial a través de los años, en el mismo sentido indicado en precedencia (CSPSP, 15 dic 1999, Rad. 11.981; CSJSP7468, 30 nov 2016, Rad. 48193, entre muchos otros).

En el presente caso, el Juzgado impuso la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 8°, del Código Penal, sin dedicar una sola línea a explicar por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de

conductas semejantes. El Tribunal no corrigió esa situación irregular.

De entrada, se advierte una contradicción en esta materia, porque el procesado no fue condenado por su adicción a las drogas (ello, hipotéticamente, pudo haber generado alguna controversia sobre la destinación del alucinógeno que le fue incautado), sino porque almacenaba

una considerable cantidad de marihuana, con una clara destinación al consumo de terceros.

Por lo anterior, se casará parcialmente, de oficio, el fallo condenatorio, solo en lo que concierne a la pena de prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la que se dejará sin efectos. En los demás aspectos, la referida decisión se mantendrá incólume».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, no es un hecho jurídicamente relevante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, demostración de la fecha de ocurrencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: no se vulnera, cuando hay omisión o falta de precisión acerca de la fecha de los hechos

Resolvió la Corte el recurso de casación interpuesto por la Procuraduría Judicial II Penal contra el fallo proferido por el Tribunal de Cali, mediante el cual revocó la sentencia de condena dictada por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad contra ACT, como autor del “delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado” para, en su lugar, absolverlo por el punible de “actos sexuales con menor de 14 años agravado ocurridos de febrero a marzo de 2018” y “compulsar copias por los hechos ocurridos entre los meses de febrero y marzo de 2019”.

La Sala casó el fallo absolutorio proferido por el Tribunal de Cali para, en su lugar, confirmar la condena proferida contra ACT, en primera instancia, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

En este caso, la Corte recordó que, en sucesos similares, ha precisado que si bien la fecha de los hechos corresponde a un “dato que de forma ideal debe contener el escrito de acusación”, lo cierto es que si no se registra, tal omisión no torna ilegal ese acto o el trámite en general, pues no se trata de un hecho jurídicamente relevante.

Así las cosas, concluyó que, la Fiscalía mantuvo el núcleo fáctico del único comportamiento investigado, tanto en la imputación, como en la acusación, y así se profirió el fallo de condena de primer grado. En esas circunstancias, no se vulneró el principio de congruencia, pues, la fecha en sí misma considerada no constituye un

componente imprescindible en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, siempre que de su presentación pueda establecerse el día o la época de su ocurrencia.

SP414-2023(62801) de 04/10/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

Salvamento de voto:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. En febrero o marzo de 2019, el menor M.A.M.R. , de 12 años de edad, fue accedido carnalmente en una ocasión por ACT, quien aprovechándose de la confianza depositada a raíz de la relación sentimental que sostuvo con SRP, madre de la víctima, ingresó a la casa, amarró sus manos, le colocó un trapo en la boca y mediante la fuerza lo sometió para entonces penetrarlo con su pene por vía anal, amenazándolo a él y otros miembros de su núcleo familiar con causarles la muerte si denunciaban lo sucedido. Al escuchar el relato del niño, su progenitora formuló la correspondiente noticia criminal.
2. En audiencia realizada el 9 de marzo de 2020, el Juez 14 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cali legalizó la aprehensión —previamente ordenada— de ACT y en la misma oportunidad le fue imputada la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en calidad de autor. A instancia de la Fiscalía le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

3. Presentado el escrito de acusación, la respectiva audiencia se realizó el 4 de septiembre de 2020 en los mismos términos de la imputación.
4. Surtida la fase del juicio, el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali dictó fallo contra ACT, condenándolo a 228 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito objeto de acusación. Le fue negada tanto la condena de ejecución condicional como la prisión domiciliaria.
5. Impugnado el fallo por la defensa, el Tribunal de Cali lo revocó para, en su lugar, absolver al procesado por el delito de “actos sexuales con menor de 14 años agravado ocurridos de febrero a marzo de 2018”, mediante la sentencia recurrida en casación por el Ministerio Público, dictada el 7 de septiembre de 2022, oportunidad en la cual dispuso compulsar copias para investigar los sucesos acaecidos entre febrero y marzo de 2019.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia fáctica: el núcleo central de la imputación es intangible / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se debe respetar el eje central o núcleo básico de la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo fáctico de la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, no es un hecho jurídicamente relevante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: tiempo del delito, demostración de la fecha de ocurrencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: no se vulnera, cuando hay omisión o falta de precisión acerca de la fecha de los hechos / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el acceso carnal violento / **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único: prevalece frente al principio de legalidad, evento en que la conducta trasciende al tipo de actos sexuales abusivos y se encasilla en el de acceso carnal, pero no es dable la corrección del verro

«La Corte en sucesos similares al que ahora concita su atención, ha precisado que si bien la fecha de los hechos corresponde a un “dato que de forma ideal debe contener el escrito de

acusación”, lo cierto es que si no se registra, tal omisión no torna “ilegal ese acto o el trámite en general, pues no se trata de un hecho jurídicamente relevante y la información puede completarse en las observaciones al escrito de acusación, o emerger acreditado en la actividad probatoria del juicio, la cual justamente propende por la reconstrucción de la verdad de los sucesos y las circunstancias de todo orden que rodearon su producción”.

En tal sentido, aunque no es paradigma de óptima formulación una acusación en la cual se omita precisar la fecha o siquiera época probable de comisión del comportamiento delictivo, se indicó en la misma decisión, “esas imprecisiones lejos están de constituir irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o los derechos fundamentales”, pues conforme a los requisitos de la acusación establecidos en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, importa destacar el correspondiente a la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, resultando suficiente que la Fiscalía en tal oportunidad ofrezca “una exposición fáctica concreta y suficiente para que el acusado comprenda el devenir ilícito del cual debe defenderse en juicio”

Ahora, la Sala ha dilucidado que el principio de congruencia obedece al imperativo de que exista identidad y uniformidad entre el núcleo fáctico de la imputación, el delito atribuido en la acusación y aquél por el cual se profiere el fallo de condena, con el propósito de garantizar, entre otros, el ejercicio del derecho a la defensa, en cuanto el acusado debe tener certidumbre acerca de los hechos y delitos respecto de los cuales debe defenderse, lo cual conlleva también delimitación del tema de la prueba para las partes e intervinientes.

Ese núcleo fáctico de la imputación corresponde a la secuencia de hechos jurídicamente relevantes que se acomodan al modelo de conducta definido por el legislador en los distintos tipos penales, de manera que se vulnera el principio de congruencia cuando se desconoce dicho núcleo material de hechos.

A partir de las precisiones anteriores, constata la Corte que en este asunto la Fiscalía mantuvo el núcleo fáctico del único comportamiento investigado, tanto en la imputación, como en la acusación y así se profirió el fallo de condena de primer grado, de manera que si bien en la audiencia del 9 de marzo de 2020 no se aludió de

manera alguna a la fecha o época del hecho y en la acusación y su audiencia del 4 de septiembre siguiente se dijo que se trataba del primer trimestre de 2018, para en la anunciación de la teoría del caso al comienzo del debate oral (21 de enero de 2021) precisar que se trató de febrero o marzo de 2019, se impone reconocer que en el ámbito de los hechos jurídicamente relevantes no se introdujo una variación en lo fáctico o en la calificación jurídica.

En efecto, el único comportamiento que motivó este proceso fue el referido al proceder de AC de llegar a la residencia donde se encontraba solo el menor M.A.M.R., de 12 años de edad, hijo de su exnovia, para entonces proceder mediante violencia a amarrarlo y accederlo carnalmente por vía anal. Se colige, por ende, que el núcleo fáctico de la imputación se mantuvo invariable y, en esas circunstancias, no se vulneró el principio de congruencia.

En el juicio se escucharon, además de la declaración de la víctima y de su progenitora SRP, a la Médica SAD, quien realizó la valoración sexológica al niño el 16 de junio de 2019, así como a la psicóloga CP sobre la historia clínica del menor en la Dirección de Sanidad Militar, quien lo escuchó el 17 de julio del mismo año, coincidiendo las cuatro declaraciones en los pormenores relatados por aquél acerca de cómo fue accedido sexualmente mediante sometimiento físico por CT proceder que la Fiscalía adecuó al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pero el Tribunal precisó con acierto en el fallo, que al mediar fuerza, la consumación no se produjo por el consentimiento viciado derivado de la inmadurez psico-sexual del menor, sino por un despliegue de violencia que lo dejó en inacción para proceder a su acceso, es decir, se trató en verdad de un acceso carnal violento, sin incidencia en la punibilidad.

Así, incurrió en error la Corporación de segundo grado al considerar que si bien en sus testimonios, la víctima y su madre afirmaron que los hechos ocurrieron en febrero o marzo de 2019 en su casa ubicada en el Barrio S de Cali, a donde llegó AC y aprovechando que el niño estaba solo lo tomó por la fuerza y luego de quitarle la ropa lo penetró con su miembro viril, pero como la Fiscalía en la acusación dijo que el hecho tuvo lugar en el primer trimestre de 2018 y al referir la teoría del caso precisó que se trató de febrero o marzo de 2019, se quebrantó el principio de

congruencia y por ello absolvió al acusado. En efecto, el Tribunal no ponderó que el núcleo fáctico no se modificó, como quedó visto, y tampoco se condenó en primera instancia por un hecho diferente al establecido en la imputación y en la acusación.

Si como se advirtió inicialmente, el principio de congruencia pretende descartar un indebido sorpresimiento del procesado o de su defensor, encuentra la Sala que tal situación no ocurrió en este caso, pues desde su inicio la Fiscalía precisó los hechos jurídicamente relevantes, sin que su error sobre el año haya resultado ajeno al acusado o su abogado.

Desde luego, causa curiosidad que el Tribunal, luego de manifestar que “aunque no tiene discusión que es notoria la ausencia de fecha o espacio de tiempo en que ocurrieron los vejámenes sexuales que se le endilgan, estos fueron concretados por la Fiscalía en la formulación de acusación en los que se estableció por solicitud de la defensa que ocurrieron en los meses de febrero o marzo de 2018 y por una sola vez, el aquí procesado presuntamente accedió carnalmente por el ano al menor M.A.M.R en su residencia ubicada en el sector de SF S de esta ciudad, cuando el menor contaba con 12 años de edad” y proferir la absolución en favor de AC, haya decidido compulsar copias para que se investiguen los hechos ocurridos en febrero o marzo de 2019, cual si se tratara de una conducta diversa de aquella por la cual decidió absolver, en cuanto es claro en el desarrollo del proceso la Fiscalía insistió en que se trató de un solo episodio.

Al respecto, no en vano el defensor del acusado expresó en el traslado de la demanda de casación que “si bien está demostrada la modalidad y lugar de la conducta, no se probó con precisión cuándo se produjo, aspecto que no se puede subsanar, en cuanto es necesario definir las fechas”, sin tener en cuenta que, como ya lo ha definido la Corte, la fecha en sí misma considerada no constituye un componente imprescindible en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, siempre que de su presentación pueda establecerse el día o la época de su ocurrencia.

En efecto, en este asunto siempre estuvo claro que el suceso ocurrió en Cali, no en Bruselas (Huila), después del rompimiento de la relación sentimental entre CT y la madre de la víctima, no antes.

Además, si el único episodio de produjo cuando el niño tenía 12 años en 2019, se estipuló esa edad para cuando ocurrieron los hechos y se acreditó con el registro civil que nació el 26 de agosto de 2006, no había dificultad para concluir que en el primer semestre de 2018 la víctima tenía 11 años, no 12.

De otra parte, en el curso de la actuación no se negó la relación de AC con SR, madre de la víctima, ni fue desconocida su presencia en Cali desde mediados de 2018, provenientes del Huila, como tampoco que el acusado vivió con ella y el menor en la casa donde ocurrió el comportamiento investigado, todo lo cual permite colegir que el núcleo fáctico permaneció invariable y no se sorprendió al acusado.

Adicionalmente, como testigos de las amenazas que AC hizo a la familia de la víctima, declararon LFMP y YAMR (nuera e hijo de SR, respectivamente), quienes revelaron que las intimidaciones las hizo por vía telefónica o de manera personal, diciéndoles que si denunciaban los decapitaría y metería sus cabezas en una bolsa, amenazas que terminaron cuando CT fue capturado y detenido, circunstancias que descartan el pretendido desconocimiento de los hechos por los cuales fue imputado, acusado y condenado.

Entonces, de acuerdo a lo planteado por el Ministerio Público en la demanda y sustentación,

y avalado por la Fiscalía, se impone casar el fallo absolutorio proferido por el Tribunal para, en su lugar, confirmar la sentencia condenatoria proferida en primera instancia como autor del delito de acceso carnal con menor de 14 años.

Precisa la Sala que si bien conforme al relato de la víctima, al exponer: “Él me cogió a las malas, fue a la pieza donde yo estaba y me cogió a las malas, me llevó a la cama, me amarró de los brazos, le dije que si no me soltaba iba a gritar. Me puso un trapo en la boca, pero no me puso nada en los pies, entonces, como yo me estaba moviendo mucho y todo porque yo no quería que me hiciera nada porque yo intentaba gritar, pero no podía porque tenía ese trapo en la boca. Después de eso, fue donde él me penetró, el me hizo eso, yo saqué fuerza de donde más tenía y me solté, yo lo saqué de la casa. Él se fue, se retiró, yo lo que hice fue bañarme”, el acceso carnal no fue producto del consentimiento viciado por presunción de derecho de inmadurez psico-sexual en su condición de menor de 14 años, sino por la utilización de violencia para hacerlo vulnerable y someterlo, tal imputación jurídica no puede ser modificada en esta decisión, en aras de salvaguardar el derecho a la interdicción de reforma peyorativa de AC, pues así fue imputado y acusado por la Fiscalía, además que por tal punible se profirió el fallo de primer grado, sin que el Ministerio Público apelara tal aspecto».

***Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora***

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