



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Octubre 06 de 2023 n.º 09

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, excepcionalmente por fuera de los escenarios procesales dispuestos, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, el juez puede, de oficio, solicitar información sobre dichos presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, reglas, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y la conciliación preprocesal: acreditación, reglas, aclaración del precedente

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el defensor de ARZ en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira que, confirmó parcialmente la condena emitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de la misma ciudad, por el delito de lesiones personales culposas.

La Sala no casó la sentencia condenatoria impugnada, en protección de la garantía constitucional a la no reforma en peor, ya que si bien, se evidenciaron varios errores en los que incurrió el ad quem, la defensa tiene el carácter de impugnante único.

No obstante, la Sala de Casación Penal, aclaró y complementó el precedente jurisprudencial trazado en la Sentencia CSJSP7343 de 24 de mayo de 2017, radicado 47046, con las siguientes reglas relacionadas con la verificación de la existencia de la querrela y de la conciliación preprocesal: (i) la Fiscalía debe acreditar estos requisitos en la audiencia de imputación, (ii) si no lo hace, debe ser requerido por el juez de control de garantías, (iii) si el asunto no se somete a esta regla general, la falencia puede ser corregida por el fiscal en la audiencia de acusación, (iv) en esta audiencia, el juez de conocimiento debe constatar la existencia de dichos presupuestos, (v) la defensa tiene la posibilidad de exigir la

verificación de los mismos, (vi) incluso durante el juicio oral se puede aportar dicha información, (vii) la existencia de la querrela y la conciliación preprocesal puede acreditarse por cualquier medio, incluyendo las manifestaciones del fiscal –y del defensor, y (viii) las falencias en la demostración de estos requisitos se entienden subsanadas por el defensor si omite pedir las respectivas aclaraciones a lo largo de la actuación penal, principalmente en las audiencias de imputación y acusación.

Por tanto, sostuvo que, es factible, de manera excepcional, que por fuera de los escenarios procesales referidos, se alegue la inexistencia de los requisitos habilitantes de la intervención del Estado en el ámbito penal, siempre y cuando: (i) quien la alegue explique razonablemente la extemporaneidad del planteamiento y (ii) asuma la respectiva carga demostrativa. Ello, teniendo en cuenta que: (iii) la verificación de estos requisitos no está sometida a la reglamentación de las pruebas atinentes a los hechos penalmente relevantes, y (v) las demás partes e intervinientes podrán oponerse.

Asimismo, aclaró la postura fijada, acerca de que, el Tribunal (al resolver la apelación) no estaba facultado para pedir información sobre la querrela, toda vez que: (i) No se trata de la iniciativa probatoria frente a los hechos penalmente relevantes, sino de la verificación de algunos requisitos procesales, (ii) Estos aspectos no hacen parte del tema de prueba, (iii) La verificación de esos requisitos no está sujeta a las reglas de descubrimiento, solicitud y práctica probatoria, (iv) La iniciativa del juez en ese proceso de constatación no afecta su imparcialidad, pues no implica que, de oficio, decreta pruebas sobre la materialidad del delito o la responsabilidad penal, (v) Se trata de buscar un punto de equilibrio entre la verificación de la competencia del Estado para intervenir penalmente un conflicto interpersonal y la

evitación de que las víctimas del delito resulten afectadas por la deficitaria verificación de los referidos presupuestos procesales, que no equivale a su inexistencia. Igualmente, impedir que esos derechos se vean afectados cuando las partes pretenden beneficiarse de sus propias omisiones, como ocurrió en este caso, (vi) La nulidad por las referidas falencias incrementa sustancialmente el riesgo de prescripción, entre otras cosas por el monto de las penas asignadas a los delitos querellables, y (vii) Lo anterior, sin perjuicio del uso indebido de los recursos públicos destinados a la administración de justicia, bien porque se destinen a adelantar procesos cuando el Estado no está facultado para ello (por inexistencia de los requisitos habilitantes), o por los efectos de las nulidades decretadas por la falta de acreditación de los mismos.

SP352-2023(58985) de 23/08/2023

Magistrado Ponente:
Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 20 de junio de 2014, ARZ conducía un autobús de servicio público, en el que se transportaban varias personas. Aproximadamente a las 3:40 de la tarde, invadió el carril ocupado reglamentariamente por la señora CCL, quien conducía un automóvil.
2. De esta forma, causó un accidente de tránsito en el que resultó mortalmente lesionada la señora CCL. En el mismo, resultaron heridos tres pasajeros del autobús. En su orden, las lesiones les generaron las siguientes consecuencias: (i) incapacidad médico legal de 25 días, (ii) perturbación funcional transitorio del órgano del sistema nervioso central, y (iii) incapacidad médico legal de 40 días.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LESIONES PERSONALES CULPOSAS - Evolución legislativa / **LESIONES PERSONALES CULPOSAS** - Delito querellable

«[...] la finalidad de la Ley 1142 de 2007 al modificar la redacción del artículo 74 del C.P.P.

/2004, fue la de sustraer del procedimiento penal ordinario las conductas que, por virtud de la Ley 1153 de ese mismo año, pasarían al régimen contravencional. Con ese propósito, migraron del listado de delitos querellables del estatuto procesal ordinario con destino a la ley de pequeñas causas, entre otras, las lesiones personales sin secuelas, tanto dolosas como culposas, que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad hasta de 30 días, y algunos delitos contra el patrimonio económico como el hurto, la estafa, el abuso de confianza y el daño en bien ajeno, siempre que la cuantía de los mismos no superara los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las variaciones introducidas al artículo 74 procesal no repercutieron en la naturaleza de los delitos trasladados de régimen porque la Ley 1153 de 2007 (art. 34) adoptó la querrela como regla general de procesamiento, exceptuada sólo en casos de captura en flagrancia. En consecuencia, el traslado de conductas desde el código procesal ordinario al régimen de pequeñas causas, efímero por demás dado que este último fue declarado inexecutable mediante sentencia C-879 de 2008; nunca implicó se alterara el carácter querellable de cada una de aquéllas. De esa manera, es claro que la finalidad de la modificación del precitado artículo 74 nunca fue la de habilitar la investigación oficiosa respecto de algunos de los delitos allí consagrados.

La única razón, entonces, por la que operó la reducción de la expresión «lesiones personales culposas» a la de «lesiones personales culposas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días», fue la de excluir de aquélla, antitécnicamente claro está, los atentados contra la integridad sin secuelas consistentes en incapacidad para trabajar o enfermedad por un número de días igual o inferior al allí establecido. Ello, por cuanto, se reitera, esta última conducta sería procesada como contravencional.

Si bien la categoría «lesiones personales culposas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta (30) días» parecería referirse a un solo tipo de lesiones, la prevista en el inciso 2 del artículo 112, lo cierto es que otras partes de la literalidad del artículo 74 permiten sostener que sigue abarcando también las que producen secuelas transitorias o permanentes. En efecto, la técnica de redacción de esa norma consiste en mencionar la especie

delictiva seguida del artículo del Código Penal que la tipifica, este último encerrado en paréntesis. Frente al delito bajo examen, la expresión al inicio referida se acompañó del artículo 120, el cual tipifica la modalidad culposa de todas las formas de lesiones personales, sin que esa disposición fuera restringida con la mención posterior del artículo 112, inciso 2.

A más de lo anterior, el artículo 4 de la Ley 1142 de 2007 mantuvo el requisito de la querrela para las «lesiones personales con deformidad física transitoria» y las «lesiones personales con perturbación funcional transitoria». Siendo así, un entendimiento que excluya del listado las lesiones culposas diferentes a las que solo originen incapacidad o enfermedad superior a 30 días, implicaría una distinción irrazonable según la cual si la conducta que genera aquellos resultados transitorios es dolosa presupone la petición de la parte interesada, pero si es culposa, y menos grave por ende, operará la persecución estatal oficiosa.

Conforme a lo anterior, en vigencia de la Ley 1142 de 2007 las lesiones personales culposas, con excepción de las que consistieran en incapacidad para trabajar o enfermedad por 30 días o menos que por un breve lapso pasaron a ser contravencionales, mantuvieron la naturaleza de delitos querellables que les fue asignado originalmente por la Ley 906 de 2004 y que permanece hasta la fecha actual, aun luego de la reforma implantada con la Ley 1453 de 2011. Esta última, frente al artículo 74, no hizo más que volver a la redacción inicial, es decir, a aquella que incluía todas las conductas punibles que, transitoriamente, se trasladaron al régimen contravencional.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y conciliación preprocesal: no son hechos jurídicamente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, reglas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, debe hacerse en la audiencia de imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, puede hacerse en la audiencia de acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, oportunidad, puede hacerse en la audiencia de juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación,

si se hace deficitariamente y la defensa guarda silencio se entiende convalidada la irregularidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, libertad probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, durante el trámite de la apelación el juzgador no puede solicitar información sobre dichos presupuestos

«En la decisión CSJSP7343, 24 mayo 2017, Rad. 47046, la Sala analizó la siguiente realidad procesal: (i) se trataba de un delito querellable, (ii) la Fiscalía se limitó a asegurar que la querrela fue interpuesta, pero no suministró información suficiente frente a todos elementos de ese requisito, tales como la fecha de interposición, (iii) en las audiencias de imputación, acusación, preparatoria y de juicio oral, la defensa guardó silencio frente al cumplimiento de estos requisitos, y (iv) al afrontar el recurso de apelación, el magistrado ponente ofició a la Fiscalía pidiendo que remitieran un dictamen médico legal y la querrela.

La Sala estableció las siguientes reglas: (i) la querrela -y la conciliación preprocesal- no son hechos jurídicamente relevantes, (ii) su verificación debe hacerse en la audiencia de imputación, (iii) si la Fiscalía omite su acreditación y el de control de garantías no realiza el respectivo control, la verificación puede hacerse en la audiencia de acusación, destinada al saneamiento del proceso, (iv) incluso, este aspecto puede ser constatado durante el juicio oral, (v) si su acreditación se hace deficitariamente y la defensa guarda silencio, se entiende convalidada la irregularidad, (vi) esta verificación está cobijada por el principio de libertad probatoria, (vii) su constatación puede hacerse con la manifestación que haga el fiscal, siempre y cuando suministre la información suficiente para dar por cumplido el requisito, y (viii) durante el trámite de la apelación no es factible que el juzgador solicite información sobre la querrela (y la conciliación pre procesal).»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrela y conciliación preprocesal: acreditación, no está sometida a las reglas dispuestas para la demostración de los hechos penalmente relevantes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: finalidad / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: aclaración y complementación

«Como se indicó en precedencia, no se trata de la demostración de los hechos penalmente relevantes, frente a lo que se activan todas las garantías dispuestas en la Constitución Política, diversos tratados sobre derechos humanos y la Ley 906 de 2004.

De hecho, el escenario principal de verificación de estos requisitos de procedibilidad es la audiencia de imputación. No se discute que la misma no está destinada a la práctica de pruebas y, mucho menos, que puedan ser tenidas en cuenta para la demostración de la responsabilidad penal. Además, la constatación que debe hacer el juez de control de garantías no constituye una prueba a la luz de lo dispuesto en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004:

Fines. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

Ello explica por qué la verificación de estos requisitos puede hacerse por conducto de las manifestaciones del fiscal. Frente a los hechos penalmente relevantes, no se discute que los alegatos de las partes no constituyen prueba.

Al respecto, debe aclararse que para la verificación de estos requisitos también resultan útiles las manifestaciones que haga la defensa, toda vez que: (i) no existen razones para concluir que las constancias que deje la defensa sobre este tema tienen menor valía que las expuestas por el fiscal, y (ii) no parece razonable que la defensa esté interesada en dar por acreditado un requisito de procedibilidad inexistente, toda vez que ello sería contrario a sus intereses.

Por tanto, es claro que la verificación de los requisitos de la querella y la conciliación pre procesal no está sometida a las reglas de prueba aplicables a los presupuestos fácticos de la responsabilidad penal, entre ellas: (i) descubrimiento probatorio, (ii) solicitud durante la audiencia preparatoria, y (iii) práctica durante el juicio oral.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querella y la conciliación preprocesal: acreditación, reglas, aclaración del precedente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y conciliación preprocesal: acreditación, reglas, explicación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y conciliación preprocesal: acreditación,

oportunidad, excepcionalmente por fuera de los escenarios procesales dispuestos, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y conciliación preprocesal: acreditación, el juez puede, de oficio, solicitar información sobre dichos presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Querella y conciliación preprocesal: acreditación, por cualquier medio

«Las reglas sobre la verificación de la querella y la conciliación pre procesal deben orientarse a lograr un punto de equilibrio entre los siguientes aspectos constitucionalmente relevantes: (i) impedir que el Estado intervenga penalmente en un conflicto interpersonal sin estar facultado para ello (por la inexistencia de los referidos requisitos habilitantes), y (ii) evitar, en cuanto sea posible, que las víctimas del delito terminen afectadas por las omisiones de las partes y los jueces en la verificación de dichos requisitos procesales.

A la luz del precedente atrás citado, un punto de equilibrio puede lograrse a partir de las siguientes reglas: (i) la Fiscalía debe acreditar estos requisitos en la audiencia de imputación, (ii) si no lo hace, debe ser requerido por el juez de control de garantías, (iii) si el asunto no se somete a esta regla general, la falencia puede ser corregida por el fiscal en la audiencia de acusación, (iv) en esta audiencia, el juez de conocimiento debe constatar la existencia de dichos presupuestos, (v) la defensa tiene la posibilidad de exigir la verificación de los mismos, (vi) incluso durante el juicio oral se puede aportar dicha información, (vii) la existencia de la querella y la conciliación preprocesal puede acreditarse por cualquier medio, incluyendo las manifestaciones del fiscal -y del defensor, según se aclaró-, y (viii) las falencias en la demostración de estos requisitos se entienden subsanadas por el defensor si omite pedir las respectivas aclaraciones a lo largo de la actuación penal, principalmente en las audiencias de imputación y acusación.

No puede descartarse, desde luego, que las falencias en estos controles den lugar a la continuación de un proceso penal que no debió adelantarse por la inexistencia de los requisitos habilitantes (querella y /o conciliación pre procesal). Se trata de cuestiones trascendentes, pues atañen a la competencia del Estado para intervenir penalmente un conflicto y, principalmente, para imponer una sanción penal,

que necesariamente involucra diversos derechos fundamentales (libertad, buen nombre, etcétera).

Con todo, es deber del funcionario judicial evitar que las partes pretendan sacar provecho de sus propias omisiones, como ocurre en este caso, donde el defensor solicita la terminación de la actuación penal porque la Fiscalía no demostró la realización de la audiencia de conciliación, aunque él intervino en esa diligencia en representación de los intereses del procesado.

Por tanto, es factible, de manera excepcional, que por fuera de los escenarios procesales ya referidos se alegue la inexistencia de los requisitos habilitantes de la intervención del Estado en el ámbito penal, siempre y cuando: (i) quien la alegue explique razonablemente la extemporaneidad del planteamiento, (ii) asuma la respectiva carga demostrativa, (iii) la verificación de estos requisitos no está sometida a la reglamentación de las pruebas atinentes a los hechos penalmente relevantes, y (v) las demás partes e intervinientes podrán oponerse, como también pueden hacerlo, por ejemplo, cuando se aporta información concerniente a la muerte del procesado con el propósito que se declare extinguida la acción penal, o de indemnización integral con el mismo fin.

Sobre la posibilidad de que los jueces actúen de manera oficiosa en el proceso de verificación de los requisitos de procedibilidad ya comentados, en la decisión CSJSP7343, 24 de mayo 2017, Rad. 47046 se dejó entrever que el Tribunal (al resolver la apelación) no estaba facultado para pedir información sobre la querella, en esencia porque ello trasgredía las reglas de prueba (descubrimiento, solicitud en la audiencia preparatoria y práctica en el juicio oral), sin perjuicio de la afectación de la imparcialidad ante esa actuación oficiosa. Esta postura debe ser aclarada, toda vez que,

(i) No se trata de la iniciativa probatoria frente a los hechos penalmente relevantes, sino de la verificación de algunos requisitos procesales.

(ii) Estos aspectos no hacen parte del tema de prueba, en el sentido previsto en el artículo 372 atrás citado.

(iii) La verificación de esos requisitos no está sujeta a las reglas de descubrimiento, solicitud y práctica probatoria, al punto que debe hacerse en audiencias totalmente ajenas a esas actividades -como las de imputación y acusación-, incluso a través de información del todo inadmisibles como

soporte de la sentencia -tal es el caso de las manifestaciones de las partes-

(iv) La iniciativa del juez en ese proceso de constatación no afecta su imparcialidad, pues no implica que, de oficio, decreta pruebas sobre la materialidad del delito o la responsabilidad penal -ya se dijo que esta información no puede ser considerada para esos efectos-

(v) Finalmente, se trata de buscar un punto de equilibrio entre la verificación de la competencia del Estado para intervenir penalmente un conflicto interpersonal y la evitación de que las víctimas del delito resulten afectadas por la deficiente verificación de los referidos presupuestos procesales, que no equivale a su inexistencia. Igualmente, impedir que esos derechos se vean afectados cuando las partes pretenden beneficiarse de sus propias omisiones, como ocurrió en este caso.

(vi) No puede perderse de vista que la nulidad por las referidas falencias incrementa sustancialmente el riesgo de prescripción, entre otras cosas por el monto de las penas asignadas a los delitos querellables.

(vii) Lo anterior, sin perjuicio del uso indebido de los recursos públicos destinados a la administración de justicia, bien porque se destinen a adelantar procesos cuando el Estado no está facultado para ello (por inexistencia de los requisitos habilitantes), o por los efectos de las nulidades decretadas por la falta de acreditación de los mismos.

En síntesis, la verificación de la querella y la conciliación pre procesal: (i) debe hacerse en la formulación de imputación, a iniciativa de la Fiscalía, por petición de la defensa u otros intervinientes o producto del control judicial, (ii) residualmente, en la acusación, como escenario de saneamiento del proceso, (iii) excepcionalmente, durante el juicio oral, (iv) el silencio de la defensa convalida los yerros en la verificación de estos requisitos en los momentos procesales dispuestos para ello, (v) en adelante, solo podrá alegar la inexistencia de los mismos (que es distinto a alegar falencias en su acreditación), lo que implica asumir las respectivas cargas, y (vi) el juez está facultado para solicitar la información que considere necesaria para descartar que el proceso se esté adelantando sin que el Estado esté habilitado para ello y para evitar que las omisiones ya

referidas afecten los derechos de la víctima del delito.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Querrella y conciliación preprocesal: acreditación, reglas, libertad probatoria

«En suma: (i) la Fiscalía incumplió su deber de aportar la información atinente a la querrella y la conciliación pre procesal, (ii) las jueces de garantías y de conocimiento omitieron verificar estos requisitos en las audiencia de imputación y acusación, (iii) la defensa se abstuvo de cuestionar dicha omisión a lo largo de toda la actuación, incluyendo la sustentación de la apelación, (iv) el mismo defensor, durante el juicio oral, al responder una pregunta de la juez, dejó constancia de la celebración de la audiencia de conciliación, (v) las víctimas siempre mostraron interés en el adelantamiento del proceso y otorgaron poder para ser representadas en el mismo, y (vi) durante el trámite de la reposición interpuesto contra el fallo de segunda instancia se aportó el acta de conciliación, cuya autenticidad no fue cuestionada por la defensa al pronunciarse como no recurrente (allí consta que ese mismo abogado participó en dicha diligencia).»

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único

«El demandante tiene razón cuando afirma que el Tribunal se equivocó al concluir que el delito de lesiones personales culposas con perturbación funcional transitoria no es querellable.

Como se indicó en el numeral 6.3, esta conclusión resulta equivocada a la luz de la legislación vigente e incluso frente a la reforma orientada a convertir en contravenciones las lesiones con incapacidad inferior a 60 días, como pacíficamente lo ha sostenido la Sala (CSJSP7343, 24 mayo 2017, Rad. 47046, entre otras).

Sin embargo, ese error no tiene los efectos que el impugnante le atribuye, porque el juzgador de segundo grado también se equivocó al concluir que en este caso debe darse por probado que no existió la conciliación preprocesal, al punto que deba decretarse la “cesación de procedimiento” (sin perjuicio de la procedencia de acudir a esta figura en casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004).

No tuvo en cuenta lo expuesto por el defensor de RZ sobre la celebración de la audiencia de conciliación. Tampoco, que la defensa guardó silencio frente a dicho requisito durante la imputación, la acusación, el juicio oral y la sustentación del recurso de apelación. Además, omitió considerar la permanente actividad de las víctimas a lo largo de la actuación procesal, lo que es indicativo de su interés en que este proceso se adelantara (entrevistas poco después de ocurridos los hechos, otorgamiento de poderes para ser representadas en el proceso, etcétera).

A pesar de la marcada analogía fáctica con lo estudiado en la decisión CSJSP7343, 24 mayo 2017, Rad. 47046, tampoco tuvo en cuenta este precedente, ni se ocupó de explicar por qué las reglas allí establecidas no serían aplicables al presente asunto.

No caben reproches frente al tratamiento que le dio al acta de conciliación aportada por las víctimas, porque ello se aviene a lo establecido por la Sala en la decisión que se acaba de mencionar. Sin embargo, esa información pudo ser considerada para descartar que se hubiera adelantado el proceso sin cumplir ese requisito y, además, para evitar que la defensa sacara provecho de su propia omisión, pues se limitó a alegar la falta de demostración de una diligencia en la que el mismo abogado intervino.

Estos errores del Tribunal favorecieron al procesado y perjudicaron a dos de las víctimas, pues dispuso la “cesación de procedimiento” frente a los delitos de lesiones personales que ameritaron únicamente incapacidad médico legal, sin considerar que: (i) aunque de forma deficitaria, se estableció la celebración de la audiencia de conciliación, la defensa convalidó los yerros de la Fiscalía y de los jueces sobre la verificación de los requisitos ya mencionados, y (ii) en todo caso, no podría hablarse de que esos requisitos, de acuerdo con la prueba, no se cumplieron, al punto que debiera optarse por la terminación del proceso y no por la nulidad.

Sin embargo, como la defensa tiene el carácter de impugnante único, no puede modificar la sentencia para enmendarse el yerro, porque ello violaría la prohibición de desmejorar la situación de quien comparece en dicha calidad (artículos 31 de la Constitución Política y 20 de la Ley 906 de 2004)».

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS - Características del arma y uso / **ARMAS DE FUEGO** - Clasificación legal: prohibidas, desarrollo en el Decreto 2535 de 1993 y en el Código Penal

La Sala de Casación Penal, decidió la impugnación especial promovida por el defensor de HFMM, quien luego de ser absuelto por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Cali por el delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, fue condenado por el Tribunal de la referida ciudad como autor de dicho punible.

La Sala confirmó la sentencia condenatoria en contra de HFMM, modificándola en el sentido de declararlo responsable penalmente del delito de porte de arma de fuego y municiones de defensa personal, a título de autor, y en consecuencia redosificó la pena impuesta.

Para el efecto, la Corte analizó lo dispuesto en el Decreto 2535 de 1993 que, en sus artículos 8 y 11 literal (a), describe cuáles son las armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública y cuáles las de defensa personal, normativa con base en la cual concluyó que, el arma incautada no cumple con las exigencias para ser de uso privativo de las fuerzas armadas, sino que se trata de una pistola y municiones de defensa personal.

Aunado a ello aclaró que, la circunstancia de que el arma calibre 7.65 mm, contara con un proveedor para 12 cartuchos, por sí sola, no basta para que tenga la calidad de arma de guerra.

SP256-2023(63192) de 28/06/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente a las 8:30 de la mañana del 8 de diciembre de 2019, en Cali, cuando un Intendente de la policía requisó a HFM, encontró en el bolsillo derecho de su pantalón una pistola, marca Browning, calibre 7.65, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos y uno sin percudir en la recámara.

2. Como el ciudadano informó que carecía de salvoconducto, se procedió a su captura.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS - Características del arma y uso / **ARMAS DE FUEGO** - Clasificación legal: prohibidas, desarrollo en el Decreto 2535 de 1993 y en el Código Penal

«Como en la audiencia realizada el 9 de diciembre de 2019 en el Juzgado 25 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, la Fiscalía imputó a MM la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal (artículo 365 de la Ley 599 de 2000), pero luego, en el escrito de acusación y en la correspondiente audiencia realizada el 15 de febrero de 2021 le imputó la comisión del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 366 del Código Penal), punible por el cual el Tribunal Superior de Cali dictó el 26 de octubre de 2022 la primera sentencia de condena contra el acusado, advierte la Corte que se impone ahondar sobre tal variación en la imputación.

En tal cometido se tiene que el arma incautada corresponde a una pistola marca Browning, calibre 7.65, semiautomática, con un cargador para la misma con capacidad para 12 cartuchos.

En la acusación se dijo que se trataba de un artefacto de uso privativo de las fuerzas armadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 11 literal (a) del Decreto 2535 de 1993.

[...]

Al cotejar las características del arma incautada, con las normas transcritas, se tiene que el calibre 7.65 es inferior al 9.65 a partir del cual las pistolas son de uso privativo de las fuerzas armadas. Además, no se trata de un fusil o carabina semiautomática, de un arma automática, o de alguno de los artefactos relacionados en el artículo 8 del Decreto 2535 de 1993.

Ahora, en cuanto se refiere al artículo 11 literal (a) del mismo decreto, se tiene que cumple con las exigencias para ser arma de defensa personal, pues su calibre 7.65 es inferior al 9.62, la longitud de su cañón es inferior a 6 pulgadas (cabe en el bolsillo de un pantalón), es

semiautomática, no se trata de una carabina o una escopeta, pero la capacidad del proveedor sí es superior a 9 cartuchos, pues como se estableció en este caso, tenía capacidad para 12 de ellos.

[...] la Corte advierte que en este asunto se trató de una pistola y municiones de defensa personal, con un calibre 7.65 mm inferior al 9.62 mm dispuesto en la legislación para las de uso privativo de las fuerzas armadas, pero con un proveedor para 12 cartuchos, circunstancia que por sí sola no basta para que tenga la calidad de aquellas. Es decir, acertó la Fiscalía en la

audiencia de imputación al referir el artículo 365 del Código Penal, pero erró en la acusación y en los alegatos de clausura del juicio al señalar el artículo 366 del mismo ordenamiento, razón por la cual también se produjo el equívoco en la primera sentencia de condena dictada contra MM.

Entonces, se impone modificar oficiosamente y parcialmente el fallo del Tribunal, en orden a condenar por el delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones de defensa personal y redosificar la sanción».

LEGÍTIMA DEFENSA - Diferencia con la riña /
LEGÍTIMA DEFENSA - Riña: descarta el
reconocimiento de la causal

Resolvió la Sala de Casación Penal, la impugnación especial promovida por el defensor del adolescente D.F.S.M, quien luego de ser absuelto por el Juzgado 3 Penal para Adolescentes con funciones de conocimiento de Cali por el delito de lesiones personales dolosas en J.C.H, fue condenado por el Tribunal de la referida ciudad como autor del mencionado punible.

En esta oportunidad, en la que, desde hacía por lo menos dos años la víctima y el victimario se hacían mutuo *bullying*, la Sala confirmó la sentencia condenatoria, al considerar que, la situación de riña descarta el reconocimiento de la legítima defensa, como causal de justificación excluyente de la antijuridicidad.

SP289-2023(63567) de 26/07/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 22 de mayo de 2019, luego de ser instigados por sus compañeros y mediar mutuas agresiones verbales que culminaron en la decisión de encontrarse para pelear, D.F.S.M. y J.C.H. concurren en compañía de otros estudiantes de su colegio a una cancha de fútbol,

donde se trezaron en una riña, en cuyo desarrollo el primero golpeó al segundo en el rostro, mientras los demás gritaban eufóricamente y se reían.

2. Valorada la víctima, se estableció una incapacidad médico legal definitiva de 35 días, con secuelas consistentes en deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional del órgano sistema de la respiración, ambas de carácter permanente.

3. La progenitora del lesionado, formuló la correspondiente denuncia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LESIONES PERSONALES - Deformidad física de carácter permanente: que afecta el rostro /
LESIONES PERSONALES - Demostración /
DOLO - Concepto

«Es verdad que el Tribunal se ocupó de dos hipótesis, una, de la Fiscalía, referida a que J.C.H. sufrió unas lesiones personales por parte de D.F.S.M. La otra, de la defensa, circunscrita a que J.C.H. agredió a D.F.S.M, quien intentó huir de la pelea y solo se defendió, sin que haya prueba de que éste hubiera lesionado a aquél o por lo menos, que su conducta fue dolosa.

Aunque el recurrente dijo que la hipótesis de la Fiscalía debe ser rechazada, pues el dictamen médico legal descarta el nexo de causalidad entre el daño en la nariz y el relato de la víctima sobre el ataque, al declarar que D.F.S.M. le propinó “varios puños entre ellos uno en la cara, pómulo y ojo derecho”, encuentra la Corte que, por el

contrario, resulta tozudo que el testimonio del lesionado explica por qué se produjo el daño en su tabique nasal, lo cual es respaldado con el informe pericial de clínica forense suscrito por el médico legista OMS, ratificado en la audiencia de juicio oral, según el cual, las lesiones causadas en la humanidad de J.C.H. se produjeron con un “mecanismo traumático de lesión: contundente”, determinando 35 días de incapacidad y secuelas de deformidad física que afecta el rostro y perturbación funcional de órgano sistema de la respiración, ambas de índole permanente.

El impugnante no explicó, ni la Sala advierte, de qué manera puede arribarse a la conclusión de que quien llegó a la cancha fue J.C.H. y atacó a al acusado D.F.S.M., pues la ausencia de lesión de alguna índole en la integridad del procesado descarta tal escenario. Igualmente, no fue claro al plantear que la víctima se golpeó con sus propias manos en la cara, circunstancia que no encuentra acreditación y no pasa de ser una conjetura indemostrada.

Tampoco el recurrente atinó a precisar por qué razón si su asistido solo intentó eludir la pelea y defenderse y en medio de la contienda golpeó a J.H.C. no actuó dolosamente, pues debe recordarse que conforme a la estructura dogmática del delito en la Ley 599 de 2000, el dolo es una modalidad de conducta (artículo 21) que se encuentra en la tipicidad, mientras la legítima defensa corresponde a un tipo permisivo o exclusión de la antijuridicidad (artículo 32-6), de modo que quien actúa para defender un derecho propio o ajeno de injusta agresión actual o inminente, realiza una conducta dolosa.

El defensor pretende conseguir la absolución de su representado a partir de plantear una duda

sobre el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, la cual no se configura, pues hay certeza acerca de que D.F.S.M. golpeó con sus manos a J.C.H. y así lo declaró el mismo acusado en el interrogatorio del Fiscal en el debate oral: “Con qué lesiónó a J.C.H.? Respondió: “con las manos” (...) “lancé un golpe y yo la verdad no sé si se lo pegaría, yo ya desesperado”.

Igualmente, orientó su esfuerzo a demostrar que no hubo preparación alguna de la pelea, pero únicamente procedió a plasmar su personal percepción de los sucesos, pues lo importante es que las lesiones personales dolosas aquí investigadas se produjeron en el marco de una contienda entre D.F.S.M. y J.C.H, quienes, como acertadamente lo declaró el Tribunal, desde hacía por lo menos dos años se hacían mutuo bullying, al punto que cada uno se sentía acosado por el otro.»

LEGÍTIMA DEFENSA - Diferencia con la riña / **LEGÍTIMA DEFENSA** - Riña: descarta el reconocimiento de la causal

«De otra parte, no es viable reconocer la legítima defensa invocada por el recurrente en favor de D.F.S.M., pues como también fue abordado por el Tribunal, la situación de riña descarta el reconocimiento de la causal de justificación excluyente de la antijuridicidad y por tanto, de la entidad delictiva de la conducta.

[...]

Conforme a lo anterior, considera la Corte que acertó el Tribunal de Cali al revocar el fallo absolutorio para, en su lugar, condenar a D.F.S.M. como autor del delito de lesiones personales dolosas objeto de acusación».

DERECHOS DE AUTOR - Derechos patrimoniales / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993, estimación del daño, usos honrados / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: perjuicio irrazonable / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: afectación económica, derecho comparado / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: ausencia de lesividad / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS**

CONEXOS - Antijuridicidad del daño: estimación de la afectación patrimonial

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de WDDVM, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, que confirmó la dictada por el Juzgado 5 Penal del Circuito de la misma sede, que lo condenó como autor del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor.

La Sala casó la sentencia impugnada, para en su lugar absolver al procesado, al considerar que la conducta juzgada es valorativamente atípica del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor.

Ello por cuanto, no se demostró, como lo exige el Acuerdo de Cartagena, incorporado a la legislación colombiana y que conforma, en esta materia, el bloque de constitucionalidad, que, se causó un perjuicio irrazonable a los derechos económicos de los herederos del autor, o una lesión efectiva al patrimonio de estos.

Al respecto, explicó que, la legislación colombiana no tiene una norma específica para graduar la pena según la intensidad de la afectación económica en relación con delitos que afectan el patrimonio del autor; sin embargo, en los términos del artículo 11 del Código Penal, es posible que la mínima afectación al bien jurídico conlleve a la ausencia de lesividad.

SP331-2023(56944) de 09/08/2023

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS

En la ciudad de Cartagena de Indias, varias personas se dedicaban a falsificar y enajenar diferentes obras del maestro AO, entre ellas la “B”, escultura que, en diferentes tamaños, sin autorización de los herederos del maestro, se exhibía y vendía, entre otros sitios, en la galería W, de propiedad de WDDM.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONDUCTA PUNIBLE - Categorías dogmáticas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad / **CONDUCTA PUNIBLE** - Antijuridicidad / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993 / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** – Elementos

«Hay, al menos, dos formas de afrontar el problema planteado en los dos cargos propuestos por infracción directa de la ley.

La primera consiste en analizar la conducta desde el punto de vista de la división tripartita del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad—, sistema de estancos en el cual la categoría de la tipicidad se cumple con la adecuación formal de la conducta al tipo penal.

Otra es bajo la consideración de que la antijuridicidad le confiere sentido al tipo penal y delimita la materia de prohibición, con lo cual el examen de legalidad tiene como objeto conductas antijuridicamente típicas.

Ante un comportamiento que se define a partir de ingredientes normativos y juicios de valor que desde el derecho convencional concretan la ilicitud, su constatación no depende solo de verificaciones fácticas, por lo cual el mejor sistema para apreciar su desvalor es el de la segunda opción mencionada.

Eso justifica por qué los cargos segundo y tercero, en lugar de examinarse por separado, como si correspondieran a juicios de valor autónomos, se analicen como unidad, desde una visión que congloba la tipicidad y antijuridicidad como expresión articulada del tipo objetivo.

Precisado lo anterior, se debe señalar que el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal sanciona a quien sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes,

“Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.”

A pesar de la complejidad de los términos y del lenguaje que se utiliza, en este caso la acusación se centró en la venta de una obra del maestro O, que el acusado reprodujo. Como la norma no dice si la reproducción debe ser exacta o similar, perfecta o burda, el tribunal consideró que “elaborar y comercializar réplicas falsificadas” de la obra artística “[...]” es un comportamiento típico del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.

[...]

Asimismo, estimó que el acusado debe actuar con ánimo de lucro, nota que se deduce, así el tipo

penal no lo exprese, del bien jurídico que está en la base del tipo de prohibición.»

DERECHOS DE AUTOR - Derechos patrimoniales / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: ámbito de protección / **DERECHOS DE AUTOR** - Ámbito de protección / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Elemento normativo: sin autorización previa y expresa del titular de los derechos / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Elemento subjetivo: ánimo de lucro

«[...] En la SP del 30 de abril de 2008, radicado 29188, la Sala trazó la línea de interpretación sobre el delito de derechos patrimoniales de autor. Según esta decisión, y otras, como la SP del 23 de octubre de 2018, radicado 47463, la protección penal a los derechos patrimoniales de autor - la moral protege la paternidad de la obra—, tutela desde el punto de vista económico “la posibilidad de explotación o utilización de la obra como a bien tenga el autor, sea cediéndola, enajenándola, autorizando, prohibiendo o realizando directamente su reproducción, comunicación pública, transformación, o cualquier otra forma de utilización.”

En síntesis, la protección penal del derecho patrimonial de autor se refiere a comportamientos que “se relacionan con la explotación o utilización de la obra en formas no consentidas por el autor o titular del derecho, en quien recae de manera exclusiva la facultad de enajenarla, cederla, autorizar o prohibir las reproducciones, modificarla, etc.”

La concepción económica del derecho de autor implica que pueda cederse como a bien tenga su titular o que autorice legalmente su ejercicio. De allí que el artículo 271 del Código Penal penaliza una serie de conductas contra el derecho de exclusividad patrimonial de la obra, siempre que no estén en el ámbito de las “excepciones que señala la ley”, o que no sean autorizadas por la liberalidad de sus titulares, pues no en vano el artículo 15 del Código Civil dispone que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

Lo que no puede hacerse, porque afecta el núcleo de protección del derecho, al menos desde su concepción patrimonial, es reproducir la obra con

ánimo de lucro sin la autorización del titular del derecho o de sus causahabientes. Eso formalmente fue lo que declaró probado el tribunal.

El núcleo de la discusión que propone el recurrente se relaciona con el juicio de desvalor del acto. Así lo da a entender cuando afirma, de una parte, que se trata de la imitación de una obra emblemática del conocido artista y que hacerlo no es delito porque de ser así no existirían escuelas o movimientos artísticos y, de otra, que no lo es, por la insignificancia del daño.

Según definiciones sobre la materia, los movimientos artísticos son tendencias con una filosofía o un estilo común del que participan un grupo de artistas durante un período de tiempo con creaciones originales. No se trata de colectivos en los que un líder antepone una idea o criterio que imitan los demás, sino de un conjunto en el que cada quien conserva su individualidad, así sus obras participen de rasgos o ideas comunes.

De este concepto está lejos la idea que propone el demandante al pretender ubicar a WDJVM como integrante de un movimiento artístico que el recurrente no define y cuyo único trazo sería imitar una obra específica del maestro O, algo totalmente contrario a la ética de lo que es un movimiento artístico. Por lo demás, WDJVM, cuando se le propuso negociar la obra, ni siquiera mencionó ser un autor que compartía ideas afines con el maestro O, sino que dijo tener claro que no podía estampar su firma por tratarse de imitaciones de la obra del maestro que vendía, según pedido, a los interesados en ella.

Esto prueba que no se trata de un problema conceptual, sino económico, y por eso la discusión se contrae a la reproducción de la obra con fines de lucro sin la aquiescencia del autor o de sus herederos. Desde este punto de vista, la adscripción formal de la conducta al artículo 271 del Código Penal no sería equivocada.»

DERECHOS DE AUTOR - Bloque de constitucionalidad: Decisión Andina 351 de 1993 / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993, estimación del daño / **DERECHOS DE AUTOR** - Marco normativo: Decisión Andina 351 de 1993, estimación del daño, usos honrados / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos patrimoniales: perjuicio irrazonable / **DERECHOS DE AUTOR** - Derechos

patrimoniales: afectación económica, derecho comparado / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: ausencia de lesividad / **VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS** - Antijuridicidad del daño: estimación de la afectación patrimonial

«Otro tema son los efectos económicos que pueden llegar a ser inocuos frente al impacto sobre el patrimonio del artista o de sus herederos, como lo destaca el recurrente.

En relación con este asunto, la estimación del daño en la consideración del injusto debe tener en cuenta los “usos honrados”, que según el artículo 3 de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común sobre Derechos de autor y derechos conexos, incorporado a la legislación colombiana, “no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.”

La Corte ha señalado que el Acuerdo de Cartagena sobre derechos de Autor se integra a la legislación colombiana y conforma en esta materia el bloque de constitucionalidad. De manera que para evaluar la ofensividad de la conducta, tratándose de la protección a los derechos patrimoniales de autor, se debe considerar lo dispuesto en la Decisión Andina 351 del Convenio Internacional, según el cual, la protección en estas materias debe asociarse a la creación de “un perjuicio irrazonable.”

Desde esta perspectiva, países firmantes del Acuerdo, como España, dispensan una protección escalonada. [...]

La legislación colombiana no tiene una norma específica para graduar la pena según la intensidad de la afectación económica en relación con delitos que afectan el patrimonio del autor en el margen del principio de favorabilidad. Existen disposiciones que permiten asignar la pena considerando el daño real o potencial creado. Así, el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, dispone:

“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la

culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.”

Sin embargo, es posible que la mínima afectación al bien jurídico pueda considerarse irrelevante en los términos del artículo 11 del Código Penal, según el cual, para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley.

De manera que en Colombia, la insignificante o mínima afectación al patrimonio del autor, en lugar de incidir en la graduación de la pena, puede llevar a la ausencia de lesividad -en España se atenúa considerablemente la sanción—, a la manera del delito de bagatela, pero demostrado el daño efectivo, la única opción es graduar la pena bajo las pautas de los artículos 60, 61 y 271 del Código Penal.

[...]

El artículo 11 de la Ley 599 de 2000 señala que para que la conducta típica sea antijurídica se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley. Esta exigencia se vuelve mucho más insistente con la que hace el Acuerdo de Cartagena en el artículo 3 de la Decisión 351 de 1993, según el cual la protección no incluye conductas que “no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.” (se resalta)

Para expresarlo de alguna manera, el Acuerdo de Cartagena, y la definición de la categoría de antijuridicidad del artículo 11 de la Ley 599 de 2000, valoran el hecho desde su lesividad, no simplemente desde la adecuación formal de la conducta al tipo penal. Por esa razón se explica el acento en la efectividad de la lesión que el Acuerdo de Cartagena sobre derechos de autor traduce en la causación de un perjuicio irrazonable.

ICO, acerca de la conducta juzgada, señaló que no consideraba “que sea un homenaje que se diga que eso es del maestro O, porque no corresponde en nada de lo que es la obra real. Es una deformación de la obra, nada tiene que ver con la obra original.” Siguiendo sus términos se diría que es una imitación burda, de manera que si esa fuera la conducta juzgada, desde la perspectiva de la protección del derecho moral de autor, no tendría mayor relevancia jurídico penal.

No se le preguntó nada acerca de cómo esa imitación afectaba sus derechos patrimoniales y el perjuicio derivado de ese comportamiento. Como ese tema no se mencionó en el juicio, el tribunal infirió que toda imitación, así sea burda, según el autorizado concepto de IO, lleva implícita la idea de perjuicio. Algo así como que la tipicidad es indicio de la antijuridicidad. Sin embargo, esta apreciación de IO no se puede ignorar al analizar el desvalor de la acción, ni siquiera centrando el juicio de antijuridicidad exclusivamente en torno a la peligrosidad ex ante de la acción. En efecto, si se probó la realización de imitaciones burdas que son más una deformación de la obra, esa connotación priva a la acción de la peligrosidad efectiva que la

antijuridicidad exige en relación con un delito de carácter eminentemente patrimonial.

Salvo las pruebas que demarcan la conducta juzgada y otras de expertos que señalan que la obra no corresponde a la original del maestro, no existe ninguna que al menos permita dimensionar la entidad del daño económico, puesto que la fiscalía no acreditó ningún referente objetivo que permita asegurar, como lo exige el Acuerdo de Cartagena, que se causó un perjuicio irrazonable a los derechos económicos de los herederos del autor, o una lesión efectiva al patrimonio de estos, para expresarlo en los términos del artículo 11 del Código Penal».

DEBIDO PROCESO - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales / **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales, excepciones / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principio de confianza legítima: las partes no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios judiciales / **NOTIFICACIÓN PERSONAL** - Formas de efectuarla: medio electrónico, contabilización de términos / **NOTIFICACIÓN PERSONAL** - Formas de efectuarla: medio electrónico, es diferente a la notificación en estrados

Lo anterior, al considerar que, el defensor de la acusada actuó en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, al haber sido la propia juez la que, en el acto público de lectura de la Sentencia, obviara la debida estimación del término consagrado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, contabilizó erróneamente el plazo concedido para que los recurrentes fundamentaran el recurso vertical; pues, en el conteo que hizo, día a día, del lapso habilitado para ello, paso por alto uno de los días, con lo que creó la percepción legítima de que el plazo fijado vencía el día siguiente a aquel en el que la defensa presentó el recurso.

Se pronunció la Corte Suprema de Justicia sobre el recurso extraordinario de casación presentado y sustentado por el defensor de MDTG, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, adicionada en proveído de 14 de febrero siguiente, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 42 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a la procesada, como autora del delito de falsa denuncia contra persona determinada.

La Sala casó el fallo impugnado, y decretó la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de segunda instancia, inclusive, para que, en una nueva decisión, el *ad quem* se pronuncie respecto del recurso de apelación interpuesto por el defensor de la implicada contra el fallo proferido por el Juzgado 42 Penal del Circuito de la misma ciudad.

SP346-2023(63812) de 23/08/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El Juzgado 42 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia de 4 de mayo de 2021, cuya lectura se llevó a cabo en la misma fecha, condenó a MDTG como autora responsable del delito de falsa denuncia contra persona determinada.

2. La precedente decisión, fue recurrida por el representante de víctimas y la defensa técnica; no obstante, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de

12 de enero de 2023, solo desató la alzada formulada por el primero de los enunciados, proveído en el que confirmó, en toda su integridad, lo decidido por el juzgador de primer grado.

3. En ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 287 del Código General del Proceso, a través de proveído de 14 de febrero del año en curso, el *ad quem* adicionó el fallo de segundo grado para declarar desierto, por falta de sustentación oportuna, el recurso de apelación formulado por la defensa, pues, al haber optado este sujeto procesal por la presentación escrita de los argumentos de alzada, interpuesta en audiencia de lectura de fallo ante el juez de conocimiento, celebrada el 4 de mayo de 2021, el término de 5 días que consagra el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, venció el día 11 de ese mismo mes y año, fecha en la que, si bien es cierto, el apelante, vía correo electrónico, allegó el memorial de sustentación, ello acaeció a las 8 y 21 minutos de la noche, es decir, más de tres horas después de terminada la jornada laboral.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NOTIFICACIÓN - Errores en su trámite no alteran los plazos legales ni generan efectos provechosos para los sujetos procesales / **NOTIFICACIÓN** - Errores en su trámite no alteran los plazos legales ni generan efectos provechosos para los sujetos procesales: excepciones / **BUENA FE** - Se constituye como principio constitucional / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Aplicación / **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales / **DEBIDO PROCESO** - Términos procesales: errores en su fijación no alteran los plazos legales, excepciones / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principio de confianza legítima: las partes no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios judiciales / **ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA** - Principio de confianza legítima: se vulnera

«En el estudio de diversas situaciones acaecidas al interior de algunos de los procesos penales tramitados bajo la égida de la Ley 600 de 2000 y dentro del procedimiento penal de 2004, específicamente, respecto de los errores en que han incurrido los despachos judiciales frente a la fijación de los términos judiciales que, por lo

general, habilitan a las partes para el ejercicio del derecho de postulación, en el auto CSJ AP122-2017, enero 18 de 2017, Rad. 47474, la Sala tuvo la oportunidad de hacer el recuento de las diferentes posturas que se han gestado en torno a la protección de la prerrogativa al debido proceso, para validar que, por regla general, tales equivocaciones no pueden alterar los plazos legales, ni producir efectos provechosos para los sujetos procesales.

Sin embargo, la Sala ha elaborado sólida jurisprudencia en la que advierte, por excepción, obligado hacer efectivos los principios de buena fe y confianza legítima, a partir del cumplimiento de los siguientes presupuestos:

1. El yerro se haya concretado en el cumplimiento de un acto secretarial determinado, ya sea en la práctica estricta de una notificación, en el envío de una comunicación o en el anuncio de un traslado obligatorio a las partes que evidencien una errada contabilización de términos; o bien en el señalamiento que del plazo normativo efectúe el juez directamente en su providencia.

2. Dicho acto jurisdiccional dé iniciación al término establecido en la ley para ejercer un acto de postulación o el derecho de impugnación frente a la decisión, esto es, que «mientras el acto procesal no se lleve a cabo, el término legalmente previsto no puede empezar a contabilizarse».

Y 3. El error haya generado en las partes la convicción legítima, cierta y razonable, en el entendimiento dado por la jurisprudencia, acerca del plazo, llevándolas a realizar las actuaciones correspondientes conforme la directriz dada. (Subrayado fuera de texto).

Condicionamientos frente a los que, en el mismo proveído que viene de citarse, la Sala puntualizó, solo bajo esos presupuestos, donde la administración judicial ciertamente ha alterado la percepción del sujeto procesal sobre los términos procesales por un error en el conteo de los mismos o en las notificaciones, es que la Corte, tras ponderar el principio de legalidad frente a los de acceso a la justicia, buena fe, lealtad procesal, prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal y el de defensa -todos bajo el marco de la confianza legítima-, y darle prevalencia a estos últimos, ha resuelto reconocer que un error jurisdiccional, como el anotado, no puede comportar efectos negativos para las partes o intervinientes del proceso afectadas el mismo. (Subrayado fuera de texto).

Tal línea de pensamiento fue refrendada por la Sala en el proveído AP1067-2020, junio 3 de 2020, Rad. 55506, oportunidad en la que, incluso, también se recalcó que «la tensión entre la legalidad de los términos procesales y los principios de buena fe y confianza legítima, se analiza en cada caso concreto.

[...] estima la Sala que este concreto panorama procesal muestra diáfana la equivocación en la que incurrió el Tribunal, pues, sin considerar los efectos que podría generar, respecto de las partes, la errónea contabilización de los días que la juzgadora habilitó para que los recurrentes fundamentaran el recurso vertical, apenas fijó su atención en el contenido expreso de la norma procesal, a efectos de determinar extemporánea la sustentación de la defensa, en tanto, desbordó el horario judicial, pese a allegarse el memorial en el día último fijado en la ley.

Cierto es, y ello no genera duda alguna, que tras optar los sujetos procesales e intervinientes por la sustentación escrita del recurso de apelación, acorde con lo consagrado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, contaban con cinco (5) días hábiles para cumplir con la presentación del memorial de sustentación, lapso que, para el presente caso, fenecía el 11 de mayo de 2011, a las 5 de la tarde, límite de hora acertadamente advertido por la juzgadora en el instante de conceder la alzada propuesta, al precisar que los escritos debían allegarse en «horario hábil, 8 a 5 de la tarde, al correo electrónico del despacho.

Empero, no es tema menor o intrascendente, que la propia directora del despacho obviara la debida estimación del término consagrado en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, pues, en el conteo que día a día hizo del lapso habilitado para ello, omitió tener en cuenta el viernes 7 de mayo de 2011, lo que significó que en su anuncio, en la vista pública, extendiera el término al 12 de mayo siguiente, falencia con la que, indefectiblemente, allanó el camino para que las partes, dada la investidura de la funcionaria y el efecto concreto que su orden encerraba, efectivamente se convencieran de que contaban hasta el día 12, como fecha límite, para presentar los alegatos de fondo, en ejercicio de su prerrogativa de impugnación.

Es más, en la transliteración del auto de 20 de mayo de 2021, en el que la juzgadora concedió la apelación ante el Tribunal, emitido, por demás, al día siguiente de fenecido el lapso que ella

contabilizó para que los no recurrentes se pronunciaran, reafirmó que el específico recurso incoado por el defensor, «fue sustentado dentro del término procesal previsto...», es decir, aquel término considerado por la funcionaria en la vista pública conforme fue descrito en precedencia.

Por ello, acorde con la jurisprudencia citada en el acápite general, es evidente que en el caso concreto se cubren los requisitos para acudir a la excepción, basada en el principio de confianza legítima, que soporta la pretensión de la defensa. Ello, por cuanto se advierte que:

(i) Fue la propia juzgadora quien, en el acto público de lectura de la sentencia condenatoria, señaló cuáles serían los días hábiles para que las partes cumplieran con la presentación, por escrito, de los fundamentos que soportaban el recurso vertical interpuesto en contra de su decisión;

(ii) A partir de dicho acto jurisdiccional, se dio cuenta de un término procesal para hacer efectivo el ejercicio del derecho de contradicción. Y,

(iii) La forma en que la juzgadora discriminó el término para que las partes presentaran sus escritos de sustentación, acorde con el derecho de postulación exteriorizado en la misma vista pública -la funcionaria relacionó cada una de las fechas, precisando a cuál día de la semana correspondían-, creó en los recurrentes la percepción legítima -en confusión explicable, de ninguna manera representativa de mala fe o indolencia- de que el último día de ese plazo lo representaba el miércoles 12 de mayo de 2011, fecha asumida por la defensa técnica, en tanto, actuó acorde con esa comprensión, toda vez que, dado el día y hora en que envió el libelo -el día anterior al plazo fijado por la funcionaria, a las 8:21 de la noche- se entiende que obró con la confianza de que sería tenido en cuenta al día hábil siguiente, habilitado por la directora de la audiencia.

Por ende, se impone contemplar, que el defensor de la acusada actuó en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, postulados cuya significancia, con apego en criterio jurisprudencial emanado de la Corte Constitucional, fueron evocados por la Sala, de la siguiente manera:

De la interrelación entre ambos axiomas, en sentencia CC T-453-2018, esa Corporación se encargó de ilustrar:

Esta Corte se ha ocupado en varias ocasiones de estudiar el principio de la buena fe, y ha señalado que se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que se desarrollen en términos de confianza y estabilidad. El principio de buena fe puede entenderse como un mandato de “honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo”.

En concordancia con lo anterior, la buena fe tiene como objetivo erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas pues pretende “que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.” Sobre este último aspecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicho principio rige todas las actuaciones y procedimientos de las entidades públicas, toda vez que uno de sus fines es “garantizar que las expectativas que legalmente le surgen al particular se concreten de manera efectiva y adecuada.”

Del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, que pretende que la Administración se abstenga de modificar “situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”.

El «principio de la buena fe, entendido como confianza legítima» (Cfr. entre otras, CC T-1023-2006, T-970-2012, T-199-2013, T-454-2015 y SU-075-2018), explica que el ciudadano, en este caso el usuario de la administración de justicia, cree y confía en la expectativa razonable que el asunto de su interés siga el cauce procesal dispuesto por la autoridad judicial, pero no que se autorice una vía procedimental -verbigracia, en el asunto de la especie, la impugnación

especial- para luego fustigarle que la senda escogida no tiene sustento legal.

Se patentiza el hecho que la confianza legítima «se erige a partir de expectativas favorables, que generan convicción de estabilidad sobre determinadas situaciones jurídicas que permiten reclamar el respeto de expectativas legítimas con protección jurídica» (Cfr. CC T-360-2018).

En conclusión, la Sala evidencia patente la vulneración en que incurrió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto, sin mayor referencia a los principios en cuestión, con claro desconocimiento de la amplia y reiterada jurisprudencia expedida al respecto, estimó desierto el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primer grado, por estimar extemporánea su sustentación, desconociendo, así, que a ello se llegó porque la juzgadora de primer grado creó en la defensa técnica, la convicción de que podía fundamentar la alzada en un término superior al consagrado en la ley.

Bajo estas circunstancias, vista la entidad y efectos materiales del error en que incurrió el Tribunal, claramente dilucidado en precedencia, la única alternativa a adoptar para reparar el daño causado no es otra que la nulidad.

La Corte, entonces, invalidará todo lo actuado a partir de la sentencia emitida por el Ad quem el 12 de enero de 2023, inclusive, para que, en una nueva decisión se pronuncie respecto del recurso de apelación interpuesto por el defensor de la implicada.»

NOTIFICACIÓN PERSONAL - Formas de efectuarla: medio electrónico, contabilización de términos / **NOTIFICACIÓN PERSONAL** - Formas de efectuarla: medio electrónico, es diferente a la notificación en estrados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recurso de apelación: sustentación, oportunidad

«Como acotación final, y solo con el propósito de generar claridad frente al criterio del recurrente, puntualizado en esta sede extraordinaria, pues, considera que a partir de lo consagrado por el legislador en el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022 , es dable tomar «dos días adicionales de haberse notificado el fallo condenatorio del Juzgado 42 Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Bogotá D.C. (sumado a los cinco días para sustentar) más aún que la actuación se desarrolló de manera virtual.», es decir, para el

ensor, en la modalidad de sustentación escrita del recurso de apelación la parte interesada contaría con siete (7) días hábiles para cumplir con ese propósito, estima la Sala que esa aseveración solo representa una interpretación que desconoce el sentido natural de la diáfana intención legislativa.

[...] basta apreciar que dicha norma hace referencia a la notificación personal que se realiza a través de un medio electrónico, circunstancia diversa a la acaecida en esta actuación, en la que las partes e intervinientes que comparecieron a la audiencia de lectura de fallo, fueron notificadas en estrados, conforme a la regla general consagrada en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, momento a partir del cual, se insiste, para la sustentación de la alzada, por escrito, se cuenta con cinco (5) días, que representan la posibilidad de allegar al despacho que profirió la decisión confutada, bien de

manera física, ora por medio digital, el correspondiente libelo.

De tal manera que, sólo en los casos en los que el despacho judicial opta por un medio electrónico para la notificación personal de la sentencia, dicha notificación se asume «realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuándo el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje»; es decir, esos dos días extras fungen de manera exclusiva como una garantía para entender cabalmente surtida la notificación, en esas específicas circunstancias, y no a manera de extensión del término legalmente dispuesto para la sustentación escrita del recurso, como de forma errada lo concibió el censor».

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Elementos /

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Elementos: dolo,

conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento,

está participando en el tráfico ilegal de mercancías /

LEGISLACIÓN ADUANERA -

Aprehensión y decomiso de mercancía /

LEGISLACIÓN ADUANERA - Obligación

aduanera: declaración de importación /

LEGISLACIÓN ADUANERA - Obligación

aduanera: responsable

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado, contra el fallo de segundo grado proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, para en su lugar condenarlo como autor responsable del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando.

La Sala, en aplicación del principio in dubio pro reo, casó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, para, en su lugar, en garantía de la doble conformidad, confirmar el fallo de primer grado, que absolvió a WGOR.

Para ello, analizó los elementos del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, enfatizando en que, para su configuración, la fiscalía debe demostrar, más allá de toda duda, que el sujeto activo tiene conocimiento de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento, está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.

Fue así como, consideró que, condenar al procesado sólo porque se presentó como el tenedor de la mercancía, implicaría emitir una sentencia con base en la responsabilidad objetiva, lo que está proscrito en nuestro sistema procesal penal.

SP349-2023(56154) de 23/08/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La Policía Fiscal y Aduanera, el 4 de septiembre de 2015, en Bogotá, procedió, en compañía de otros funcionarios, a verificar una mercancía que se encontraba en el interior del vehículo tipo camión, conducido por JEAM, diligencia que concluyó con la aprehensión de: (i) 2.640 pares de tenis deportivos, (ii) 1.360

juguetes tipo muñeco para niño, (iii) 1.205 unidades de pijama para bebé, (iv) 1.730 unidades de pijama para niño tipo mameluco, (v) 570 unidades de pijama para niño, (vi) 144 unidades de conjunto para bebé por 6 piezas, y (vii) 72 unidades de conjunto para bebé por 3 piezas, porque no se aportó la declaración de importación; mercancía que fue evaluada en 369 s.m.l.m.v. para el año 2015.

2. WGOR se hizo responsable, en calidad de tenedor, de dicha mercancía extranjera, firmando para el efecto el acta de aprehensión respectiva.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Elementos / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: objeto material real, mercancía / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: dolo, conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento, está participando en el tráfico ilegal de mercancías / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Agravado: valor de la mercancía / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Eximente de responsabilidad: consumidor final que adquiera mercancía en un monto superior a 50 s.m.l.m.v. / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Bien jurídico tutelado: orden económico y social

«El artículo 320 del Código Penal, modificado por el artículo 6° de la Ley 1762 del 6 de julio de 2015 - vigente para la época de los hechos-, dispone lo siguiente:

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

por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario».

El delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, se erige en tipo penal con sujeto activo indeterminado, de conducta alternativa - poseer, tener, transportar, embarcar, desembarcar, almacenar, ocultar, distribuir y enajenar-, y cuyo objeto material es real, como que se concreta en mercancías.

Se trata de un tipo penal en blanco, en la medida en que remite a disposiciones normativas extrapenales que no se encuentran contenidas en la descripción del tipo, al exigir que el verbo rector se cometa sobre mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera.

En el inciso segundo de la norma que se analiza, se incluye una circunstancia específica de agravación de la conducta, que se relaciona con el valor de la mercancía objeto del delito; y en el tercero, un elemento eximente de responsabilidad, de carácter igualmente específico, para el consumidor final que adquiera mercancía en un monto superior a 50 s.m.l.m.v., siempre y cuando la operación esté soportada en una factura o documento equivalente con el lleno de los requisitos legales.

Con su comisión se vulnera el bien jurídico del orden económico y social, en tanto, se despoja al Estado de parte de los recursos necesarios para materializar los derechos individuales y sociales como fin del mismo [...]

Con este comportamiento se sanciona la participación en el circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías, consistente en el aporte a la puesta en el mercado o en el comercio de mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera. Es decir, se sanciona a quien posee, tiene, transporta, embarca, desembarca, almacena, oculta, distribuye o enajena mercancías que han sido objeto de contrabando, en los términos de ese delito.

Sin embargo, para la configuración del delito, no basta con que la fiscalía demuestre la existencia objetiva de alguno de los verbos rectores definidos en la norma, pues, en todo caso, se deberá acreditar, más allá de toda duda razonable, que el sujeto activo tiene conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y que, con su comportamiento, está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías, consistente en el aporte a la puesta en el mercado o en el comercio de mercancías que no han cumplido con los requisitos administrativos en materia aduanera, pues, como se sabe, en nuestro país está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Sobre este tema, la Corte Constitucional, en la sentencia C-191 /16, que declaró exequible el artículo 320 del Código Penal, que tipifica el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, estableció lo siguiente:

«El delito castiga solamente una actividad dolosa que, por lo tanto, no puede configurar confianza legítima ya que, como lo precisó esta Corte, “sólo se protegen aquellas circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles”. Por el contrario, si no se logra demostrar el dolo del investigado por favorecimiento y facilitación del contrabando, con el respeto del debido proceso, no será posible imputarle responsabilidad. Por consiguiente, frente a este cargo, la norma será declarada exequible».

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Demostración / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Aprehensión y decomiso de mercancía / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Aprehensión y decomiso de mercancía: causales / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación

aduanera: declaración de importación / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: declaración de importación, trámite / **LEGISLACIÓN ADUANERA** - Obligación aduanera: responsable

«[...] en el juicio oral se escuchó el testimonio de HAHC -integrante del grupo operativo de la Policía Fiscal y Aduanera-, [...]

[...] WGOR, quien manifestó ser el tenedor /poseedor responsable de la mercancía y presentó una “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN”, con fecha de presentación 27 de agosto de 2015, identificada con autoadhesivo [...] ; sin embargo, ese documento SÓLO amparaba la mercancía identificada como ítem número 2, es decir, los 1.360 juguetes tipo muñeco para niño, con la marca bebecitos, aunque estos artículos no cumplían con los requisitos de etiquetado establecidos en el artículo 10° de la Resolución N° 3388 de 2008 - Por la cual se expide el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios de los juguetes, sus componentes y accesorios, que se comercialicen en el Territorio Nacional, y se dictan otras disposiciones-.

En cuanto a los otros ítems, indicó que no se presentó ningún documento que acreditara que la mercancía estuviera amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación, y, además, que tampoco cumplían con los requisitos de etiquetado descritos en los artículos 5° de la Resolución 1950 de 2009 -Por la cual se expide el Reglamento Técnico sobre etiquetado de confecciones-, y 6° de la Resolución 933 del 2008 -Por la cual se expide el Reglamento Técnico sobre etiquetado de Calzado y algunos artículos de marroquinería, y se derogan las Resoluciones 0510 de 2004 y 1011 de 2005.

El declarante explicó que la aprehensión es una medida cautelar, de carácter provisional, que consiste en la retención de las mercancías que no cumplen con todos los requerimientos aduaneros, y que, en este caso, se impuso con fundamento en los numerales 1.6 y 1.28 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, con las modificaciones introducidas en los artículos 4° y 10° de los Decretos 3273 de 2008 y 993 de 2015 -Por medio del cual se modifica la Legislación Aduanera-, [...]

De otro lado, la testigo CABP -Funcionaria del Grupo de Definición de Situación Jurídica de la

DIAN- manifestó que elaboró el proyecto de acto administrativo N° [...] del 5 de octubre de 2015, mediante el cual se dispuso el decomiso de la mercancía aprehendida, pues, luego de analizar y valorar las pruebas aportadas al trámite, pudo concluir que la mercancía se encontraba ilegalmente en el país, porque no estaba amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación.

Agregó, además, que: (i) toda la mercancía de procedencia extranjera que ingrese al país, debe tener un respaldo documental que acredite su legalidad, (ii) los miembros de la Policía Fiscal y Aduanera que realizaron el procedimiento, determinaron que la mercancía aprehendida no tenía respaldo documental que acreditara la legalización en el territorio colombiano, ni cumplía con los requisitos de etiquetado, (iii) conforme al artículo 3° del Decreto 2685 de 1999, son responsables de las obligaciones aduaneras, entre otros, el poseedor o el tenedor, (iv) la carga de la prueba recae en los investigados, a quienes les corresponde desvirtuar las causales que generaron la aprehensión de la mercancía, (v) WGOR aparece como poseedor /tenedor de los bienes, en la documentación remitida por los policiales a la DIAN, (vi) el procesado fue notificado del acta de aprehensión y no formuló escrito de objeción a la misma, ni presentó ni solicitó pruebas al interior del procedimiento administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 505-1 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 14 del Decreto 4431 de 2004, y (vii) el procesado fue notificado de la Resolución N° 0007027 del 5 de octubre de 2015, y no interpuso recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 515 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 50 del Decreto 1232 de 2001.

Con su testimonio se incorporó la Resolución N° [...] del 5 de octubre de 2015, mediante la cual, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá resolvió decomisar la mercancía aprehendida con acta N° [...] del 04 de septiembre de 2015, relacionada en el «DOCUMENTO DE INGRESO, INVENTARIO Y AVALÚO DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS» N° [...] del 7 de septiembre de 2015 de la DIAN, con base en las causales ya referidas.

Hasta aquí, ha de indicarse que, con los testimonios de HAHC y CABP, así como la prueba documental introducida con sus declaraciones,

se probó, más allá de toda duda razonable, que las mercancías de origen extranjero aprehendidas e incautadas mediante el operativo que se llevó a cabo el 4 de septiembre de 2015, fueron introducidas al país de manera ilegal.

Ahora bien, el impugnante refiere que el hecho de no haberse aportado al proceso administrativo la declaración de importación, no significa, indefectiblemente, que la mercancía haya sido introducida al territorio nacional de manera indebida.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Decreto 2685 de 1999, la obligación aduanera, de la cual es responsable el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía -artículo 3 ídem-, nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional y comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación y de presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras.

La declaración de importación debe presentarse, ante la Administración de Aduana con jurisdicción en el lugar donde se encuentra la mercancía -artículo 121-, en el término de un mes, contado a partir del momento en que llega al territorio aduanero nacional o, de manera anticipada, hasta 15 días antes de su arribo - artículos 115 y 119-; a ella se deben adjuntar los documentos soporte relacionados en el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999.

Una vez presentada y aceptada la declaración, se deberá proceder a pagar los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar -artículos 123 y 124-; luego, se procederá de manera inmediata a determinar si hay lugar a (i) autorizar el levante automático de la mercancía, (ii) la inspección documental o (iii) la inspección física de la mercancía -artículo 125-, y autorizado el levante -acto mediante el cual la autoridad aduanera permite el retiro y disposición de las mercancías importadas, el sistema informático aduanero permitirá la impresión de la declaración de importación, documento con el que se procederá a retirar la mercancía -artículo 130-.

Ahora bien, el artículo 232-1 del decreto en cita señala que se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando,

entre otros eventos, no se encuentre amparada por una declaración de importación, en cuyo caso procede la aprehensión y el decomiso de las mercancías, dado que el ingreso al territorio aduanero nacional fue ilegal.

El anterior análisis deja en evidencia que al libelista no le asiste la razón, pues, conforme la normatividad vigente, la ausencia de la declaración de importación implica que la mercancía ingresó al país de manera ilegal, en la medida en que el referido documento sólo se obtiene siempre y cuando se hayan cumplido todas y cada una de las exigencias descritas en la ley aduanera.

Por otra parte, se tiene que la mercancía aprehendida fue avaluada en la suma de doscientos cuarenta y cuatro millones ciento noventa y ocho mil ochocientos veinte pesos (\$244.198.820), mismo valor por el que fue avaluado en el «DOCUMENTO DE INGRESO, INVENTARIO Y AVALÚO DE MERCANCÍAS APREHENDIDAS» N° [...], del 7 de septiembre de 2015 de la DIAN; suma que para el año 2015 - fecha en la que ocurrieron los hechos- equivale a 369 s.m.l.m.v.

Hasta aquí, se encuentran acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos jurídicamente relevantes: (i) las mercancías aprehendidas y decomisadas en virtud del operativo que se realizó el 4 de septiembre de 2015, en la ciudad de Bogotá, en la carrera [...] con calle [...] esquina, fueron introducidas al país ilegalmente y (ii) el valor de las mercancías ascendía a 369 s.m.l.m.v.

Desvirtuado así el primer punto de disenso del defensor, a continuación, se analizará si WGOR ejecutó el verbo rector enrostrado -tener-, con conocimiento y voluntad de que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, y que, con su comportamiento, estaba participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.»

FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO - Verbo rector: tener / **FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO** - Elementos: dolo, conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y de que, con su comportamiento, está participando en el tráfico ilegal de mercancías / **ACCIÓN PENAL** - Es independiente a la acción ante otras jurisdicciones / **PRUEBA EN EL JUICIO** -

Fiscalía: le corresponde la carga de la prueba / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: la duda razonable se resuelve en favor del procesado / **IN DUBIO PRO REO** - Aplicación: de la duda razonable, cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa a la del acusador, que puede ser catalogada como verdaderamente plausible

«Desvirtuado así el primer punto de disenso del defensor, a continuación, se analizará si WGOR ejecutó el verbo rector enrostrado -tener-, con conocimiento y voluntad de que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, y que, con su comportamiento, estaba participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías.

[...]

La valoración intrínseca y extrínseca de los testimonios rendidos por JEAM, LGMV y WELG, conforme a las reglas de la sana crítica, deja en evidencia algunas contradicciones en las que incurrieron, con la única finalidad de mostrarse ajenos a la operación de favorecimiento y facilitación del contrabando que, en este caso, consistió en transportar la mercancía desde el puerto nacional al cual arribó y tratar de entregarla al destinatario final, para este caso, los comerciantes del sector.

Sin embargo, en lo que sí son consistentes los testigos es en señalar que WGOR no tuvo ninguna participación en la referida actividad y que sólo apareció en el escenario cuando la mercancía ya había sido aprehendida por la autoridad aduanera; manifestaciones que coinciden con la del policial HAHC quien declaró en el mismo sentido.

De manera que, en el iter o sistema de contrabando, OR no aparece desarrollando ninguna actividad anterior al momento en que la mercancía fue aprehendida por la autoridad aduanera; por el contrario, lo que aparece probado es que LGMV era la persona encargada de coordinar el operativo; JEAM se ocupaba de transportar la mercancía, del lugar de desembarque, hasta los sitios donde se harían las entregas, y WELG coordinaba la entrega efectiva a los clientes.

Su presencia en el escenario del delito se presentó con posterioridad, cuando la mercancía ya había sido aprehendida por la autoridad aduanera y trasladada hasta el lugar donde se realizó la diligencia de verificación e inventario, de modo que no es posible conocer, más allá de

toda duda razonable, si WGOR conocía o no del origen ilícito de los productos.

Además, de los testimonios rendidos por WELG y LGMV, se extrae que la presencia del procesado en el lugar donde se realizó la diligencia de inventario y verificación de la mercancía, fue meramente circunstancial, sin que la fiscalía hubiese adelantado alguna actividad probatoria que despejara la duda en torno a la vinculación de OR con la operación de favorecimiento o facilitación del contrabando.

[...]

Por su parte, LGMV, quien sí era la persona a cargo de la mercancía y de su distribución, pese a que, a toda costa, intentó mostrarse ajeno a la actividad ilícita, dijo que no se apersonó de la situación, porque estaba en su casa, la cual queda ubicada en un lugar muy distante a aquel donde ocurrieron los hechos, por lo que llamó a WGOR, a quien le pidió el favor de que se dirigiera hasta el lugar donde se estaba llevando a cabo la diligencia de inventario y verificación.

En realidad, la razón por la que LGMV y WELG no acudieron al lugar donde la autoridad aduanera estaba llevando a cabo el proceso administrativo, no es otra distinta a que ambos conocían que se trataba de mercancía extranjera que había sido introducida al país de manera ilegal, en tanto, no contaban con la declaración de importación que exige la ley, por lo que simplemente intentaron eludir su responsabilidad.

Comportamiento elusivo que podría explicar el que LGMV hubiese dirigido sus esfuerzos en solicitarle a una persona extraña, que hiciera la labor de atender la diligencia administrativa; lo que se acompañaría con la tesis de la defensa según la cual WGOR se dirigió hasta aquel lugar porque un amigo se lo pidió, sin que supiera que con ello estaba realizando una actividad dirigida a favorecer o facilitar el contrabando; teoría que la fiscalía no logró desvirtuar, más allá de toda duda razonable.

[...]

Como se ve, entonces, es el mismo procesado quien refiere que, efectivamente, acudió al lugar donde se estaba realizando la diligencia de verificación e inventario de la mercancía; sin embargo, dicho comportamiento no implica, de manera indefectible, que conociera que la mercancía había ingresado al país de manera

ilegal, pues se presentó con una “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN”, con fecha de presentación 27 de agosto de 2015, identificada con autoadhesivo 07842281495161; documento que, en principio, lo respaldaba.

Ahora, es cierto que la “DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN” sólo amparaba una parte de la mercancía, de ahí que, el resto, fue efectivamente decomisada por la autoridad aduanera, sin embargo, esta información no era conocida por el procesado o, al menos, la fiscalía no lo probó, pues sólo tuvo contacto con los productos, cuando llegó al lugar donde se estaba haciendo la diligencia administrativa.

Por otro lado, contrario a lo referido por el Tribunal, el que el procesado haya acudido al lugar donde se estaba realizando la diligencia no implica, indefectiblemente, que conociera que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, ya que el objeto de ésta consistía, precisamente, en verificar esa circunstancia.

Y es que, la razón por la que la mercancía fue trasladada desde el sitio donde se halló el camión hasta el lugar que dispusieron los agentes de la policía aduanera, no fue porque se hubiese determinado que la mercancía había ingresado al país de manera ilegal, sino ante la imposibilidad de realizar la diligencia de verificación en el sitio del hallazgo, por razones de seguridad, dado que los comerciantes del sector exacerbaban los ánimos.

[...]

No le asiste razón al Ad-quem, pues la Corte, de manera reiterada, ha establecido que la acción penal es autónoma e independiente frente a cualquier otra, en tanto, difiere en su objeto, naturaleza, procedimiento y en las normas y principios que la gobiernan; ello es tan así que la testigo CABP -funcionaria del Grupo de Definición de Situación Jurídica de la DIAN-manifestó que, en los procedimientos relacionados con las obligaciones aduaneras, la carga de la prueba recae en los investigados, a quienes les corresponde desvirtuar las causales que generaron la aprehensión de la mercancía, principio que, como sabemos, difiere del proceso penal, en tanto, es a la Fiscalía General de la Nación a quien le corresponde demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, más allá de toda duda razonable.

En conclusión, no cabe duda de que, en efecto, WGOR se dirigió hasta el sitio donde se estaba

llevando a cabo la diligencia administrativa de verificación e inventario de una mercancía y firmó los documentos “AUTO COMISORIO”, “ACTA DE HECHOS” y el “ACTA DE APREHENSIÓN”, en calidad de “Declarante /Transportador /Consignatario /Depositario /Tenedor”; sin embargo, ese solo hecho, por sí mismo, resulta a todas luces insuficiente para concluir, más allá de toda duda razonable, que el procesado tenía una relación jurídica con la mercancía aprehendida y luego decomisada.

Como se dijo líneas arriba, para la configuración del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando no basta con que la fiscalía demuestre la existencia objetiva de alguno de los verbos rectores definidos en la norma, pues, en todo caso, se deberá acreditar, más allá de toda duda, que el sujeto activo tiene conocimiento respecto de la ilegalidad de las mercancías y que con su comportamiento está participando en un circuito o cadena del tráfico ilegal de mercancías; componentes que, en este caso, la Fiscalía no logró demostrar, tal y como lo consideró el A-quo.

Condenar al procesado sólo porque se presentó como el tenedor de la mercancía, sin que

aparezca probado, más allá de toda duda, que conocía de su ilegalidad y que con su actuar estaba participando en una actividad criminal dirigida a facilitar y favorecer al contrabando, implicaría emitir una sentencia con base en la responsabilidad objetiva, lo que está proscrito en nuestro sistema procesal penal.

Por lo tanto, en este asunto se presentan dos hipótesis alternativas y contradictorias con respaldo razonable en las pruebas que las convierten en tesis verdaderamente plausibles, las cuales conducen a declarar que existe una duda insuperable que debe ser resuelta a favor del procesado.

[...]

Por lo tanto, ante la existencia de dos tesis respaldadas en medios de prueba con análoga capacidad demostrativa, pero en sentidos opuestos, subsiste una duda insalvable sobre el dolo en el actuar de WGOR y su consecuente responsabilidad en el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, por el cual se le acusó. Por lo tanto, la presunción de inocencia que cobija al procesado no pudo ser desvirtuada».

SENTENCIA ANTICIPADA - Efectos / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: irretractabilidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: doble conformidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Doble conformidad: principio de limitación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Interés para recurrir: sentencia anticipada / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: no se configura porque el sujeto activo de la conducta sea calificado / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: procede independientemente de la condición de servidor público

Decidió la Corte Suprema de Justicia la impugnación especial interpuesta por la defensa del excongresista BMEV, contra el fallo de única instancia, proferido por la Sala de Casación Penal, que lo condenó, en sentencia anticipada, como autor de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público.

La Sala confirmó la sentencia SP436-2018, rad. 51833, al considerar que, la defensa material y técnica carece de legitimidad para cuestionar los

aspectos que han sido objeto de aceptación de cargos, limitación al derecho de contradicción que se mantiene frente al ejercicio simultáneo del derecho constitucional a la doble conformidad.

Por tanto, la solicitud de la defensa técnica, relacionada con degradar la calificación jurídica de la conducta de cohecho propio a cohecho impropio es impertinente, porque: (i) comprende un aspecto que fue objeto de aceptación de cargos por parte del procesado, (ii) escapa a los temas que pueden ser impugnados de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y (iii) desconoce el principio de irretractabilidad.

De otro lado, la Corte explicó que, la agravante derivada de la posición distinguida que el procesado ocupa en la sociedad, opera con independencia de la condición de servidor público; de tal manera que, en el presente asunto, a BMEV, le fue imputada la indicada circunstancia de mayor punibilidad, dada su condición de congresista, un cargo de elección popular de la más alta dignidad y responsabilidad en el marco de la rama legislativa del poder público.

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. ODEBRECHT, multinacional, de origen brasilero, entregó millonarios sobornos a funcionarios de distintos niveles y a particulares, a través de los cuales logró la asignación de contratos oficiales, algunos de ellos en condiciones de especial favorabilidad para la compañía.

2. El investigado prestó su concurso al conglomerado económico, con el propósito de consolidar su actividad en el país, con intervención directa ante diferentes entidades y funcionarios, según los requerimientos de cada situación en particular, aprovechando la condición de congresista vinculado a la Comisión Tercera del Senado, encargada de estudiar y debatir el proyecto de presupuesto de rentas y gastos de la Nación -entre los cuales están, por supuesto, los de obras de infraestructura-, así como la Subcomisión de Crédito, encargada de aprobar los empréstitos internacionales y todo lo relacionado con la deuda y crédito público de la Nación.

3. Para la adjudicación de varias obras de infraestructura, la aprobación de condiciones favorables a la compañía y la agilización de los trámites contractuales respectivos, los directivos de ODEBRECHT, por intermedio del ex viceministro de transportes, GIGM, el exsenador ONBB y otros 'lobistas' acordaron la entrega de dinero a varios servidores públicos y congresistas para que se comprometieran a suplir las necesidades de la contratista. Específicamente en lo que concierne al contrato de adición -otrosí n.º 6- el compromiso abarcó la agilización de los trámites respectivos y la inclusión de cláusulas favorables al contratista, atinentes a la autorización de nuevos peajes, el incremento de las respectivas tarifas, la anticipación de vigencias futuras y tasas de retorno, entre otras, y se acordó que estas condiciones fueran contempladas en los documentos CONPES y CONFIS, requeridos para el cierre financiero del contrato.

4. Las sumas acordadas por concepto de 'comisiones o coimas' para este contrato, fueron del 4% del valor total del mismo, suma que se distribuyó así: 2% para el senador BMEV y su grupo de personas, el 1% para otro congresista y su grupo, el 0.5% para OB y el restante 0.5% para FG, monto que se pagaría una vez alcanzado el objetivo, es decir, se firmara el contrato adicional y se obtuviera el cierre financiero, lo cual efectivamente sucedió.

5. Igual situación se predica del contrato de estabilidad jurídica, en el que se acordó entregar cuatro mil millones de pesos.

6. La forma de pago de las cantidades subrepticamente acordadas se encubrió de distintas maneras. Una parte, a través de una serie de transacciones trianguladas desde cuentas offshore a cuentas de terceros, suministradas por los destinatarios de los pagos, tanto en el exterior como en el país, y otras cantidades, obtenidas mediante la suscripción de contratos simulados entre la concesionaria Ruta del Sol II y subcontratistas, que finalmente fueron entregadas en efectivo y cheques a sus beneficiarios.

7. Respecto al Otrosí n.º 6, el senador EV asumió la función de agilizar los trámites para sacar adelante en un tiempo récord la adición del contrato en las condiciones económicas favorables exigidas por la concesionaria, lo que le generó dividendos equivalentes al 2% del valor total del mismo, para lo cual, entre otras actividades, interfirió de distintas formas ante el presidente de la ANI y otros funcionarios gubernamentales competentes para la aprobación del Conpes y el Confis, en orden a lograr el cierre financiero del Otrosí n.º 6. Su rol implicaba, además, lograr que otros congresistas apoyaran las iniciativas de control político, y a través de esos debates se presionaba a los funcionarios que tenían a cargo las decisiones en materia contractual. Igual situación cumplió el senador EV de cara al contrato de estabilidad jurídica, el cual tenía que ser finiquitado antes del 31 de diciembre de 2012, habida consideración que estaba en curso el trámite de una reforma tributaria en la que se prohibía la suscripción de este tipo de contratos, por tanto, la gestión acordada y asumida por el Congresista era fundamental para la Multinacional para lograr su cometido, como en efecto ocurrió, ya

que el contrato se suscribió el 31 de diciembre de 2012.

8. También en desarrollo de su función dentro de la referida 'empresa criminal', frente al contrato de la concesionaria N S.A.S. (empresa de la organización ODEBRECHT), gestionó reuniones privadas entre posibles contratistas, funcionarios de la ANI y Cormagdalena para que permitieran la participación contractual de dichos inversionistas privados y buscar alternativas de financiamiento con el sistema bancario, con el fin de lograr el cierre financiero del contrato, el cual finalmente no se logró porque la trama corrupta de la multinacional fue ampliamente divulgada.

9. El pago de los sobornos se hizo a través del sofisticado sistema de pagos diseñado por la multinacional ODEBRECHT, con la adopción, a nivel nacional, de medidas adicionales. Para tales efectos se utilizaron personas naturales y jurídicas, y se apeló a la suscripción de falsos contratos, intermediarios, empresas de conocidos o familiares y 'correos humanos' encargados de recibir y trasladar el efectivo, todo encaminado a ocultar el origen ilícito y el destino de dichos recursos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA ANTICIPADA - Rebaja punitiva / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Efectos / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: irrevocabilidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Interés para recurrir: doble conformidad / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Doble conformidad: principio de limitación / **DOBLE CONFORMIDAD** - Interés para recurrir: sentencia anticipada

«La defensa solicita proferir condena por el delito de cohecho impropio y no por el de cohecho propio imputado en el pliego de cargos y en la sentencia SP436-2018, rad. 51833.

Con el fin de dar respuesta a esta pretensión, lo primero que debe precisarse es que este proceso terminó por la vía de la figura de la sentencia anticipada, ante la manifestación expresa y voluntaria del exsenador BMEV de aceptar responsabilidad frente a los cargos imputados.

En virtud de este instituto procesal, el procesado, después de rendir declaración de indagatoria y

hasta antes de la clausura del ciclo investigativo, puede pedir que se dicte fallo condenatorio en su contra por los delitos objeto de la imputación, a cambio de obtener una rebaja de la tercera parte (1 / 3) de la pena a imponer.

Optar por esta figura implica para el procesado renunciar al adelantamiento del juicio, al derecho de contradicción frente a los aspectos incluidos en el acta de aceptación de cargos y, por obvias razones, al de impugnación de los mismos.

De la misma manera, pero a contrario sensu, el procesado podrá impugnar los temas de la sentencia no incluidos en el acuerdo, que por disposición legal debe definir el juez, como la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes.

[...] la Sala ha dicho que la defensa material y técnica carece de legitimidad para cuestionar los aspectos que han sido objeto de la aceptación, por ausencia de interés jurídico para hacerlo, porque una vez suscrita el acta de aceptación de cargos causa vigencia el principio de irrevocabilidad (Cfr. AP7441-2016, rad. 48691; SP095-2020, rad. 51795, entre otras).

Este principio prohíbe al procesado desconocer o discutir los contenidos del arreglo, bien porque de manera directa manifiesta la voluntad de deshacer lo pactado, o cuando «a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos», para citar solo unos ejemplos: Cfr. SP mar. 29 de 2000, rad. 11105, AP mayo 16 de 2007, rad. 27350, AP oct. 17 de 2012, rad. 39984, AP7441-2016, rad. 48691 y AP5185-2018, rad. 53730, entre muchas otras.

Dichas limitaciones al derecho de contradicción se mantienen frente al ejercicio simultáneo del derecho constitucional a la doble conformidad, porque, aunque la materialización de esta garantía implica tener la posibilidad de controvertir de manera amplia los componentes fácticos, probatorios y jurídicos de la primera condena, su cuestionamiento deja de tener sentido cuando los mismos, previamente, de manera libre y voluntaria, han sido aceptados por el procesado.

Así lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades, en las que ha explicado que la posibilidad de discutir de manera amplia los temas de la primera condena, en función de la realización de la garantía de doble conformidad, no implica desconocer las normas legales que

limitan los aspectos de la impugnación en fallos dictados en el marco de la justicia premial (Cfr. SP095-2020, rad. 51795).

En el presente caso, la defensa técnica solicita a la Sala degradar la calificación jurídica de la conducta de cohecho propio (artículo 405, L. 599 /00) a cohecho impropio (artículo 406, ejusdem), por considerar que el delito que se tipifica, de acuerdo con los contenidos fácticos de la imputación y el acta de aceptación de cargos, es el del segundo precepto.

En concreto, asegura que los dineros recibidos por el exsenador lo fueron para que agilizará trámites procesales mediante la «presión sutil» a los funcionarios encargados de dichas funciones, lo cual se enmarca en el supuesto fáctico «por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones», que integra la descripción típica del artículo 406.

Esta pretensión resulta impertinente en el marco de la impugnación, porque, (i) comprende un aspecto que fue objeto de aceptación de cargos por parte del procesado, (ii) escapa a los temas que pueden ser impugnados de acuerdo a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y (iii) desconoce el principio de irrevocabilidad.

Tampoco se advierte que en el trámite surtido o en el acuerdo firmado se hayan desconocido las garantías fundamentales. La actuación indica que el exsenador aceptó los cargos de manera libre, consciente, voluntaria, asesorada y debidamente informada, razón por la cual no es posible sostener que hubiese sido inducido en error o que su decisión hubiese estado afectada por otros vicios.

También permite establecer, sin dificultades, que la adecuación de la conducta en el tipo penal que describe el cohecho propio encuentra amplio respaldo en los medios de prueba aportados a la actuación y que los cuestionamientos que se formulan por dicho motivo carecen totalmente de fundamento.

Los medios de conocimiento recaudados evidencian que BMEV recibió dinero para «gestionar» que la adición que se proyectaba realizar a la concesión vial Ruta del Sol II fuera adjudicada a la empresa ODEBRECHT, es decir, para incidir indebidamente en un proceso de contratación estatal, conducta que no es posible calificar como un acto propio de su cargo o de sus funciones.

Si bien el excongresista integraba la Comisión Tercera del Senado, encargada de «aprobar el presupuesto» de rentas y gastos de la Nación, entre los cuales se encuentran los de obras de infraestructura, lo cierto es que su labor dentro del plan criminal estaba dirigida -esencialmente- a intervenir ante otros funcionarios para agilizar distintos procesos contractuales, a cambio de la entrega de millonarias sumas de dinero.

Así se dejó consignado en el acta de aceptación de cargos y se ratifica con el contenido de las distintas pruebas testimoniales practicadas en la actuación, las cuales informan de dicha intervención en los contratos de, (i) estabilidad jurídica para la ejecución del proyecto Ruta del Sol II, suscrito el 31 de diciembre de 2012, (ii) recuperación de la navegabilidad del río Magdalena, suscrito el 13 de septiembre de 2014, y, en (iii) la aprobación del CONPES y el CONFIS, para lograr el cierre financiero del Otrosí No. 6, suscrito el 14 de marzo de 2014 (para el mejoramiento del corredor vial denominado «Transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra» - Ruta del Sol II).

Por tanto, resulta ingenuo sostener que estos actos no son contrarios a sus deberes oficiales como Senador de la República, como si participar en un entramado delictivo para direccionar la adjudicación indebida de contratos y obtener parte de los dineros destinados para el cumplimiento de los mismos, prevalidándose de su investidura, sea propio de su actividad funcional.»

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD - Efectos para la aplicación del sistema de cuartos y la dosificación punitiva / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistemas de cuartos: criterios de valoración / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: movilidad dentro de cada uno / **DOSIFICACIÓN PUNITIVA** - Sistema de cuartos: determinación de los cuartos medios de punibilidad

«A juicio del recurrente, la Sala a quo, al dosificar la pena, debió seleccionar el segundo cuarto de movilidad y no el tercero, porque además de estarse frente a la circunstancia de mayor punibilidad referida a la posición distinguida del exsenador en la sociedad, también concurre la de menor punibilidad de ausencia de antecedentes penales.

Igualmente plantea vulneración del principio non bis in idem, porque el cargo de Senador fue el

«elemento principal» para declarar acreditados los delitos por los que el procesado aceptó responsabilidad penal, condición que igualmente fue determinante para imputar la circunstancia de mayor punibilidad. Además, que los elementos estructurales de los tipos penales fueron valorados doblemente, al tenérseles también en cuenta en el análisis de la mayor o menor gravedad de la conducta y la necesidad de la pena del artículo 61 del código penal.

[...] la Sala advierte que la primera instancia, al asumir el proceso de dosificación de la pena, dividió el ámbito punitivo de movilidad de los delitos imputados en cuartos, «uno mínimo, dos medios y uno máximo», como lo ordena el encabezado del artículo 61 de la Ley 599 de 2000:

[...]

Posteriormente, precisó que al exsenador «se dedujo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-9 del Código Penal, (...) por la posición distinguida que ocupa (...) en la sociedad, dada su condición de congresista» y que paralelamente concurría a su favor la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55.1 del Código Penal, por la carencia de antecedentes penales.

Teniendo en cuenta que confluían dos circunstancias de naturaleza distinta, explicó que proseguía aplicar el inciso 2° del citado artículo 61 del Código Penal [...]

Como puede observarse, es claro que los ámbitos de movilidad en los que el juez puede actuar, son realmente tres: (i) el cuarto mínimo, (ii) los dos cuartos medios, y (iii) el cuarto máximo, pues el legislador quiso que cuando confluyeran circunstancias agravantes y atenuantes, el juez tuviera un mayor campo de acción, por eso los conglobó, para que pudiera moverse entre el máximo del primer cuarto y el mínimo del último cuarto.

Esta interpretación ha sido la que históricamente la Sala ha acogido, por consultar el contenido y teleología de la norma, pues si el legislador hubiera querido manejar los cuartos segundo y tercero de manera independientes, habría fijado las condiciones a cumplir para ubicarse en cada uno de ellos, pero no lo hizo. [...]

[...] contrario a lo expuesto por el recurrente, el trámite de individualización de la pena no distingue entre los cuartos de movilidad segundo y tercero. Así que, carece de fundamento sostener

que el cuarto medio a seleccionar varía «dependiendo el número y naturaleza de las circunstancias genéricas y concurrentes de punibilidad», pues lo cierto es éstos conforma un solo parámetro de movilidad.»

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD - Posición distinguida del procesado: servidor público / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: servidor público, congresista / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: no se configura porque el sujeto activo de la conducta sea calificado / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: procede independientemente de la condición de servidor público / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Posición distinguida del procesado: aplicación / **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD** - Situación en la que no se viola el principio de doble incriminación

«[...] las inconformidades planteadas por la defensa en este acápite, referida a la violación del principio non bis in ídem por la condición de servidor público del procesado, de la cual, según se afirma, se hicieron derivar dos consecuencias jurídicas, (i) como elemento calificador del sujeto activo de la conducta y, (ii) como circunstancia de mayor punibilidad por su posición distinguida que en la sociedad, se imponen algunas precisiones.

Las condiciones que se exigen para ser sujeto activo de la conducta son distintas de las que definen la agravante prevista en el artículo 58.7 del Código Penal. Para ser sujeto activo basta ser servidor público, conforme a la definición traída por el artículo 20 del Código Penal, con independencia de la importancia del cargo que se desempeñe o el poder que se derive del mismo.

Mientras que para ser destinatario de la agravante se requiere que el sujeto agente tenga «una posición distinguida en la sociedad», derivada del cargo, de la posición económica, de su ilustración, del poder que ostenta, del oficio o ministerio a los que sirve, como lo precisa el numeral 9° del artículo 58 del Código Penal, lo cual es totalmente distinto.

Es más, ni siquiera se exige para la imputación de la agravante, ser servidor público, puesto que la norma utiliza la expresión «cargo», que en una de las acepciones del diccionario de la real

academia significa «dignidad, empleo u oficio», ocupaciones que no solo pueden ejercerse en el sector público, sino también en el sector privado o en el religioso. Y los otros supuestos fácticos que enlista la norma, son predicables igualmente de particulares y de otras categorías de personas.

Esto, para significar que la agravante opera con independencia de la condición de servidor público y que cuando se imputa al sujeto agente que exige esta condición para la tipificación de la conducta, no basta sostener que es servidor público, porque esto, de suyo, no acredita el supuesto fáctico de la agravante.

En consecuencia, a efectos de la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad será necesario evidenciar, (i) que la preminencia del cargo que ocupa o de la investidura que ostenta le otorga una posición distinguida en la sociedad, y (ii) que esta especial condición incidió en la realización de la conducta delictiva, elementos sin los cuales la gravante no procede.

No es, por tanto, como lo plantea la defensa, que la imputación de la agravante a quien se le exige tener la condición de servidor público para ser sujeto agente de la conducta punible, vulnera el principio non bis in ídem por doble valoración, por cuanto, como se ha explicado, su estructuración presupone el cumplimiento de unos presupuestos adicionales que no todo servidor público cumple, particularidad que hace que el debate en torno a su procedencia se traslade al terreno fáctico probatorio.

Por tener relevancia para el caso, resulta importante recordar lo expuesto por la Corte en la decisión SP 4250-2015, rad. 39156, sobre los motivos que justifican la imputación de la agravante derivada de la posición distinguida que el servidor público ocupa en la sociedad:

«i) esa alta posición implica para quien la ostenta una obligación adicional que debe impelerlo, por sí misma, a una mayor contención frente al delito, derivada de poseer medios económicos, sociales y culturales suficientes para servir de estímulo negativo a cualquier tipo de inclinación delictuosa;

ii) es mayor el acento lesivo del delito, dado que precisamente su materialización por quien recibió la confianza del ciudadano o el Gobierno, deslegitima ante la comunidad a la institución, a más que representa, en términos de prevención general, un factor probable en grado sumo, que

obliga a una condigna sanción, aquí representada en la causal y sus efectos.»

En el presente asunto, al procesado BMEV le fue imputada en la providencia que resolvió su situación jurídica la circunstancia de mayor punibilidad «por la posición distinguida que ocupa el procesado en la sociedad, dada su condición de congresista» (Cfr. CSJ AP5391-2017, rad. 49592), la cual fue replicada en el acta de formulación y aceptación de cargos y en el fallo objeto de impugnación. En la imputación fáctica se aludió de distintas maneras a dicha posición para el momento de los hechos y la circunstancia de haberle permitido cumplir de manera efectiva su accionar delictivo.

Por consiguiente, es claro que su imputación no derivó de la circunstancia abstracta de ser servidor público, sino de ser congresista, concretamente Senador de la República, un cargo de elección popular de la más alta dignidad y responsabilidad en el marco de la rama legislativa del poder público que, por su importancia, determinaba que el procesado fuera considerado una persona importante, respetable y distinguida a nivel general. De allí que la censura por indebida aplicación de la misma, carezca de fundamento.»

JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación a casos análogos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: obligación de reintegrar el incremento patrimonial percibido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Sentencia anticipada: identidad con el allanamiento o aceptación de cargos del nuevo sistema / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Precedente Judicial: se aplica el vigente al momento del hecho jurídico relevante / **SENTENCIA ANTICIPADA** - Retracción: inadmisibles

«El recurrente sostiene que la Sala a quo contrarió el criterio jurisprudencial que se hallaba vigente para la fecha de los hechos del proceso, que permitía el otorgamiento del 50% de rebaja por aceptación de cargos, debido al cambio jurisprudencial contenido en la sentencia SP14496-2017, rad. 39831, sept. 27 de 2017, conocida como «el caso Nule», lo que ocasionó que la rebaja solo fuera de la tercera parte (1 / 3), en aplicación del inciso 4º del artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

Con el fin de dar respuesta a este cuestionamiento, se torna necesario reproducir

lo que se dijo sobre el particular en el acta de formulación y aceptación de cargos y luego en la sentencia. [...]

Lo primero que debe decirse alrededor de este cuestionamiento, es que el procesado carece de interés para formularlo, por tratarse de un aspecto que fue informado, debatido y excluido en el acuerdo, con el consentimiento expreso del procesado, situación que lo inhabilita para reintentar su reconsideración, en virtud del principio de irrevocabilidad que acompaña los acuerdos suscritos en el marco de la justicia premial.

Ahora bien, en el presente asunto la solicitud de acogimiento a sentencia anticipada fue presentada por el Senador el 4 de diciembre de 2017. La audiencia de formulación y aceptación de cargos tuvo lugar el 13 de diciembre siguiente. Ambos actos se presentaron después del cambio de jurisprudencia cuya aplicación se invoca, materializado en sentencia SP14496-2017, radicado 39831, del 27 de septiembre de 27 de 2017, es decir, dos meses antes.

Esto hacía inaplicable la tesis anterior invocada, por haber sido ya recogida cuando el procesado decidió acogerse a la sentencia anticipada y porque aceptó las nuevas condiciones, de las cuales fue suficientemente informado. En torno al punto, la Sala ha hecho las siguientes presiones, que ahora se reiteran:

«...no existe duda que el principio de favorabilidad de la ley penal más favorable no admite ninguna excepción, sea porque la ley vigente al momento de cometer el delito es más favorable que la posterior que determina una respuesta punitiva más gravosa, o porque la posterior a la ejecución de la conducta traza un tratamiento penal más benigno.

Acerca de ese tema no hay discusión. El problema que se debe resolver es si al aplicar la misma ley -la vigente tanto para el tiempo de ejecución de la conducta y para el momento de resolver la situación que se juzga— se puede desconocer el principio de favorabilidad, cuando al decidir el caso se aplica una jurisprudencia que no estaba vigente cuando se cometió la

conducta, pero si cuando se suscita el hecho procesal jurídicamente relevante.

La respuesta es negativa. Primero, porque en el diseño constitucional del sistema de fuentes, la jurisprudencia es un criterio auxiliar de interpretación de la ley (Artículo 230 de la Constitución Política). Segundo, porque ese principio, sin desconocer la importancia del precedente judicial, supone que la jurisprudencia no es equiparable a la ley en sus efectos, aun cuando se acepta que no puede ser retroactiva y, tercero, porque como ocurre incluso en discusiones relacionadas con el tránsito de leyes, lo que determina su aplicación en casos como el que ahora se analiza, implica precisar cuál es la interpretación judicial vigente cuando se produce el hecho jurídicamente relevante.

Según lo expresado, la jurisprudencia llamada a regir el caso es la vigente al momento de allanarse a los cargos, que es en términos de la teoría del proceso el hecho procesal jurídicamente relevante, entendido como la exteriorización de la voluntad de aceptar los cargos, [...]

La pretensión de la defensa que se aplique el referido precedente, se traduce realmente en una solicitud de cambio de tesis, que desde luego la Sala no acoge, pues su postura, ahora consolidada, viene siendo reiterada en consecutivos pronunciamientos:

Esta tesis se mantuvo hasta la SP del 27 de septiembre de 2017, Rad. 39831, cuando la Corte sostuvo, nuevamente, retomando la tesis de la SP del 23 de agosto de 2005, Rad. 21954, que allanamiento y preacuerdos son formas o modalidades de acuerdo, según lo define la ley. A partir de esa premisa consideró que siempre que exista incremento patrimonial producto de la conducta, sea que se trate de allanamiento o preacuerdo, se requiere reintegrar el 50% del incremento obtenido y el ofrecimiento de garantías del pago restante, en concordancia con lo previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.» [Negrilla fuera del texto] (Cfr. AP4884-2019, rad. 54954 y AP504-2020, rad. 55166, (Cfr. SP287-2022, rad. 55914, feb. 9 de 2022).».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá