



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Octubre 04 de 2024 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 -

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **TESTIMONIO -**

Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, es factible que la verdad sea suministrada o complementada en declaraciones posteriores a las primeramente recaudadas / **TESTIMONIO -** Del menor: apreciación probatoria, silencio de la víctima de delitos sexuales no significa que los hechos no hubieran ocurrido

Resolvió la Corte el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía 10 Delegada ante la Corporación, contra la sentencia proferida por el Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, que revocó la decisión condenatoria dictada por el Juzgado 20 penal del circuito con función de conocimiento de esa ciudad, y en su lugar, absolvió a EPA como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

En esta oportunidad, la Sala Penal casó el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Bogotá a favor de EPA para, en su lugar, dejar en firme la condena proferida en su contra.

Lo anterior al considerar que, a partir del análisis y valoración de los elementos de conocimiento que integran el acervo probatorio del proceso, se satisface el estándar previsto en el art. 381 del Código de Procedimiento Penal para condenar, en tanto los relatos de los menores sí ofrecen un contenido libidinoso y se soportaron en procesos de rememoración suficientes que se contrastaron

con otras pruebas incorporadas al proceso. Además, se demostró la existencia de los juegos lascivos con ayuda de videos pornográficos y la realización de los actos sexuales consistentes en tocamientos que el procesado hacía sobre las víctimas.

SP2024-2024(59068) de 31/07/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En Bogotá, entre los meses de octubre y diciembre de 2017, EPA se encargaba del cuidado de los nietos de su esposa, la niña SVAC de seis años y el niño JJAC de tres años, situación que aprovechaba en su habitación para mostrarles videos pornográficos que los menores tenían que repetir; también procedía a tocar la vagina de la niña y, además los ponía a participar en dos juegos sexuales: uno de los juegos consistía en que el procesado se ponía de pie y el niño que primero llegara le besara el pene obtenía como premio un huevo kinder; en el otro juego, la niña se acostaba, abría las piernas y el niño se subía encima para introducirle el miembro viril en su vagina.

2. El abuelastro procesado les decía a las menores víctimas que no podían contarle a nadie, porque no les volvería a dar dulces.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Prueba de referencia: procedencia, menor víctima de delitos contra la

libertad, integridad y formación sexuales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, es admisible como prueba de referencia, de pleno derecho / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio, del menor víctima: prueba de referencia, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio, entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, incorporación como prueba de referencia para evitar su doble victimización

«La Corte, tratándose de juicios en los que las víctimas de delitos -como los sexuales- son personas menores de dieciocho años, les otorga un procedimiento diferencial para cumplir con la protección reforzada que la Constitución Política les asegura. Sobre esa base:

“a nivel de principio, se ha señalado, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, que los menores, como todo testigo, pueden comparecer al juicio, pero aun si concurren, o no lo hacen, sus declaraciones anteriores pueden hacerse valer como prueba de referencia admisible, algo que no ocurre cuando el testigo es mayor de edad (CSJ SP, 28 CSJ SP337-2023, 16 ago., rad. 56902; CSJ SP14844-2015, 28 oct, rad. 44056; CSJ SP934-2020, 20 may., rad. 52045, y CSJ SP723-2024, 20 mar., rad. 56879).

Por regla general -precisa la jurisprudencia-, mediante la prueba de referencia ingresan al juicio declaraciones anteriores de un testigo que no está disponible para su confrontación e interrogatorio. Sin embargo, cuando se trata de menores víctimas, la incorporación al juicio de sus declaraciones anteriores es un asunto de puro derecho definido por el legislador en el literal e), del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, agregado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013. Por lo tanto, su aducción al debate no está sujeta a juicios de disponibilidad.

La finalidad esencial de la ley -dijo la Corte en las decisiones que vienen en cita- está dirigida a que la menor víctima no declare, aunque si lo desea puede hacerlo. En caso de que lo haga, como lo expresó la Corte en la CSJ SP14844-2015, 28 oct, rad. 44056, no existe ningún obstáculo para que se pueda solicitar al tiempo el ingreso de sus declaraciones como prueba de referencia admisible, sin necesidad de probar su

indisponibilidad, pues este criterio, en relación con menores de edad, ha sido desestimado legalmente.

Junto a lo expuesto, la Corte dispuso, de cara al testimonio adjunto y la prueba de referencia en los procesos donde son víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años, «las formas acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad», la cual constituye la finalidad suprema de la prueba.

En torno a la incorporación de declaraciones rendidas antes del juicio por menores de edad víctimas de delitos sexuales, la Sala estableció:

(a). Bajo el principio de protección reforzada, mediante el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, se adicionó el [literal] e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, con el fin de considerar de pleno derecho, como prueba de referencia admisible, las declaraciones por fuera del juicio de menores de 18 años, víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

Por lo tanto, como se mencionó, su procedencia no está condicionada a si el menor está o no está disponible, o si concurre o no al juicio, pues de no ser así, el principio de protección reforzada que justifica esta singular consideración normativa carecería de sentido.

(b). El ordinal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, tiende a evitar la impunidad que se puede generar ante el riesgo de retractación del menor y su revictimización.

Desde ese punto de vista, salvo que el fiscal encuentre que su teoría del caso se puede probar sin necesidad de recurrir a pruebas de referencia admisibles, no existe razón para no hacer uso de una prerrogativa legal que le permite actuar con la sensibilidad y responsabilidad que este tipo de conductas requiere.

(c). En un sistema de partes, la lealtad que se materializa en el debido proceso probatorio, les impone la carga de descubrir la prueba -en el escrito de acusación, numeral 5 del artículo 337 y en su formulación, numeral, 2 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004-, y solicitar y justificar su conducencia y pertinencia en la audiencia preparatoria -artículo 357 del Código de Procedimiento Penal-.

En este sentido, para cumplir con el debido proceso probatorio, tratándose de declaraciones anteriores al juicio de menores víctimas, basta descubrirlas, solicitarlas en la audiencia

preparatoria y que sean decretadas. Son las únicas condiciones, porque otras, como la disponibilidad del testigo, según se advirtió, no son exigibles tratándose de declaraciones de víctimas menores entregadas por fuera del juicio oral.

De esta manera se satisface el debido proceso probatorio, pues como lo señala el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia, en lo pertinente, salvo lo expresado en el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, se rige “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.

(d). El hecho de que las declaraciones anteriores de víctimas menores de 18 años se cataloguen como prueba de referencia admisible, no significa que la parte esté exonerada de descubrir la prueba y solicitarla. Esa es una condición de validez de la prueba. Por lo tanto, no puede el juez apreciarlas con la excusa de que por definición legal las declaraciones del menor constituyen prueba de referencia admisible, sin que la parte las haya descubierto y hecho la manifestación de utilizarlas en el debate oral, en una actitud oficiosa que desdice del sistema y de la carga que tienen las partes de llevar al juez el convencimiento sobre la responsabilidad o la inocencia del acusado.

(e). Decretada la prueba, si el menor concurre al juicio y es su deseo declarar, la prueba de referencia admisible se puede utilizar para impugnar su credibilidad (artículo 440 de la Ley 906 de 2004), así como también se puede impugnar la prueba de referencia admisible por cualquier medio probatorio (artículo 441 ibídem). Conforme a la jurisprudencia de la Corte, igualmente, en caso de retractación se la puede incorporar como testimonio adjunto.

(f). Por último, si la prueba aducida al juicio es de referencia, así se trate de declaraciones de menores de edad, el Juez está impedido de dictar sentencia condenatoria exclusivamente con base en ese tipo de pruebas (inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

Las disposiciones en estudio persiguen asegurar los derechos prevalentes de los menores, para eso, la ley promueve que, cuando las menores víctimas no testifiquen en juicio, las declaraciones previas que hayan ofrecido sean susceptibles de incorporarse de pleno derecho

como prueba de referencia admisible, siempre que las mismas sean descubiertas en la audiencia de acusación, y solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria.

La Corte ha modulado las reglas sobre la prueba de referencia y tranquilamente ha considerado que la inflexibilidad de las normas debe ceder frente a las finalidades de la prueba y del proceso penal, siempre y cuando se garanticen los principios de inmediación y contradicción. De manera que, las formas o la ritualidad acerca de cómo se pide la prueba, ceden ante la aproximación racional a la verdad. Los estándares probatorios no se alteran, lo que se flexibiliza es la forma de aducción de la prueba.

En este contexto, para responder al cargo propuesto por el recurrente se observa que, la Fiscalía trajo al juicio oral a las menores víctimas, quienes en la cámara Gesell fueron escuchados en declaración, motivo por el cual importa conocer sus narrativas, como también exponer el valor probatorio que merecen, lo cual debe ser contrastado con las demás pruebas practicadas e incorporadas en la audiencia pública de juzgamiento»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: de los aducidos por la defensa, cuando presentan inconsistencias e interés de favorecer al acusado / **TESTIMONIO** - Del menor: Limitaciones verbales / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, es factible que la verdad sea suministrada o complementada en declaraciones posteriores a las primeramente recaudadas / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **TESTIMONIO** - Del menor: apreciación probatoria, silencio de la víctima de delitos sexuales no significa que los hechos no hubieran ocurrido / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: de corroboración periférica, testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevista rendida ante psicólogo por menor víctima de delito sexual

«De la narración de la madre de los menores JJAC y SVAC, víctimas de delitos sexuales, se destaca la forma como conoció del abuso sexual de los niños, los detalles contados por ellos y las acciones que tomó, luego de ser orientada en la línea 123. Aspectos de relevancia ante las consideraciones del ad quem y los

cuestionamientos que plantea la defensa, al considerar que faltó a la verdad y contaminó la versión de los niños, así perjudicar al procesado, veamos los puntos de relevancia de su testimonio:

[...]

Se destaca que durante los interrogatorios de la Fiscalía y la defensa, no hubo manifestaciones relacionadas con algún conflicto o discrepancia con su padrastro E.P.A., por el contrario L.Y. señaló que mantenían una buena relación, al punto que cuando se enteró de los hechos, para ella fue muy doloroso; como se observa más adelante, el supuesto conflicto familiar es un tema que posteriormente la madre y el hermano de la testigo, abuela y tío de los menores víctimas, respectivamente, trajeron al proceso, lo que a diferencia de la conclusión a la que llegó el ad quem, se observa que se intenta aportar un nuevo conocimiento lejano a la realidad de lo ocurrido, y que tiene por finalidad favorecer al procesado, lo cual resulta insuficiente frente a lo declarado por la madre de los niños y por los menores víctimas SVAC y JJAC, lo cual es verificado con los testimonios de los profesionales que conocieron el caso y atendieron a los niños.

[...]

A diferencia de las consideraciones del ad quem, la Corte observa que si bien el testimonio de SVAC no tiene la fluidez que quisiera el Tribunal, eso no lo hace insuficiente o incompleto, pues para la niña es claro que su abuelastro abusaba sexualmente de ella y su hermanito, lo cual guarda armonía con las manifestaciones que con anterioridad le hiciera a su mamá, en particular, si existieron las prácticas sexuales entre la niña y el niño hermano, por petición del procesado, quien, además, le daba dulces luego de que ella manipulaba con su boca el pene del acusado; los abusos ocurrieron en varias oportunidades, cuando habitaban en la casa del procesado, como también cuando residían en otro lugar, siempre ocurría en ausencia de sus papás; además, el procesado en todo momento buscó estar cerca de los niños, para ello se ofrecía a recogerlos en el colegio, así tenerlos en su casa, o los viernes en la residencia de los papás, para pasar el fin de semana con ellos, como lo declaró la mamá y la abuela de los niños.

[...]

Testimonio del menor víctima JJAC

De entrada, se advierte que, a pesar de tratarse del testimonio de un niño de cuatro años, las respuestas relacionadas con datos personales y familiares gozan de comprensión y coherencia, aspectos que también se observan en las demás respuestas relacionadas con los hechos, veamos:

[...]

Si bien el ad quem consideró que el niño JJAC no pudo dar detalles sobre los hechos investigados, desvirtuando por eso el presunto juego libidinoso y que haya visto la película pornográfica por indicación del procesado, lo cierto es que el menor no negó haber tenido alguna vivencia con el procesado E.P. y, por el contrario, no quiso rememorar su experiencia traumática, pero a línea seguida a pregunta de la defensa rememoró experiencias que aún no considera negativas como que vieron en la televisión a personas desnudas, que apagaban la 'tele' y corrían hacia el acusado a quien olían cuando echaban una apuesta, además que era habitual que les diera dulces.

En este contexto, si bien el testimonio JJAC por si solo resultaría insuficiente para demostrar los comportamientos libidinosos, no puede dejarse de lado que ofrece una serie de elementos que, al ser contrastados con el testimonio de su hermana SVAC y las entrevistas realizadas por las psicólogas del CTI, permiten establecer que los actos libidinosos si ocurrieron y que su autor es el procesado E.P.A.

Especialmente, los testimonios de los niños son congruentes en establecer que veían en la televisión películas con posible contenido pornográfico y que apostaban a quien llegaba primero a donde su abuelo, donde ambos, desde su vivencia, señalaron que acercaban su cara de forma muy próxima a su abuelo, puesto que el niño JJAC señaló que corría a donde su abuelo a olerlo y la niña SVAC, por su edad, pudo comprender y concretar con más claridad que corrían a besar el pene del procesado.

[...]

De acuerdo con los profesionales de la salud del hospital [...] que atendieron en su primer momento a los menores víctimas, si bien los niños SVAC y JJAC no presentaron hallazgos físicos, esto no significa que los hechos no ocurrieron, sino que esas circunstancias son compatibles con diversas formas de abuso y manipulación sexual; para el caso, es evidente, conforme se infiere de las versiones de las

víctimas ante la psicóloga de la Fiscalía y testimonio en juicio oral, que en efecto, las prácticas sexuales son de aquellas que no dejan hallazgos físicos. Recuérdese que se trataba de tocamiento y accesos carnales vía oral, cada vez que los niños tenían que besar el pene del procesado a cambio de un dulce, resultado del juego utilizado para lograr manipularlos, al punto, como lo sostuvo la madre de los niños, que en particular SVAC, en un principio no comprendía que era lo que había pasado, pues para ella los hechos eran el resultado de un juego, pues es con posterioridad que comprende el alcance y gravedad de lo ocurrido.

[...]

Los testigos de la defensa L.A.G.B. y A.F.C.G., abuela y tío de los niños SVAC y JJAC no ofrecen la razón suficiente para concluir que el procesado E.P.A. no cometió los delitos por los cuales se le juzga; pues sus apreciaciones relacionadas con el buen trato y cariño que daba a sus hijastros menores y la supuesta conducta irregular de L.Y., no son demostrativas de la inocencia del procesado.

Esa forma de comportamiento ideal del acusado, era de tal nivel que los niños no dieron cuenta que mientras su abuelastro realizaba los juegos estaba cometiendo conductas libidinosas; en ese contexto, para ellos era normal lo que estaba pasando, tal como lo señaló la denunciante L.Y. C.G. y lo diagnostica el médico pediatra R.P. que los atendió, al considerar que la situación era compatible con una sospecha de abuso y manipulación sexual y que también observa la psicóloga del CTI al realizar la entrevista SVAC.

[...] La denunciante tenía razón y la sospecha de abuso y manipulación sexual resultó ser cierta, pues los testimonios de los niños SVAC y JJAC sí ofrecen consistencia y fueron objeto de corroboración periférica; así que los menores en

sus testimonios y entrevistas de SVAC cuentan la manera como ocurrían los hechos, SVAC con una narrativa de mayor contenido, espontánea, coherente y clara, al indicar el juego libidinoso de abuelastro y el premio que recibían para el primero que le besara el pene, y los tocamientos que le hacía en su vagina.

La narrativa de la niña encuentra armonía con las entrevistas rendidas a las psicólogas del CTI, sin que la negativa inicial a contar lo sucedido y la aparente variación en su dicho, tenga la profundidad para afirmar que no se conservó el núcleo esencial de los abusos sexuales; por el contrario, la claridad de los hechos expuestos en el testimonio que rindió en el juicio oral, se explica en que, la rememoración iba acompañada del entendimiento de haber sido víctima de abuso sexual, pues la niña, ya comprendía que los juegos y premios que daba su abuelo no correspondían a la normalidad, sino que era el resultado de un abuso sexual, tal lo refiere la psicóloga del CTI.

Ahora, en lo que respecta al testimonio del menor JJAC, si bien, como se anotó, por sí solo no ofrece la razón suficiente para responsabilizar al procesado P.A, si brinda unos mínimos elementos sobre la ocurrencia de los hechos imputados, en un primer momento, a pregunta de la Fiscalía sobre su abuelo, el niño luego de mostrar una pena inmensurable, responde no querer hablar de eso; y más adelante, a pregunta de la defensa, de manera espontánea, inesperada y sorpresiva declara que en la casa de E. veían televisión a -unos señores desnudos, y apagamos la tele, y cuando venía le olíamos... cuando echábamos la apuesta- , y que este a veces les daba dulces. Relato que, distinto a las conclusiones del ad quem, armonizan con los demás elementos materiales de prueba, en particular lo manifestado también con espontaneidad por su hermana SVAC».

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos

rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, para la comercialización, es conducta típica / **PRUEBA INDICIARIA** - Formación / **INDICIO** - Inferencia lógica: valor probatorio / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE**

ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, la finalidad queda desvirtuada cuando la cantidad supera exageradamente la permitida

La Sala Penal resolvió el recurso extraordinario de casación presentado por los defensores de MASG y JMCC contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual confirmó la proferida por el

Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a los nombrados como coautores del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En este asunto, la Corte no casó la sentencia de segunda instancia, al verificar que los hechos indicadores definidos por el Tribunal; esto es, la cantidad excesiva de marihuana que portaban; la huida de la policía; y las explicaciones poco creíbles que ofrecieron sobre su conducta, cuentan con la capacidad suficiente para edificar el conocimiento, más allá de toda duda razonable, en relación con que los acusados tenían la droga con el propósito de comercializarla.

Para tomar esa decisión, la Sala explicó la formación y construcción de la prueba indiciaria. También, se refirió a la clasificación jurisprudencial de los indicios y recordó la forma cómo deben ser apreciados por los jueces.

SP2213-2024(59079) de 14/08/2024

Magistrado Ponente:

Jorge Hernán Díaz Soto

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 7 de junio de 2018 a las 5:30 p.m., en inmediaciones de la carrera 39ª con transversal 29 de Bogotá se desplazaban de occidente a oriente cuatro personas en un vehículo, cuando uniformados de la Policía Nacional –prestando servicio de patrullaje- les solicitaron detenerse para ser registrados.

2. Ante el requerimiento, el vehículo emprendió huida hacia la carrera 28, suceso que fue reportado a la central de radio solicitando apoyo para la persecución. A la altura de la carrera 28 con calle 39, se detuvo el automotor y descendió JMCC, quien fue aprehendido inmediatamente.

3. Pese a ello, el vehículo continuó su marcha y transgrediendo las normas de tránsito, lesionó a un peatón. Finalmente, metros más adelante del accidente, el automóvil fue intervenido por los oficiales, quienes capturaron al conductor MASG. Los otros dos ocupantes lograron huir.

4. Una vez registrado el automotor, en el asiento trasero fue encontrada una caja de cartón y en su interior cinco paquetes envueltos con cinta, los cuales contenían sustancia característica a marihuana, cuyo peso neto fue de 3.448 gramos.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Antijuridicidad material / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, para la comercialización, es conducta típica / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, la carga de la prueba radica en la Fiscalía General de la Nación / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones

«[...] la jurisprudencia ha establecido ciertas exigencias para que el delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de porte o llevar consigo, sea reprochable penalmente, lo cual ha tenido una evolución jurisprudencial importante.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un primer momento, identificó el problema relacionado con el acto de porte de drogas en una cantidad ligeramente superior al límite permitido, para darle un abordaje desde la óptica de la antijuridicidad de la conducta punible. La Corte concluyó que el porte de estupefacientes en pocas cantidades situaba la conducta en una posición intermedia, pues al exceder levemente el límite autorizado, este comportamiento no constituía una lesividad suficiente que justificara la intervención penal, al considerarse insuficiente para afectar materialmente el bien jurídico de salud pública. Por lo tanto, la conducta no satisfacía los criterios del juicio analítico de la antijuridicidad material.

A partir de este criterio, en un primer estadio, la Corte justificó el exceso en el porte de la sustancia prohibida, siempre y cuando sobrepasara en poco el límite autorizado, al reconocer que el consumidor habitual podría necesitar de aprovisionamiento, ya sea para abastecerse para su consumo personal para un periodo de tiempo, o también consideró factible que se adquiriera más sustancia con fines recreativos para consumir en eventos o para compartirla con otros consumidores.

En un segundo momento, la jurisprudencia varió esta postura y mudo la discusión del estadio de la antijuridicidad - lesión al bien jurídico salud pública - al de tipicidad, a partir de la cual se entendió que la estructura del delito de porte de estupefacientes incluye un ingrediente adicional subjetivo tácito diferente al dolo, atado a la intención que ostenta quien porta la sustancia. En este sentido, se dispuso como necesario diferenciar el porte de sustancias psicotrópicas con el fin de consumo personal de aquel relacionado con su distribución o tráfico, pues solo en este último escenario la conducta es típica y sancionable penalmente.

Bajo esta postura, firmemente consolidada en la jurisprudencia de la Corte, la cantidad del estupefaciente dejó de ser el factor determinante para efectos de establecer la lesividad de la conducta, pues lo trascendental para su reproche penal es la destinación o finalidad que se tenga con la sustancia. En otras palabras, es típica la modalidad de llevar consigo estupefacientes cuando se acredite que la finalidad o propósito del porte es distribuir o comercializar la sustancia, pues solo en este caso se podrá afirmar la antijuridicidad material de la conducta. Le corresponde a la Fiscalía la carga probatoria para demostrar tal finalidad

[...]

Ahora bien, la Sala ha reiterado en varias decisiones que uno de los elementos indicativos de la finalidad de comercialización o distribución del estupefaciente es la cantidad desproporcionada y, si bien la cantidad por sí sola no es suficiente para demostrar el ánimo exigido, sí es un elemento indicador de dicho propósito

En el mismo sentido, la Sala explicó que:

Bajo esta perspectiva, la Sala de Casación Penal ha reiterado que el porte de estupefacientes

requiere de un ingrediente subjetivo adicional al dolo; por lo que, su tipicidad «no depende de últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita», aunque insistiéndose en que el factor cuantitativo no puede menospreciarse, «pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador».

Por lo tanto, marca la tipicidad de la acción de llevar consigo una sustancia estupefaciente la concurrencia del elemento subjetivo inserto en el tipo, esto es el ánimo del portador de distribuirla o comercializarla, que debe ser demostrado a partir de la información objetiva derivada de la prueba aducida y practicada en el proceso penal».

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

- Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: solicitud de absolución, no vincula al juez, explicación

«En el caso concreto, tanto los procesados como su defensa conocieron desde el inicio las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se dio el delito imputado y bajo tal conocimiento ejercieron cabalmente su derecho a la contradicción, al punto que en el debate oral la defensa se concentró en demostrar que los procesados eran consumidores habituales de marihuana, que siempre la compraban en pocas cantidades y que no eran vendedores ni distribuidores. De igual forma, a partir de los testimonios de descargo, se estableció que los procesados, para la época de marras, eran estudiantes universitarios y dependían económicamente de sus madres. Así mismo, a partir de su declaración se quiso poner en duda el conocimiento de los mismos sobre la existencia de la marihuana al interior del vehículo en que se transportaban.

Por su parte, la representante del ente acusador destacó la existencia de una deficiencia

demostrativa en punto de la intencionalidad del porte del estupefaciente, por lo que solicitó la absolución de los procesados.

Aunque resaltó que la cantidad de marihuana que fue encontrada en el vehículo en el cual se movilizaban G. y C., más de 3.000 gramos, superaba en mucho la dosis personal, mencionó que el precedente jurisprudencial de la Corte exige que, cuando se trate del verbo rector llevar consigo, se debe acreditar el elemento subjetivo adicional, esto es, la intención por parte de los portadores de distribuir o comercializar la sustancia.

Sin embargo, consideró que no se cumplió con la carga probatoria requerida, pues no se demostró a través de algún medio de prueba ese ingrediente adicional del dolo, independientemente de que la defensa probara que los procesados eran consumidores del estupefaciente.

De igual forma, la delegada del ente acusador reconoció que con el testimonio del policía que atendió la diligencia de registro del vehículo no se lograba el nivel de certeza requerido respecto al conocimiento de la presencia de la sustancia prohibida en el automotor por parte de los procesados, pues aunque el testigo de la policía aseguró haber encontrado dentro del vehículo la caja contentiva de la sustancia, su dicho se opone a la afirmación hecha por los procesados en su declaración en juicio, quienes afirmaron que al momento del registro del vehículo por los uniformados no les informaron que habían encontrado dicho paquete, ni se los exhibieron, sino que se enteraron de su presencia cuando ya se encontraban detenidos en la estación de policía.

Toda vez que los policías no dejaron ningún registro fotográfico de cómo se halló el estupefaciente, para la Fiscalía la oposición de estas dos versiones deja dudas sobre la presunta responsabilidad penal de los procesados, en cuanto a su conocimiento de “llevar consigo” dicha sustancia. Adicionalmente, la Fiscalía estableció que, en todo caso, la versión del patrullero solo se refiere al hecho de haber encontrado el estupefaciente y nada dice sobre la finalidad que podrían haber tenido los procesados frente al mismo.

A pesar de la solicitud absolutoria del ente acusador, la juez de instancia decidió condenar a los procesados al encontrar demostrada su

responsabilidad penal, proceder armónico con la postura sostenida pacíficamente por la Corte desde el año 2016 respecto a que la petición de absolución por parte de la fiscalía no obliga ni vincula al juez que preside el juicio [...]

Lo que si no puede admitir la Sala, es la postura asumida por el juez de primera instancia que al emitir la sentencia condenatoria adujo que el verbo rector llevar consigo del artículo 376, no requería la demostración del elemento adicional del dolo de ánimo de venta o distribución, postura que desconoce y se aparta de la repetida y pacífica jurisprudencia destacada en el curso de este fallo»

PRUEBA INDICIARIA - Formación / **INDICIO** - Inferencia lógica: valor probatorio / **INDICIO** - Apreciación probatoria / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Configuración / **REGLAS DE LA EXPERIENCIA** - Proposición: debe ser estructurada con generalidad y universalidad / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, la finalidad queda desvirtuada cuando la cantidad supera exageradamente la permitida

«La decisión condenatoria fue sostenida a partir de inferir la intención de traficar la sustancia incautada sobre varios hechos indicadores, a saber: la huida, la mala justificación que ofrecieron los acusados frente a esa acción y, finalmente, la cantidad de estupefaciente que portaban los procesados al interior del vehículo en el que se transportaban.

Sobre el indicio, la Sala tiene decantado que se trata de “una prueba indirecta, construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonablemente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado), hasta ahora desconocido y que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre la materialidad de la conducta típica o la responsabilidad del sujeto agente, para confirmar o infirmar cualquiera de esas categorías”.

En igual sentido, la Sala ha explicado que la importancia de la prueba indiciaria recae en su conexión con otros acontecimientos fácticos que, estando demostrados en determinadas circunstancias, permiten establecer, con probabilidad, la realidad de lo acontecido [...]

La Corte ha clasificado los indicios en:

[N]ecesarios, cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; o contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado.

Estos, los contingentes, a su vez pueden calificarse de: graves cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas; o leves si el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

Para apreciar los indicios, ha enseñado la Corte, el juzgador debe acudir a la sana crítica, con el fin de establecer el nivel de probabilidad y así determinar si son necesarios o contingentes, graves o leves, lo cual exige que valore todas las posibilidades que confirman y /o invalidan la deducción que se pretende del hecho indicador, pues rechazar cualquiera de las hipótesis posibles, solo porque se tiene una idea preconcebida, atenta contra la objetiva valoración de la prueba que le corresponde al juzgador.

Por lo tanto, cuando el error que se alega por el casacionista recae en la inferencia lógica al valorar los indicios o el grado de convicción que arroja su apreciación de manera conjunta, como ocurre frente a uno de los cargos endilgados en el caso concreto, el cuestionamiento conlleva a que se concrete un error de hecho por falso raciocinio, que se presenta al trasgredir algún postulado de la sana crítica, ya sea por desconocer una regla de lo lógica, ley de la ciencia o máxima de la experiencia.

Específicamente, sobre las máximas de la experiencia, la Corte tiene decantado que se constituyen por aquellos “enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana, de manera que el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento, para lograr aseverar que

siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B”.

Ahora bien, frente al caso concreto, a juicio de la Sala, los hechos indicadores destacados por el Tribunal, en realidad, cuentan con la capacidad suficiente para edificar el conocimiento, más allá de toda duda razonable, en relación con que los acusados tenían la droga con el propósito de comercializarla. Veamos:

(i) Indicio de la cantidad de sustancia incautada

En el asunto sometido a estudio, el primer hecho indicativo utilizado por el Tribunal para inferir el ánimo de distribución o comercialización que tenían S. y C. de la sustancia estupefaciente que llevaban consigo, fue el de la cantidad de marihuana incautada que ascendió a 3.448 gramos, lo que supera en mucho la dosis mínima legal para uso personal, cantidad que, entonces, solo podía estar destinada a su venta o distribución.

Antes de asumir el análisis del punto, cabe recordar que en sede del juicio oral las partes presentaron estipulaciones probatorias respecto a la naturaleza y peso de la sustancia incautada, aceptando que se trató de 3.448 gramos de marihuana. También se pudo establecer, a partir del testimonio del patrullero J.A.G., que la sustancia fue hallada dentro del vehículo, en el asiento trasero en una caja distribuida en cinco paquetes. Además, con el relato del mismo patrullero se determinó que el hallazgo se dio como un suceso casual, cuando este, en su labor de vigilancia ordenó detener el vehículo, pero ante su desobediencia, fue perseguido y una vez se logró su registro, se encontró el estupefaciente.

Para los juzgadores de instancia de la cantidad de marihuana incautada se deduce que los procesados tenían la intención de comercializarla, pues 3.448 gramos de marihuana es una cantidad ostensiblemente superior a la necesaria para el consumo propio, lo cual ciertamente se constituye en un indicio válido de que el porte tuviera ese propósito ilegal.

Si bien, la reiterada jurisprudencia de la Corte ha sido clara en señalar que el ingrediente subjetivo adicional al dolo que exige la tipicidad del artículo 376 en la modalidad endilgada «no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo si no de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita», que debe estar encaminada a la distribución o venta, también ha reconocido que

[c]uando esa cantidad sobrepasa los límites moderados de una dosis de aprovisionamiento o de lo que un farmacodependiente podría llegar a adquirir para asegurarse de tener producto suficiente con el cual pueda satisfacer su necesidad de consumo por un periodo de tiempo razonable y no tener que acudir diariamente o con cierta frecuencia a los sitios de expendio, se estructura el insoslayable indicio de que la verdadera intención o finalidad de la realización del verbo rector «llevar consigo» es el tráfico y no el propio consumo de un adicto promedio. Sobre el particular, la Sala ha insistido en que «el factor cuantitativo no puede menospreciarse, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador».

Aunque se probó en juicio a través de diferentes testimonios y pruebas periciales la situación de consumo habitual y adicción que los procesados tenían a la sustancia incautada, dicha circunstancia no es prueba concluyente de que los procesados la llevaran consigo con esa finalidad, pues la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta, no supuesta o fingida, de la posibilidad del consumo personal de todo el estupefaciente incautado, lo que se desvirtúa cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, como ocurre en el presente caso.

Se tiene que M.A.S.G. y J.M.C.C. fueron capturados por llevar consigo 3.448 gramos de marihuana, cantidad que supera en 172 veces la dosis personal que establece el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 para este tipo de sustancia y que, por esa razón, resulta excesiva para ser considerada incluso como una dosis de aprovisionamiento y, menos aún, como una cantidad que dos adictos promedio lograrían consumir dentro de un plazo razonable. Incluso, si se contemplara la idea de que la sustancia incautada iba a ser repartida entre los cuatro (4) ocupantes del automotor, arrojaría una cantidad de 862 gramos por persona, lo que supera 43 veces la dosis permitida para consumo personal. Tal exceso no resulta fútil o banal, sino que por el contrario es significativo, se erige como hecho indicador objetivo que sólidamente sugiere que la marihuana iba a ser distribuida por los procesados.

En este sentido, los gramajes legalmente definidos como dosis personal son útiles como criterio de análisis y la cantidad notablemente superior a la dosis permitida es un claro indicativo de la intención de vender o distribuir el alucinógeno. Por esta razón, y considerando los desafíos investigativos y probatorios que presentan los casos de tráfico de narcóticos, esta cantidad adquiere un valor significativo como un dato objetivo, neutral e imparcial dentro del proceso penal. Por lo tanto, junto con los otros indicios valorados por el Tribunal, esta información ayuda a esclarecer las verdaderas intenciones que motivan la posesión de la sustancia prohibida por parte de S. Y C».

INDICIO - De huida

«Un segundo indicio valorado por el Tribunal se trató de la huida al control policial, cuando S. y C desatendieron el llamado de las autoridades de detener el vehículo, comportamiento que según el juez colegiado es propio de quien está cometiendo un delito y del cual puede deducirse que los implicados sabían que tenían la sustancia prohibida y que esta era para su distribución.

En casos anteriores, frente a situaciones fácticas similares -porte de estupefacientes, la Corte ha valorado que el acto de huir no es una conducta que per se verifique como cierta la comisión de un hecho delictivo, pues esta también puede ser la reacción a otras circunstancias, por ejemplo, el miedo a ser sorprendido con una sustancia prohibida que se tenga para uso personal, cuando se desconoce que dicha acción es irrelevante para el derecho penal, de donde no siempre el evadir a las autoridades significa que la persona estaba traficando el estupefaciente decomisado.

Por lo tanto, si bien es cierto que evadir los requerimientos de las autoridades no puede considerarse como una máxima de la experiencia apta para ser aplicada con pretensión de universalidad, lo cierto es que, según las circunstancias del caso, podría inferirse de ella la comisión de un delito.

En el sub lite, los procesados se movilizaban en un automóvil en el que llevaban consigo 3.448 gramos de marihuana, y ante la orden de detener el vehículo emprendieron la huida, siendo perseguidos a lo largo de varias cuadras por la Policía, al punto que arrollaron a un peatón, causándole lesiones personales, situación que

permitió la interceptación del automotor por parte de las autoridades.

Así, en el caso concreto, la huida en las circunstancias que enseña la prueba revela el conocimiento de los procesados de su actuar delictivo, pues trataron de evadir a las autoridades para evitar ser sorprendidos portando una sustancia prohibida en grandes cantidades, de lo que razonablemente puede inferirse, como lo hizo el ad quem, que los procesados se dedicaban a la venta o distribución del estupefaciente que les fue hallado.

En otras palabras, en este caso la huida es un indicio que, valorado en conjunto con la exagerada cantidad de estupefaciente que llevaban consigo los procesados, permite inferir que la sustancia iba a ser distribuida y que los procesados conocían la ilicitud de su conducta»

INDICIO - De mala justificación

«Lo mismo puede decirse del indicio de mala justificación que construyó el Tribunal a partir de las explicaciones ofrecidas en juicio por los

procesados sobre el acto de la huida, pues señalaron que no detuvieron el vehículo ante la instrucción de los policías porque uno de los ocupantes, que logró escapar, amenazó con arma blanca al conductor M.A.S.G. para que no se detuviera, versión que para el Tribunal no es creíble, pues de ser así J.M.C.C. no habría tenido oportunidad de descender del vehículo en un momento de la huida, además de que tal amenaza no fue revelada por los procesados cuando fueron capturados, reflexiones válidas que no fueron cuestionadas en la demanda de casación.

Así, aunque valorada de manera aislada la mala justificación no es suficiente para probar la intención delictiva, en el caso concreto, la fantástica excusa presentada por los procesados, acompañada de la dramática fuga y de la exagerada cantidad de marihuana que portaban, no deja dudas de que S. y C. llevaban consigo el estupefaciente incautado con fines delictivos».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, carecer de competencia para pronunciarse sobre la devolución de bienes, entrega de vehículo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Diferente al delito de abuso de función pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: la entrega de vehículo, sin acudir a los jueces de control de garantías, supone un abuso de la función pública / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Devolución de bienes: competencia del juez de control de garantías

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia mediante la cual la Sala de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga absolvió al Fiscal CALA, por los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada, falsedad en documento privado, prevaricato por omisión y prevaricato por acción.

La Corte confirmó la sentencia de segunda instancia, por cuanto, si bien es cierto que, por razones de competencia, el acusado, siendo fiscal, no podía ordenar la entrega definitiva de

los vehículos involucrados en el accidente, aun cuando no se hubiera solicitado y decretado su embargo y secuestro, esa conducta no se adecua al delito de prevaricato sino al de abuso de función pública.

Ahora bien, aun cuando el delito de abuso de la función pública es más favorable, la Sala indicó que, no es posible condenar variando la calificación jurídica, pues la evidencia aportada al proceso no es concluyente frente a la voluntad del procesado de afectar el bien jurídico; por el contrario, parece indicar que, estaba convencido de que obraba conforme a la Ley.

SP2287-2024(63785) de 21/08/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

CALA, Fiscal 20 Local delegado ante los Jueces Penales Municipales de Buga, Valle del Cauca, conoció la noticia criminal en la que se investigaba a JFBO, agente de policía, por un

posible delito de lesiones personales culposas, como conductor de un vehículo de propiedad de la UNP, que colisionó con la motocicleta conducida por el señor JOMT.

2. Dentro de la investigación, JOMT rindió entrevista ante SAMR, asistente de la Fiscalía 20 Local, en la que afirmó que desistía de la querrela, en razón a que había llegado a un acuerdo conciliatorio con el agente JFBO, para el resarcimiento de los perjuicios.

3. Seguido a esto, el 28 de octubre de 2015, el Fiscal CALA archivó la indagación, lo que dio lugar a la entrega definitiva de los rodantes, la cual, presuntamente, no fue debidamente notificada al Ministerio Público.

4. El 25 de febrero de 2016, JOMT informó que la manifestación de desistimiento no era suya, sino que, había sido elaborada por el agente JFBO, en conjunto con la asistente de la Fiscalía 20 Local que, mediante engaños, hizo que su hermano, JNMT, firmara la declaración.

5. Seguido a ello, la abogada ALMB solicitó el desarchivo de la actuación, pero dicho requerimiento fue desatendido por el fiscal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VÍCTIMA - Intervención en el proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctima: Participación en el proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctima: derechos, ser asistidas por un abogado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Sentencia: absolutoria, impugnación, facultad de la víctima

«[...]es prudente señalar que, por disposición legal, las víctimas “tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal” y que “[p]ara el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que estén representadas por un abogado”, salvo a partir de la audiencia preparatoria, momento desde el cual deberán estar asistidas de un profesional del derecho o un estudiante de consultorio jurídico, conforme a lo dispone el artículo 137 de la Ley 906 de 2004.

Esta regulación se acompasa con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, amparados igualmente por la normatividad legal (art. 11, L. 906 /04) y con un amplio desarrollo jurisprudencial donde se ha aceptado que las víctimas están legitimadas para apelar la sentencia absolutoria, así no tengan la condición

de abogados, o su representante judicial no comparta su criterio, evento en el que deben cumplir una carga argumentativa mínima (CSJ SP3187, 24 ago. 2022, Rad.: 60463).

De modo que, ningún obstáculo legal se interpone a la pretensión del apoderado de la víctima de ejercitar el derecho de impugnación contra la sentencia absolutoria.

Por tanto, de acuerdo con las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, se analizará si las pruebas incorporadas y debatidas durante el juicio oral aportan el conocimiento más allá de toda duda para sustentar la condena que solicita»

FUNCIONARIO JUDICIAL - Deber legal: responder de manera oportuna, clara y precisa las postulaciones elevadas por los sujetos procesales

«[...] según el numeral 2° del artículo 153 y numeral 3° del artículo 154 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), es deber de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial «desempeñar con honorabilidad, solicitud, celeridad, eficiencia, moralidad, lealtad e imparcialidad las funciones de su cargo», a la par que les está proscrito «retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados».

Asimismo, el artículo 138 de la Ley 906 de 2004 enumera, como deberes comunes a todos los funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, «resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional», ello por supuesto, dentro del ámbito de su competencia.

Por lo anterior, es deber de todo funcionario judicial resolver de forma celeridad y oportuna los asuntos que deba conocer en virtud de las funciones legales a él atribuidas, sin que pueda rehusar o retardar su solución injustificadamente (SP484, 28 feb. 2018, Rad.: 51501)»

QUERRELLA - Desistimiento: debe ser producido de manera autónoma, consciente, voluntaria, libre de coacciones y debidamente informado / **QUERRELLA** - Desistimiento / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: A través del archivo de las

diligencias / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), orden de archivo de diligencias, no se configura / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: debe oponerse al mandato jurídico en forma clara y abierta, producto del capricho o la arbitrariedad

«[...] pese a que el representante de víctima propuso otra lectura de los hechos planteados en la imputación, en la sentencia apelada se resolvieron cada uno de los puntos planteados y se expuso, claramente, por qué ninguno tiene vocación para imponer una condena, como pasa a verse:

i) Con respecto a la presunta omisión de verificar que el desistimiento fuera voluntario, se tiene que, en principio, la Fiscalía no la entendió como una conducta delictiva por sí sola. De hecho, según se lee en la acusación, lo que reprocha el ente acusador es que el fiscal acusado determinara a su asistente para que incluyera datos falsos en esa verificación.

No obstante, la víctima aduce que, con el simple hecho de no llevar a cabo la verificación en cuestión, más allá de que se profiriera la decisión de archivo o no -que supuestamente configuraría el delito de prevaricato por acción-, la conducta se encuentra en el tipo de prevaricato por omisión.

Sin embargo, más allá de la calificación jurídica, el Tribunal resolvió que, si bien el acusado no tuvo intermediación con JOMT, éste sí delegó dicha función [...]

Adicionalmente, JOMT corroboró que, en efecto, fue quien puso su huella en la entrevista en cuestión [...]

Ahora bien, es cierto que dicha afirmación no corrobora necesariamente que la información plasmada en el documento en que se transcribió la entrevista, aun cuando estuviera firmada y contara con la huella, sea veraz.

No obstante, la primera instancia no encontró probado que dicha información fuera falsa y, como si eso fuera poco, el apelante tampoco lo controvierte.

Con esto, como no se está cuestionando la actuación de la asistente fiscal o del hermano de la víctima, es dado concluir, como lo hizo el a quo, que el Fiscal CALA cumplió la obligación de verificación prevista en el artículo 76 de la Ley

906 de 2004 y, por ende, la orden de archivo fue legal.

Del mismo modo, como no se demostró que el Fiscal CALA hubiera determinado a SAMR a plasmar información espuria, incluso admitiendo que el desistimiento emitido por JOMT, tanto en su escrito inicial como en la verificación, no fue veraz -lo cual no es así-, ello permitiría suponer, de una u otra forma, que el procesado fue engañado para emitir una resolución contraria a derecho, lo cual descarta que hubiera voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función a que está obligado.

Con esto, el ente acusador no demostró que dicho acto fuese producto del capricho o de la arbitrariedad del servidor público procesado, en abierto desconocimiento de los mandatos normativos que regulaban el caso»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, carecer de competencia para pronunciarse sobre la devolución de bienes, entrega de vehículo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elemento subjetivo del tipo / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Diferente al delito de abuso de función pública / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura: la entrega de vehículo, sin acudir a los jueces de control de garantías, supone un abuso de la función pública / **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA** - Diferencia con el prevaricato por acción / **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA** - Dolo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Devolución de bienes: competencia del juez de control de garantías

«Frente al hecho de que el fiscal procesado dispusiera la entrega final de los vehículos involucrados en el accidente de tránsito, sin acudir ante los jueces de control de garantías, se observan dos asuntos a tener en cuenta.

En primer lugar, no hay elemento alguno que permita determinar que pesara alguna medida cautelar sobre los vehículos involucrados en el accidente de tránsito, ya fuera de embargo y /o secuestro. Al contrario, todo parece indicar que estaban afectados cumpliendo las provisiones para la cadena de custodia, por lo que procedía su entrega provisional, pasados 10 días, en virtud del artículo 100 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, el inciso final de la norma citada establece, textualmente, que “[l]a decisión de

entrega de los bienes referidos en esta norma corresponde, en todos los casos, al juez de control de garantías”. Con esto, cambia la situación, pues ésta actuación sí fue formalmente ilegal.

Con esto, es cierto que, por razones de competencia, el acusado, siendo fiscal, no podía ordenar la entrega definitiva de los vehículos involucrados en el accidente, aun cuando no se hubiera solicitado y decretado su embargo y secuestro, por lo que el adelantamiento de tales actividades comportó el desarrollo de funciones públicas por fuera del marco legal.

En esa medida, por cómo está dispuesto en la acusación, debería haberse imputado, mejor, el delito de abuso de la función, ya que, dentro del concepto de estricta protección de bienes jurídicos, los actos por fuera de la función, que es lo que se reprochó, no corresponden al delito de prevaricato, aun cuando la actuación se formalmente ilegal.

Ahora, siguiendo esa línea de pensamiento, incluso admitiendo hipotéticamente que el argumento, así planteado, es suficiente para adecuar la conducta desplegada a los elementos objetivos del artículo 428 de la Ley 599 de 2000, no es posible condenar haciendo la variación a la calificación jurídica, aun siendo más favorable, pues tampoco está probado el elemento subjetivo requerido para el tipo penal en cuestión, pues la Fiscalía se dedicó a probar una presunta ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, pero en el juicio oral ningún testigo hizo referencia a la entrega de los vehículos.

Tampoco hay elemento alguno que permita inferir siquiera que el fiscal acusado tenía conocimiento y voluntad de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico.

Con esto, el elemento subjetivo del tipo penal no cuenta con soporte probatorio alguno -ni siquiera de tipo indiciario- y, pese a que el apelante trata de fundamentarlo en que, en su opinión, “la fuente ilegal de la que emerge como sustrato u objetivo - viene subsumida en ella”, esto se queda solamente en intrincadas elucubraciones, que no permiten acreditar los elementos del delito imputado.

Por el contrario, sí hay un elemento que, como mínimo, obliga a dudar acerca de si el procesado tenía el ánimo de abandonar deliberadamente el propósito de administrar justicia y contrariar así las normas vigentes. Esta es la constancia del 28 de julio de 2021, la cual también fue estipulada, suscrita por la señora JOG -profesional de gestión de la Fiscalía 20 delegada ante los Juzgados Penales municipales de Buga-.

Ello, porque en ese documento se relacionan 25 actuaciones por delitos de lesiones personales culposas en accidentes de tránsito, tramitadas desde el 21 de noviembre de 2014 al 9 de septiembre de 2016, en las que, como consecuencia de desistimiento, la Fiscalía ordenó el archivo y la entrega definitiva de los vehículos involucrados en los siniestros, sencillamente porque, aunque fuera necesario acudir a los jueces competentes, no se justificaba tener vehículos retenidos en los casos que no se iniciaría un proceso penal.

Por lo expuesto, la Corte encuentra que, dentro del presente asunto, no se acreditó, más allá de toda duda razonable, que:

i) Ordenar la entrega definitiva de los vehículos sin acudir a los jueces de control de garantías, sea un acto prevaricador, sino que, incluso admitiendo que es relevante, supone que, objetivamente, el procesado se abrogó una competencia que no tenía;

ii) Aunque se modificara la calificación jurídica de la conducta, para ajustarla al texto del artículo 428 de la Ley 599 de 2000 -lo cual no vulneraría el principio de congruencia por ser favorable al procesado-, tampoco es posible emitir sentencia condenatoria en ese sentido porque el enjuiciado no actuó con dolo. Al contrario, la evidencia aportada al proceso no es concluyente frente a la voluntad de afectar el bien jurídico y, en cambio, parece indicar, en realidad, que estaba convencido de que obraba dentro del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en la medida que los argumentos del recurrente no desvirtuaron los fundamentos de la decisión de instancia, esta se mantendrá tal y como lo decidió el Tribunal y lo solicitó la defensa».

decisión en trámite de tutela / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley),

inmediatez en el trámite de tutela, su determinación opera únicamente en los casos en los cuales sea posible señalar sin margen de dudas, el tiempo discurrido entre la amenaza o afectación del derecho fundamental y la presentación de la acción constitucional, torna en inoperante el remedio buscado o advierte de inexplicable dejadez del demandante /

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela, cuando vulnera los principios de subsidiariedad y residualidad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** -

Decisión manifiestamente contraria a la ley: inaplicación de precedente jurisprudencial /

PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo: no requiere de un móvil

La Sala de Casación Penal solventó los recursos de apelación interpuestos por la defensa material y técnica de AMDCDJMM y por el Procurador 114 Judicial II Penal de Antioquia, en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, que lo condenó por la conducta punible de prevaricato por acción.

La Corte confirmó la sentencia apelada al concluir que, la decisión de segunda instancia emitida por AMDCDJMM en el trámite de tutela investigado es manifiestamente ilegal porque: (i) ignoró las reglas de competencia territorial; (ii) desconoció los requisitos de inmediatez y subsidiariedad; (iii) no consideró que, en algunos de los casos, ya existían decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas; (iv) asumió, sin pruebas, un perjuicio irremediable para todos los actores; (v) desestimó la información suministrada por el PAR TELECOM, sobre la incompetencia territorial del juez y las indemnizaciones recibidas por los extrabajadores; (vi) no tuvo en cuenta que la terminación del vínculo laboral de los accionantes fue por la liquidación de la entidad; y (vii) como juez constitucional, tomó una decisión consciente y voluntaria contraria a la ley.

SP2487-2024(57115) de 11/09/2024

Magistrado Ponente:

Gerardo Barbosa Castillo

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En noviembre de 2009, a través de apoderada judicial, 36 extrabajadores de TELECOM instauraron acción de tutela en contra del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM Y TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN [PAR TELECOM], en la cual alegaron la vulneración de sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, asociación sindical, libertad de sindicalización e igualdad y solicitaron se les diera el tratamiento de dirigentes sindicales en ejercicio y trabajadores activos sin solución de continuidad con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales legales y convencionales y aportes a la seguridad social correspondientes a todo el período comprendido entre su desvinculación y la ejecutoria de la sentencia de tutela, debidamente indexados, más intereses moratorios, pretensiones estimadas en \$9.875'218.474.

2. El mecanismo de amparo fue decidido el 30 de noviembre de 2009 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Carepa (Antioquia) a cargo de JÁAG, en el sentido de tutelar los derechos fundamentales invocados y ordenar al PAR TELECOM iniciar el trámite de reconocimiento y cancelación de salarios dejados de percibir por los actores durante el lapso en que estuvieron cesantes, además del pago de reajustes, prestaciones y cualquier otro valor no recibido como consecuencia directa del despido, todo a título de indemnización integral ante la imposibilidad de reintegro.

3. Impugnado el aludido fallo por el PAR TELECOM, el 5 de febrero de 2010, AMDCDJMM en su condición de Juez Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), lo revocó parcialmente y declaró improcedente la acción respecto de ocho tutelantes «habida cuenta la existencia de otra demanda en el mismo sentido, a través de la cual se buscó y ordenó por un juez constitucional, el pago de sus acreencias laborales por despido ilegal» y precisó que el pago de otros seis sólo se llevaría a cabo si el proceso ejecutivo por ellos iniciado no daba los resultados esperados, es decir, la cancelación de lo debido.

En lo atinente a los demás actores señaló que el pago de sus acreencias se realizaría desde el momento del despido hasta la fecha de consecución de las autorizaciones por el juez

competente para legalizar el mismo. Y respecto de las personas sobre las cuales no exista aquella autorización, se cancelaría hasta la fecha de la sentencia de tutela.

Ordenó que todos los pagos fueran actualizados o indexados y que la determinación del monto se hiciera a través de «un trámite incidental ante las autoridades competentes» o de común acuerdo entre las partes.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, puede ser el expediente en casos de prevaricato / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**
- Estipulaciones probatorias: en casos de prevaricato, aspectos que se pueden estipular / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -
Estipulaciones probatorias: el convenio excluye la actividad probatoria sobre el hecho específico / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -
Estipulaciones probatorias: implican la renuncia a presentar pruebas frente a uno o varios aspectos fácticos en particular

«Sea lo primero indicar que la ahora pretensión en alzada por el Agente del Ministerio Público, en su momento fue objeto de idéntica solicitud invalidatoria en el trámite de la primera instancia, adecuadamente resuelta por el juez colegiado, razón por la cual se reiteran sus argumentos, complementándose en esta oportunidad con los que la Corte ha decantado de forma pacífica.

Para el representante de la sociedad, las estipulaciones pactadas entre fiscalía y defensa vulneraron el derecho de defensa de AMDCDJMM, en su criterio, porque no existieron hechos concretos para discutir y probar en la vista pública de juzgamiento pues, al confundirse los conceptos de tema de prueba y medios de prueba, se pactó la existencia de medios de prueba y no los hechos propios de la acusación. Con todo, resulta diciente que la defensa material y técnica no estimaran en el transcurso del diligenciamiento, ni consideren ahora, la transgresión de garantías en la que insiste el agente del Ministerio Público.

[...]

Así las cosas, no es un hecho generador de nulidad que los sujetos procesales convinieran en que la controversia probatoria para sustentar sus

teorías del caso se reduciría a la documental y coincidieran en expresar que el debate se limitaría a la valoración de ella.

Es evidente que las partes convinieron dar por probados hechos jurídicamente relevantes del tipo de prevaricato por acción, como fueron los relativos a los actos procesales del trámite de tutela en que el acusado habría realizado esa conducta punible.

Aunque quizá pudo faltar mayor claridad al enunciar esa estipulación, pues no se indicó de manera expresa que comprendía el contenido y fundamentos de la decisión tachada de prevaricadora, lo cierto es que esa fue la voluntad inequívoca de las partes y así lo entendió el Tribunal cuando en el juicio oral precisó que «la fiscalía manifiesta a viva voz aquello en que se va a centrar el debate, esto es, la valoración del contenido de las decisiones que se tomaron soportadas en los elementos obrantes en los cuadernos mencionados previamente».

Luego de esta aclaración, las partes y el fallador colegiado convinieron en que el debate en juicio sería netamente argumentativo, lo que indica, inequívocamente, que los datos fácticos, como la decisión judicial y sus fundamentos, se entendían pactados. De esa manera, la estipulación probatoria cumplió su finalidad de dinamizar el debate respetando el núcleo esencial del debido proceso.

Resulta incomprensible la solicitud anulatoria del recurrente quien, en la práctica, pretende retrotraer el trámite a la etapa preparatoria del juicio, para que en la vista pública la documental sea incorporada como prueba a través del investigador que la recolectó o por el propio delegado del órgano de persecución penal, senda que conduce al mismo resultado al que finalmente se arribó en este asunto de forma consensuada, esto es, a que el debate probatorio se circunscriba a prueba documental, realidad que es perfectamente viable en tratándose de la conducta punible objeto de acusación, además porque no es dable para el juzgador señalar o imponer qué elementos de conocimiento deben solicitar cada parte para afrontar con éxito la acusación y su resistencia, máxime cuando, si de la defensa se trata, simplemente puede adoptar como estrategia no solicitar pruebas y presentar oposición frente a las incorporadas a petición de la fiscalía.

Para la Sala, entonces, no hay discusión alguna en cuanto a que las partes estipularon que el acusado dictó la providencia que se tilda de ilegal, incluyendo los aspectos fácticos y jurídicos que componen la decisión y la actuación procesal que le dio origen»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela / **ACCIÓN DE TUTELA** - Competencia: factor territorial / **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA**- Diferencia con el prevaricato por acción

«El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo de amparo que permite a cualquier persona, por sí misma o por quien actúe a su nombre, incluso por conducto de agencia oficiosa, reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares en las específicas condiciones previstas en la ley. Además, el canon superior prevé que la acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El ejercicio de la acción fue reglamentado por el Decreto Ley 2591 de 1991 y el Decreto 306 de 1992.

En lo que aquí interesa, el artículo 37 del primero de estos compendios estatuye la competencia a prevención en tutela, asociada al factor territorial para conocer por «los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud».

Por su parte, las disposiciones contenidas en el Decreto 1382 de 2000, se limitan a concretar reglas de reparto en tutela, más no regulan la competencia.

La alusión al contenido de la anterior normativa vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y que debía acatar el procesado, resulta trascendental por cuanto es la única delimitante de la competencia para conocer de la acción de tutela, que no está supeditada a factores o circunstancias diversas a las allí especificadas.

Por fuera de ese marco legal actuó el acusado, habida cuenta que el examen del expediente tutelar allegado al paginario enseña que, si bien conoció el asunto en sede de segunda instancia y el tópico de la competencia territorial no fue uno de aquellos motivos de impugnación, la entidad demandada sí alegó en contravía de lo argüido por el acusado recurrente, con infracción del principio de corrección material al momento de contestar la acción constitucional que no era el departamento de Antioquia el territorio donde se presentó la presunta violación o amenaza de derechos fundamentales, ni era el lugar donde los extrabajadores de TELECOM se encontraban domiciliados o residenciados al momento de instaurar el amparo tutelar. [...]

Ante la alusión por parte del PAR TELECOM de la posibilidad de que el asunto estuviera permeado por un acto de corrupción, pues frente a personas que alegaban ilegales emolumentos laborales se ordenaba el pago de una cantidad considerable de recursos públicos, como bien lo adujo el Tribunal, ello debió causar alarma en el juez de tutela implicado, por tanto, resultaba ineludible abordar el tema de la competencia para asumir la acción.

Se advierte, en ese orden, que MM no realizó el escrutinio a que estaba obligado, orientado a establecer si en verdad le asistía competencia en vista de que, con una somera revisión de la demanda, de los poderes conferidos por los actores y de sus anexos, se habría percatado, al menos, de la falta de claridad sobre el lugar donde se producían las amenazas o agravios pretendidos de remediar o sus efectos, pues: (i) en la generalidad de los casos, la presentación personal de los mandatos se cumplió en municipios o ciudades diferentes a la sede judicial escogida; y, (ii) la apoderada actora no fue explícita en señalar los domicilios de los accionantes, la ubicación o dirección exacta de sus poderdantes, ni precisó el lugar en que se presentaban las vulneraciones a sus derechos.

[...]

Contrario al parecer de los recurrentes, para quienes el asunto de la competencia territorial en tutela no resultaba pacífico, o que no era dable decretar la nulidad como también se mencionó por el procesado en su defensa material, ineluctable resulta referir que para la fecha de proferimiento de la decisión motejada de prevaricadora, aquellas temáticas ya habían sido decantadas por la Corte Constitucional.

Es más, ello se dilucidó en trámite con analogía fáctica a la ahora examinada, esto es, multiplicidad de extrabajadores de TELECOM que instauraron acción de tutela en lugar diferente al de sus domicilios o al del territorio donde presuntamente se presentaba la violación o amenaza de derechos fundamentales.

De absoluta claridad asoma lo explicitado por el Alto Tribunal Constitucional en el proveído CC A-280A-2009, al interior del trámite de revisión de sendos fallos de tutela emitidos por los Juzgados Promiscuo Municipal y Penal del Circuito, ambos de Cereté, en el cual declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó devolver a los accionantes, o a su mandataria judicial la misma que en este asunto fungió como apoderada actora, el libelo de tutela y sus anexos para que, si lo consideraban pertinente, la presentaran de nuevo ante los jueces competentes. [...]

Como acotación al margen, explíquese que por la específica circunstancia acabada de analizar no es dable predicar la incursión del procesado en otra infracción delictiva distinta al prevaricato activo, verbigracia, la de abuso de función pública, habida cuenta que la Sala ha tenido oportunidad de precisar que este último tipo penal «se refiere a una ilegalidad signada por desbordar una atribución funcional que le corresponde ejecutar a otro funcionario, en lo cual radica la ilegalidad del acto. En cambio, en el prevaricato, el sujeto puede ejecutar el acto en el ámbito de su función, pero al hacerlo, infringe manifiestamente el orden jurídico» (Cfr. CSJ SP12926-2014, 24 sep. 2014, rad. 39279).

En ese orden, cuando la única actuación objetada es la emisión de una determinación sin la competencia para ello, pero cuyo contenido es lícito, se estructura el punible de abuso de función pública, mientras que, si lo debatido es la expedición de una decisión contraria a derecho, se procede por el punible de prevaricato por acción (Cfr. CSJ SP368-2020, 12 feb. 2020, rad. 51094, reiterada en CSJ SP2047-2021, 28 may. 2021, rad. 56015).

En el asunto de la especie el reproche penal no solo guarda relación con la irregular asunción del trámite constitucional, sino que la falta de competencia territorial del funcionario judicial se constituyó en un elemento más de la ilegalidad del fallo de segunda instancia, que sirvió para conceder, de manera caprichosa, el reconocimiento y pago de prestaciones

económicas a las que no era viable acceder por vía del amparo tutelar y en favor de quienes no acreditaron tener derecho a ellas».

ACCIÓN DE TUTELA - Principio de inmediatez: explicación / **ACCIÓN DE TUTELA** - Principio de inmediatez: criterio de razonabilidad / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), inmediatez en el trámite de tutela, su determinación opera únicamente en los casos en los cuales sea posible señalar sin margen de dudas, el tiempo discurrido entre la amenaza o afectación del derecho fundamental y la presentación de la acción constitucional, torna en inoperante el remedio buscado o advierte de inexplicable dejadez del demandante

«En el asunto examinado es claro que AMDCDJMM desatendió el requisito de inmediatez en la instauración de la tutela para su conocimiento en segunda instancia, toda vez que caprichosamente hizo caso omiso del tiempo transcurrido desde la desvinculación de los accionantes de TELECOM, entidad cuya liquidación sobrevino en enero de 2006, bajo el pretexto que, a pesar del transcurso de más de tres años, la vulneración se presentaba constante en el tiempo o se renovaba día a día de forma continua y actual.

La exigencia de inmediatez en tutela tiene su razón de ser en que el ejercicio del mecanismo de amparo debe cumplirse en un término razonable, prudencial y adecuado con la finalidad de remediar o prevenir a la mayor brevedad, acciones u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, criterio que, en coherencia con el texto constitucional, adquirió preponderancia a partir de la sentencia CC SU-961-1999 de la Corte Constitucional, en la cual se precisó que si el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de un derecho, no tiene sentido acudir a ejercitarla en un tiempo indefinido o muy amplio desde que se presenta la afectación.

Es incontrastable que con la simple lectura de los documentos allegados como anexos de la tutela o de la respuesta brindada por el PAR TELECOM, el acusado podía detectar que, por cuenta del transcurso de los años, era de suyo poco probable o creíble que los demandantes sufrieran afrenta actual a sus derechos o un perjuicio grave, inminente e inevitable que ameritara urgente definición.

La infracción al requisito de procedibilidad de la inmediatez se hizo evidente en el fallo cuestionado pues, el excesivo paso del tiempo entre los hechos que causaron la supuesta vulneración de derechos fundamentales en cada caso y la fecha de presentación de la correspondiente demanda resultaba desproporcionada y sin justificación alguna.

Ha de recordarse que, si bien, realmente no existe un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, la doctrina de la Corte Constitucional ha reflexionado con insistencia que, dada su naturaleza cautelar, la solicitud debe invocarse en un plazo razonable, oportuno y justo que justifique y garantice la efectividad de la protección pretendida por la vía constitucional, exigencia que procura evitar que el mecanismo constitucional de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o, más grave aún, para prohiar conductas delictivas en detrimento de la administración de justicia o del erario.

Y esa discusión no surgía novedosa, sensible o controversial para el momento de la conducta punible aquí investigada, como se arguye por los recurrentes [...]

Copiosa resultaría la citación de precedentes constitucionales en la materia, vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos y a los cuales podía acudir el funcionario judicial implicado.

[...]

Como se explica, la razonabilidad en la interposición del amparo tutelar es una noción supeditada a la obligada valoración que el funcionario judicial hace de la dinámica en que acaecieron los hechos, en particular, las condiciones de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia y el impacto de las mismas frente a la posibilidad de lograr el fin de la tutela: la protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales.

[...]

En este caso, aunque el procesado dedicó varios apartados para referirse al requisito de la inmediatez alegado por el PAR TELECOM como incumplido, su análisis devino sesgado desde la base pues partió de la amañada tesis con el claro propósito de darle un soporte aparente a su decisión, según la cual, existía una «evasión en el

pago de una prestación de índole económico, periódica, a la que tienen derecho los accionantes, dada la ilegalidad del despido, el cual no tiene validez jurídica, hasta tanto no se conceda judicialmente la autorización requerida» premisa de la que se valió para acuñar forzosamente «la permanencia en el tiempo de la violación de los derechos fundamentales de los accionantes», y luego «concluir que la inmediatez no tiene aplicación en un caso como el actual, cuando, a pesar de haber transcurrido un lapso de tiempo considerado por algunos como extenso, la vulneración de los derechos fundamentales se continua presentando, es decir tiene características de actualidad».

La anterior argumentación torna la decisión en manifiestamente contraria a la ley en lo que al tópico de la inmediatez se refiere, aspecto analizado de forma correcta por el Tribunal en la sentencia recurrida y en la que se citó precedente de esta Sala como fundamento de condena, esto es, la sentencia CSJ SP16574-2016, 16 nov. 2016, rad. 46884, que analizó el delito de prevaricato por acción frente a una decisión de tutela en contra del PAR TELECOM, hechos análogos a los aquí juzgados».

ACCIÓN DE TUTELA - Principio de subsidiaridad / **ACCIÓN DE TUTELA** - Improcedencia: cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, excepción, cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable / **ACCIÓN DE TUTELA** - Perjuicio irremediable: concepto / **ACCIÓN DE TUTELA** - Protección de un perjuicio irremediable: el juez no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto fáctico del presunto daño irreparable, es deber del accionante / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en trámite de tutela, cuando vulnera los principios de subsidiariedad y residualidad

«[...] la tutela fue consagrada como mecanismo residual y subsidiario de protección de los derechos fundamentales, de tal forma que únicamente procede: (i) cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, (ii) o de existir otro medio de defensa judicial, este no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, casos en los cuales la tutela protege de manera directa los derechos frente a los que se invoca la protección o, (iii)

cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

[...]

La Corte Constitucional ha considerado igualmente que, por regla general, la tutela no procede para reclamar acreencias laborales, excepto cuando se vean afectadas garantías, por ejemplo, el mínimo vital o la vida en condiciones dignas por la falta de pago de salarios o mesadas pensionales.

De forma similar estructuró consolidada jurisprudencia sobre la improcedencia de la tutela para reconocer derechos pensionales que, por su naturaleza legal y carácter litigioso, compete dirimir a la justicia laboral o contenciosa administrativa.

El reconocimiento de esta clase de derechos a través de la acción constitucional resultaría viable por excepción, como lo previene el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, a título de mecanismo transitorio y, siempre y cuando, se demuestre un perjuicio irremediable.

El perjuicio irremediable de antaño ha sido definido por la jurisprudencia constitucional (Cfr. CC T-348-1997) como:

[a]quel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por la vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el perjuicio irremediable es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior.

[...]

Las precedentes sucintas consideraciones advierten de la legislación y el estado de la jurisprudencia constitucional, anteriores al tiempo en que fue resuelto el cuestionado trámite de tutela por el entonces juez AMDCDJMM, fiel muestra de la coherencia, uniformidad e invariabilidad conceptual sobre el carácter subsidiario o residual de la acción de tutela e ilustran cuan rigurosa debía ser la constatación

para decidir la viabilidad de la demanda sometida a su análisis.

El tópic no era desconocido ni ajeno a su quehacer judicial toda vez que, frente a expreso motivo de impugnación por parte del PAR TELECOM, se refirió al mismo en la ilegal sentencia, denotándose la falta de un escrupuloso análisis sobre la situación de cada uno de los actores que permitiera dilucidar si era o no procedente conceder la protección de índole transitoria.

[...]

Resulta evidente que, a pesar de reconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales, MM resolvió el asunto sometido a su conocimiento pretermitiendo esa connotación, so pretexto que los mecanismos ordinarios de defensa a disposición de los demandantes eran dispendiosos y carecían de inmediatez para alcanzar el fin pretendido que, no cabe duda, consistía en obtener el reconocimiento y pago de derechos litigiosos de índole legal.

Aquella argumentación pugna con el deber del juez constitucional de realizar una comprobación sustancial no meramente formal o teórica acerca de la aptitud de las acciones legales o medios de defensa que el ordenamiento jurídico consagraba en favor de los actores, toda vez que en la providencia cuestionada no aparece un análisis concreto de por qué, dadas las circunstancias específicas afrontadas por cada solicitante, debía primar la acción de tutela.

Ante la existencia de otra vía de protección judicial, la cual no podía ser calificada en abstracto de ineficaz, la tutela sólo sería procedente como mecanismo transitorio si los accionantes se hubieren encontrado ante un inminente perjuicio irremediable. No obstante, la lectura del libelo demandatorio y la revisión de los anexos allegados con él e incorporados a este encuadernamiento penal, permiten concluir que los tutelantes no acreditaron circunstancias objetivas de las cuales pudiera inferirse la proximidad de un daño grave e irreparable para sus derechos fundamentales, de modo que resultara necesaria y urgente la intervención del juez de tutela para su protección.

Contrario a lo expuesto por el acusado, en el asunto sometido a su conocimiento no era procedente la acción de amparo, ni siquiera como

mecanismo transitorio para reclamar las prestaciones alegadas por los extrabajadores de TELECOM, dada la existencia de otro medio judicial idóneo de defensa y, sobre todo, al no acreditarse la inminencia de un perjuicio irremediable.

Lo anterior conlleva prohiar la irrefutable conclusión de la primera instancia, en cuanto a la falta de demostración del perjuicio irremediable en el caso concreto, pues ciertamente no se probó a instancia de los reclamantes, su apoderada o incluso de oficio, estarse ante situaciones ciertas e inminentes de tal gravedad que obligaran a proveer urgente protección ius fundamental con el fin de evitar la consumación de un daño irreparable.

[...]

De ese modo, resulta inadmisibles de ahí la arbitrariedad de la decisión que el funcionario judicial no se percatara de la falta de información idónea y suficiente para asumir la labor decisoria o que, precipitadamente y sin reflexión, aceptara como verdadero todo lo que afirmaban los accionantes, habida cuenta que estaba «obligado a buscar los elementos de juicio fácticos que, mediante la adecuada información, le [permitieran] llegar a una convicción seria y suficiente de la situación fáctica y jurídica sobre la cual [habría] de pronunciarse» (Cfr. CC T-644-2003).

Aunque el procesado en su defensa material expone que la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-377-2014 le dio la razón en lo que a la subsidiariedad se refiere, una atenta lectura de sus considerandos permite corroborar la impropiedad de esa afirmación.

En apretada síntesis, explíquese que en aquella providencia el Alto Tribunal Constitucional acumuló y resolvió un gran número de expedientes de tutela que se promovieron principalmente contra el PAR TELECOM, referidos a tres grupos de asuntos: (i) los relacionados con el Plan de Pensión Anticipada que ofreció TELECOM a sus trabajadores; (ii) reclamos en la protección de sus derechos, por considerar que se les desconocieron las garantías del fuero sindical; y, (iii) demanda en la protección de derechos fundamentales, al no reconocerles y garantizarles el retén social.

Para lo que ahora interesa, la Corte Constitucional discurrió de manera amplia en

cuanto a la subsidiariedad de la acción de tutela frente a un patrimonio autónomo de remanentes próximo a extinguirse, marco en el que concluyó:

En síntesis, la tutela es improcedente frente a la desvinculación de aforados sindicales, excepto cuando se plantea la violación del derecho de asociación sindical por la irregular terminación del contrato de trabajo de un cierto número de trabajadores sindicalizados, y además se prueba una conducta antisindical, o cuando media la vulneración grave de otros derechos fundamentales no susceptibles de protección mediante la acción de reintegro, ante la existencia de un perjuicio irremediable.

[...] se advierte, entonces, que aun cuando la tutela en el asunto constitucional aquí cuestionado resultaba «en principio» procedente por tratarse el PAR TELECOM de una entidad próxima a extinguirse, debían cumplirse los demás requisitos, mismos que inadvertió arbitrariamente el implicado pues no tuvo en cuenta que la causa de terminación de los contratos no fue una conducta o estrategia antisindical, sino la necesidad de liquidar la entidad TELECOM, dentro de un programa de renovación de la administración pública, aunado a que en el paginario tutelar no existían elementos de juicio para concluir que el medio de defensa ordinario laboral con el que contaban los actores resultaba ineficaz de hecho, para la época varios de los procesos por ellos adelantados transitaban por la senda del trámite ejecutivo, menos que se acreditaran razones en concreto, no especulativamente como arguyó el funcionario judicial para sostener que los demandantes estuvieran en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable»

JURISPRUDENCIA - Precedente: aplicación de línea jurisprudencial / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: alcance / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: carácter obligatorio, finalidad / **JURISPRUDENCIA** - Precedente: apartamiento de su contenido, el funcionario debe argumentarlo jurídicamente / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: inaplicación de precedente jurisprudencial

«[...] resulta incontrovertible que AMDCDJMM dejó de considerar el desarrollo jurisprudencial en punto de la improcedencia de la tutela como mecanismo para proteger el fuero sindical, temática ampliamente tratada por la Corte

Constitucional para cuando emitió la decisión cuestionada.

[...]

Como parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente, se tienen: (i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esa ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso; y, (iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

La misma providencia CC SU-053-2015 resaltó que cuando los funcionarios judiciales encuentran cumplidos los mencionados criterios, «tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando i) hagan referencia al precedente que van a inaplicar y ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones de porqu[e] se apartan de la regla jurisprudencial previa».

En el asunto bajo examen, el entonces juez de tutela AMDCDJMM se apartó del precedente establecido por la Corte Constitucional, guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (canon 241 Superior) sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita aspecto que, si bien no actualiza per se el tipo objetivo de prevaricato por acción como se endilgó en la acusación -lo cual no incide en esta decisión, toda vez que emergen inconcusas las consideraciones frente a la incompetencia territorial y a la improcedencia de la tutela por incumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad-, sí es indicativo del dolo prevaricador con el que actuó, como se expone a continuación».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Dolo: conciencia de que la decisión es contraria a derecho / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: demostración / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: no requiere de un móvil / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Dolo: análisis de la experiencia profesional y estudios /

«En virtud de que los componentes cognitivo-intelectivo conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y volitivo querer su realización del dolo se ubican en el fuero interno del agente, aquél solo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de su voluntad.

Por ello, frente a la delincuencia de prevaricato activo la Sala ha establecido que para verificar el dolo es necesario examinar la totalidad de la actuación surtida por el implicado, junto con las motivaciones plasmadas en la decisión cuestionada y las justificaciones ofrecidas, así como las circunstancias específicas que rodearon su proferimiento.

Así mismo, resulta viable acudir al examen de los elementos objetivos debidamente demostrados, como la naturaleza de la decisión, la complejidad del asunto, la claridad de las normas aplicables y la trayectoria y experiencia profesional del procesado, de los cuales pueda inferirse razonadamente el conocimiento y la voluntad en el actuar contrario a derecho (Cfr. entre otras, CSJ SP740-2018, 18 abr. 2018, rad. 50132; CSJ SP3142-2020, 19 ag. 2020, rad. 57793; CSJ SP506-2023, 29 nov. 2023, rad. 61969; y, CSJ SP1865-2024, 17 jul. 2024, rad. 63141).

A la luz de lo expuesto en los acápites precedentes y como bien acotó el Tribunal, contrario al parecer de los recurrentes, existen varios datos a partir de los cuales puede inferirse el dolo con el que actuó AMDCDJMM.

Los elementos materiales probatorios recaudados revelan que el enjuiciado conocía la ostensible ilegalidad de la decisión que profería, como quiera que de su propio contenido se extrae el claro e inequívoco entendimiento que tenía acerca de los preceptos constitucionales y legales que rigen la acción de tutela.

De entrada, desatendió groseramente las normas de competencia territorial para asumir el conocimiento de la acción de tutela. Pese a que en la demanda no se aportaron medios cognoscitivos, ni se incluyó información que vincularan a los municipios de Carepa o Apartadó o al departamento de Antioquia con la presunta afectación de derechos fundamentales y no obstante haber sido advertido de ello en forma expresa por la parte accionada, el procesado hizo caso omiso de aquella problemática cuando se ocupó del asunto en segunda instancia y soslayó el análisis que le incumbía pues, si bien el tópico de la incompetencia territorial no fue motivo de controversia en impugnación por el PAR TELECOM, sí era de su resorte al configurarse una causal de nulidad del proceso que debía ser declarada a petición de parte, o aún de oficio, como había tenido la oportunidad de referir la Corte Constitucional en auto CC A-280A-2009

(Cfr. § 5.3.2.1). Lo anterior responde lo alegado por la defensa técnica, quien simplemente escuda el comportamiento de su prohijado en el principio de limitación en alza, inoperante en el caso concreto.

A pesar de que el asunto planteado en sede constitucional emergía un tanto complejo, no solo porque involucraba temáticas jurídicas ajenas a la jurisdicción penal ordinaria asignada al acusado, sino por las partes involucradas y las millonarias sumas que se reclamaban, asumir su conocimiento sin miramiento alguno solo es indicativo que MM quería resolverlo a toda costa, lo que explica que los actores eligieran la localidad de Apartadó y no otra para ventilar sus pretensiones.

El enjuiciado también era conocedor del carácter subsidiario de la acción constitucional y de su improcedencia ante la existencia de mecanismos judiciales ordinarios a disposición de los actores, circunstancia que no impidió la concesión del amparo, bastándole desestimar en abstracto la eficacia de los instrumentos a que podían acudir los interesados para reclamar sus derechos.

Así mismo, a pesar de la información relevante que suministró el PAR TELECOM en su contestación a la demanda, o de no obrar medios de convicción sobre una eventual imposibilidad en que estuvieran los accionantes de acudir a las vías judiciales regulares para demandar, o de la existencia de perjuicios irremediabiles, graves, inminentes y urgentes que obligaran al reconocimiento de los emolumentos reclamados, decidió tutelar presuntos derechos fundamentales, cual si esa fuese la única respuesta adecuada del estamento jurisdiccional para garantizar la vigencia de un orden justo, en términos del artículo 2 de la Constitución Política.

Mm acudió a múltiples expresiones jurídicas y lingüísticas para dar apariencia de legalidad a su decisión, pero ellas sólo reflejan la comprensión que tenía sobre los exactos requisitos de procedencia del mecanismo de amparo y dejan al descubierto la arbitrariedad con que resolvió temáticas que escapaban al ámbito ius fundamental.

En su defensa material el procesado explica que de haber tenido la voluntad de vulnerar el bien jurídico tutelado no habría analizado el asunto persona por persona, sino que hubiera

confirmado la sentencia de primera instancia «a rajatabla» sin modulación alguna.

No obstante, olvida que la decisión de declarar improcedente la acción de amparo incoada por ocho demandantes se debió a «la existencia de otra acción de tutela por los mismos hechos y por las mismas circunstancias» pero, en lo atinente a los restantes demandantes en últimas, los que motivaron la investigación y juzgamiento, desatendió la totalidad de la información proporcionada por la entidad demandada y descrita en acápite anteriores, relacionada con la existencia de otros procesos ordinarios ante la justicia ordinaria laboral iniciados por los extrabajadores, el pago a ellos efectuados de cuantiosas indemnizaciones al momento de su retiro, la fecha de extinción de TELECOM, el largo lapso que transcurrió entre el momento de su desvinculación de la entidad debido a su liquidación y el ejercicio de la herramienta constitucional, la falta de acreditación de un perjuicio irremediable, etc.

En ese propósito, optó por citar precedentes que no resolvían el caso concreto y, por el contrario, omitió múltiples y reiteradas decisiones de la Corte Constitucional, anteriores a la emisión del fallo cuestionado.

Además, como apropiadamente razonó el Tribunal, el entonces funcionario judicial no asumió la tarea de realizar verificaciones que cambiaran la referida realidad procesal. De la providencia motejada de prevaricadora se advierte que el acusado no hizo esfuerzo alguno por establecer probatoriamente, por ejemplo: (i) si la totalidad de los actores contaban con alguna justificación razonable para interponer tardíamente la acción de tutela y no haber promovido en oportunidad la acción especial de reintegro ante la jurisdicción ordinaria laboral; (ii) si los mismos se encontraban afectados en su mínimo vital o se hallaban en concreto ante la presencia de un perjuicio irremediable; (iii) si TELECOM había promovido los procesos jurisdiccionales de levantamiento de fuero sindical a los trabajadores que gozaban de esa garantía; y, (iv) si los demandantes habían sido indemnizados por razón de su desvinculación con la extinta entidad.

Los recurrentes plantean que la ausencia de dolo en el procesado se infiere de ciertos datos, como los siguientes: (i) no ordenó el pago directo en dinero en efectivo o efectuó embargo alguno, situación que si resultó escandalosa y condujo a

la investigación de varios jueces que así procedieron; (ii) la decisión cuestionada no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional y el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia conceptuó que no se configuraban «causales que dieran lugar a la iniciación de acciones disciplinarias y /o penales»; (iii) se excluyeron a varios de los tutelantes por considerar que no se les había vulnerado derecho fundamental alguno; (iv) respecto de otros actores que iniciaron procesos ejecutivos sin que se hubieren resuelto, se determinó que habría que pagarles lo que se les debía solo si esos trámites seguían demorándose en los estrados judiciales; (v) los demandantes tendrían que asistir a una conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, quedando a salvo la posibilidad de acudir ante la justicia laboral en caso de divergencia; (vi) la fiscalía no demostró las acciones corruptas que dieron lugar al prevaricato, ni se presentó prueba siquiera indiciaria que vinculara al juez con la apoderada actora en tutela, o con alguno de los demandantes, o que existiera alguna promesa remuneratoria; (vii) a pesar de la experiencia del procesado como abogado y funcionario judicial, de él no se demostró aptitud especial en área diferente a la penal y el tema objeto de tutela correspondía a la laboral y administrativa; y, (viii) el implicado, a lo sumo, habría actuado de forma negligente al no estudiar en detalle un expediente voluminoso y complejo y al confiar legítimamente en la correcta labor del empleado encargado de sustanciar y proyectar la decisión.

Ya la Sala ha ido apuntalando argumentos que controvierten lo expuesto anteriormente como motivos de inconformidad. Con todo, para precisar, ellos no son de recibo, por cuanto:

(i) Que el entonces juez no ordenara el pago directo de dinero en efectivo o efectuara embargos a las cuentas del erario, no desdice de la conducta prevaricadora. Ese escenario sólo impidió que la fiscalía atribuyera otra infracción delictiva, verbigracia, el peculado por apropiación, pero en nada afecta la estructuración del primer injusto señalado. Por demás, el adjetivo de escandaloso en el accionar es sólo una apreciación subjetiva de la defensa material pues, en últimas, ambos comportamientos son severamente censurados por el legislador, al punto de convertirlos en conductas que merecen reproche penal y condigna sanción.

(ii) La selección de fallos de tutela para revisión por la Corte Constitucional, a pesar de orientarse, entre otros, por criterios objetivos, subjetivos o complementarios, no deja de ser un proceso con carácter discrecional. Por tanto, que la providencia aquí cuestionada no fuera seleccionada para revisión por el Alto Tribunal no indica que alguno de los anteriores criterios de selección no tuviere ocurrencia, menos que la decisión sea legal.

Acudir al razonamiento del recurrente conllevaría a que cada vez que la Corte Constitucional seleccione un fallo de tutela para revisión, sería indicativo que el mismo es ilegal o prevaricador, lo cual es ciertamente un despropósito.

En otras palabras, el procedimiento de la Corte Constitucional en el asunto concreto es un elemento probatorio neutro, pues no permite afirmar o infirmar las hipótesis acusatoria o defensiva pues, así como no es dable pregonar tipicidad objetiva o subjetiva en el delito de prevaricato respecto de un fallo de tutela seleccionado para revisión, tampoco es posible negar su estructuración frente a un fallo no seleccionado.

Igual ocurre con el trámite de vigilancia judicial administrativa, encaminado a que la justicia se administre oportuna y eficazmente y a cuidar del normal desempeño de las labores de funcionarios y empleados de los despachos judiciales ubicados en el ámbito de su circunscripción territorial, cuestión que repercute en la calificación integral de servicios, en los traslados de servidores judiciales y en el otorgamiento de estímulos y distinciones, pero no incide en la atribución de responsabilidades disciplinarias o penales, competencias asignadas a otras autoridades.

[...]

Además, asoma paradójico que, a la par que MM invoca que el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia no halló irregularidad alguna en su accionar, también exponga que esa misma Corporación lo sancionó disciplinariamente, en su decir, «en forma por demás, miserable».

(iii) Infringe el recurrente el principio de corrección material cuando asegura que se excluyeron a varios de los tutelantes por considerar que no se les había vulnerado derecho fundamental alguno, toda vez que, como párrafos atrás se explicó, ello se debió a «la existencia de otra acción de tutela por los mismos hechos y por las mismas circunstancias»

Frente a otros tutelantes a los que se determinó que habría que pagarles si los procesos ejecutivos por ellos adelantados se dilataban en los estrados judiciales, lejos de desacreditar el tipo subjetivo en el prevaricato lo que hace es afianzarlo pues es indicativo que, a sabiendas de la existencia de aquellos trámites, el acusado instrumentalizó la herramienta constitucional con la finalidad de suplantar los mecanismos ordinarios dispuestos por el legislador para la resolución de conflictos, con vulneración flagrante del principio de subsidiariedad en tutela, situación que en nada cambia con la implementación de un procedimiento sui generis de conciliación en virtud a controversia en cuanto al monto, como quiera que lo reprochado es precisamente la procedencia de la tutela en el caso concreto, circunstancia que originaba ese posterior trámite.

Al hilo del registro de la acusación y de la alegación en juicio por el delegado de la fiscalía, este no se comprometió a probar la existencia de algún acuerdo entre AMDCDJMM y los accionantes o su apoderada, ni relación de parentesco o amistad entre aquél y éstos o la profesional del derecho, ni la existencia de algún móvil o ánimo venal o de otra índole a favor del entonces funcionario judicial.

Además, la Sala insiste en que la estructuración del componente subjetivo en la conducta de prevaricato por acción no requiere la acreditación fáctica exigida por el recurrente (acuerdo, promesa remuneratoria, interés personal, simpatía o enemistad con alguna de las partes), sino que basta con que la decisión contraria a derecho haya sido proferida con conocimiento y voluntad, con independencia de si concurre, además, una motivación del servidor público para obrar de esa manera (Cfr. CSJ SP16574-2016, 16 nov. 2016, rad. 46884; CSJ SP13733-2017, 30 ag. 2017, rad. 47761; CSJ SP248-2024, 14 feb. 2024, rad. 58249; y, CSJ SP1865-2024, 17 jul. 2024, rad. 63141).

La argumentación de la defensa dirigida por esa senda a desvirtuar la existencia de dolo en la emisión del fallo de tutela por parte del entonces juez MM, claramente se advierte desatinada.

Aunque la defensa técnica no controvierte el análisis del Tribunal frente a la amplia experiencia del procesado como abogado y funcionario judicial, sí reprocha que no se

demostrará su conocimiento en un área diferente a la penal, como lo era el tema objeto de tutela.

Esa especial instrucción en el área laboral-administrativa precisamente debió servir al enjuiciado de barrera de contención para evitar adentrarse en honduras jurídicas que pueden resultar un tanto complejas, incluso para quienes a diario se desenvuelven en ellas.

Empero, es incontrastable que para adoptar la decisión de mérito con que el entonces juez finiquitó el proceso de tutela en segunda instancia, no resultaba determinante sus exiguos conocimientos en derecho laboral administrativo, pues deliberadamente abstraigo los requisitos previstos para la procedencia de la acción y superpuso su criterio personal a la normatividad y jurisprudencia preexistentes.

En el asunto concreto no se trataba de establecer si los demandantes eran o no titulares del derecho prestacional sino, principalmente, de establecer si la acción de tutela resultaba ser el mecanismo judicial adecuado e idóneo para reclamar su reconocimiento y resolver ese tipo de asuntos litigiosos.

Así, el argumento del recurrente pretende desviar la discusión hacia otra orilla, esto es, la contrariedad o no de la ley en la resolución del fondo del asunto, cuando lo cierto es y hasta la saciedad se ha explicado, el reproche penal se funda en temáticas disímiles como la competencia territorial en tutela o la improcedencia de la acción de amparo por desconocimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, cuya erudición aquí no se ha discutido debido a la experiencia acumulada de varios años de AMDCDJMM, en su rol de juez constitucional al momento de fallar el mecanismo tuitivo de los derechos fundamentales, por hacer parte de sus funciones en razón del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991.

El Agente del Ministerio Público reitera una alegación que en su momento resolvió adecuadamente el Tribunal en el sentido que en el presente encuadramiento no se alegó, por ende no se demostró, que el acusado no tuviera la capacidad para comprender los problemas jurídicos que debía resolver preliminarmente se repite, que no el fondo del asunto al momento de fallar la tutela en segunda instancia, tampoco que el exceso de trabajo le impidiera verificar la totalidad del expediente de tutela, menos que no

haya elaborado personalmente la providencia prevaricadora o que fungiera como un simple «funcionario firmón» a quien se le indujo en error por un empleado sustanciador.

Por contera, mal podría asegurarse que la conducta punible atribuida al entonces funcionario judicial fue producto de negligencia o descuido, conclusión en la que conviene la Sala con el a quo pues ningún elemento material probatorio da cuenta de falta de dominio del

RECUSACIÓN - Trámite: se enviará a quién le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: diferente al trámite de la recusación

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se abstuvo de conocer la recusación formulada por el defensor de CMAP en contra del titular de la Magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla.

En consecuencia, ordenó el envío inmediato de las diligencias al Magistrado de la Sala de Justicia y Paz con función de control de garantías del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, para que imparta el trámite de rigor.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la Sala carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno, pues el trámite legal dispuesto para la recusación, dispone que debe ser sometida a consideración del Magistrado de la misma especialidad y categoría del recusado que se ubique en el lugar más cercano.

AP4754-2024(66844) de 21/08/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El apoderado de CMA presentó demanda de incidente de oposición de terceros a medida cautelar de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo impuesta sobre 7 bienes inmuebles, ordenada en audiencia del 03 de mayo

implicado en las funciones propias a su cargo, especialmente las de dirección del proceso, o de actuaciones adelantadas con desidia. Por el contrario, existen elementos suficientes para afianzar que su actuar estuvo dirigido en forma consciente a vulnerar el ordenamiento jurídico. El análisis de todas las particularidades relativas a la decisión, en su conjunto, revelan el conocimiento de la ilegalidad de su proceder».

del 2022, por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, con funciones de Control de Garantías, dentro del proceso donde aparece como postulado JIRP.

2. De la solicitud elevada conoció la Magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, autoridad que, el 8 de julio de 2024, instaló audiencia para resolver el incidente de oposición de terceros con ocasión de la medida cautelar impuesta, dentro de la cual, el abogado de la parte demandante recusó al titular del despacho.

3. El Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla declaró que no había impedimento para tramitar el incidente de oposición y ordenó remitir el expediente a la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para el reparto y asignación del Magistrado que debe resolver, conforme lo normado en el inciso 7 del artículo 143 del Código General del Proceso.

4. Conoció del asunto la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, autoridad que el 19 de julio de 2024, al considerar que no era competente para realizar el reparto, remitió el asunto para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelva lo pertinente en cuanto a la definición de competencia en virtud del numeral 3 del artículo 32 del CPP.

5. El magistrado recusado informó que, la Sala de Control de Garantías de la Sala Justicia y Paz de este Tribunal es Sala única y unipersonal, además que no existen conjuces designados; sin embargo, existe en la misma Sala Especializada de Justicia y Paz una Sala de Conocimiento conformada por 3 magistrados.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECUSACIÓN - Competencia para decidir la solicitud / **RECUSACIÓN** - Trámite: si el funcionario no acepta la causal, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano / **RECUSACIÓN** - Trámite: se enviará a quién le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: diferente al trámite de la recusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Recusación: trámite, Ley 1395 de 2010 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: la Sala se abstiene de conocer el asunto porque versa sobre el trámite de recusación

«Lo que se suscitó en el caso concreto no fue un conflicto de competencias o la manifestación de un impedimento por parte del juez que no fuera aceptada por su homólogo de otro distrito judicial, como para que se disponga remitir la actuación a la Corte. En verdad, el asunto versa sobre el trámite de recusación planteado por la defensa de CMAP contra el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla.

Desde esa perspectiva, es plenamente aplicable al caso lo previsto en el artículo 60 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 84 de la Ley 1395 de 2010, [...]

A su turno, el artículo 57 de la misma normativa, modificado por el artículo 82 de la Ley 1395 de 2010 [...]

Por su parte la Sala, en cuanto se refiere al significado de tales disposiciones, esto es, la manera en que debe agotarse el trámite de recusación y la competencia para pronunciarse sobre la misma, ha indicado lo siguiente:

“En tales condiciones, se observa que «...en caso de no aceptarse...» la recusación planteada por alguna de las partes «se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano», quien de acuerdo con las pautas fijadas en el artículo 57 de la misma codificación, que regula el trámite para el impedimento que se integra al presente, es «... quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano...»

Por cuanto no otra lectura puede darse a la reforma introducida con la Ley 1395 de 2010, que, a más de modificar el artículo antes referido,

alteró el artículo 341 del estatuto procesal penal para privar, de manera inicial, la competencia del superior funcional a fin de resolver este tipo de asuntos.

[...]

Asimismo, **en caso de presentarse discusión** en cuanto al funcionario a quien corresponda continuar con el trámite, la integración de normas antes referida, permite que se evacue el procedimiento estipulado en el inciso segundo del artículo 57 ejusdem. Punto que consagrará las siguientes hipótesis:

(i) Que el juez recusado acepte la postulación del proponente, envíe las diligencias al que le sigue en turno, pero éste considere que no se configuró la causal alegada.

(ii) Que el funcionario recusado no acepte la proposición del postulante, remita la actuación al que le sigue en turno y éste sí considera que la causal es fundada.

Casos en los cuales, deberá ser el superior funcional común de las autoridades judiciales involucradas quien resuelva de plano y de manera definitiva el asunto y, en el evento de tratarse de despachos de diversos distritos judiciales corresponderá su resolución a esta Sala como fue explicado en CSJ AP, 7 mar. 2011, Rad. 35951.

Lo anterior, dadas las consecuencias disciplinarias que conlleva la no manifestación de un impedimento conforme con la Ley 734 de 2002, en sus artículos 50 y 55, y por ello, la necesidad de zanjar discusión alguna sobre la violación al deber de imparcialidad y objetividad que regulan el instituto analizado, contexto dentro del cual la Sala debe matizar los planteamientos hechos en los proveídos CSJ AP 1604-2014 y AP1377-2015.

1.3. Ahora, **si los dos juzgadores encuentran infundada la causal enervada, se tiene por finiquitado el incidente y el juez recusado, deberá continuar con el trámite de rigor.** [Negrillas fuera de texto original].

De acuerdo con los parámetros señalados, en los casos en los cuales el funcionario no acepte la recusación planteada por una de las partes del proceso, el asunto deberá ser sometido a consideración del homólogo que le siga en turno o, de no haber alguno en la misma circunscripción a la cual está adscrito, habrá de corresponder a aquel del lugar más cercano en

términos geográficos, quien, de encontrar igualmente infundada la solicitud formulada, pondrá fin de manera definitiva al incidente, sin que sea necesaria en ningún momento la intervención del superior funcional común, que sería, en este caso, la Corte.

Conforme al anterior derrotero, es evidente que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno sobre la sobre la recusación elevada por la defensa de CMAP en contra del titular de la Magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, dentro del

trámite que se adelanta en el expediente con radicado [...]

Es claro entonces que la recusación -que no aceptó el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla- debe ser sometida a consideración del Magistrado de la misma especialidad y categoría del recusado que se ubique en «el lugar más cercano», tal y como lo contempla el artículo 57 de la Ley 906 de 2004 aplicable al caso, como quiera que en el Distrito Judicial de Barranquilla solo existe ese funcionario de quien se pretende la separación del conocimiento del asunto. Así lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia de la Corte».

ENFOQUE DE GÉNERO - Identificación de género: el operador judicial debe garantizar que la forma como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales corresponda a la manera como él o ella se auto percibe / **ENFOQUE DE GÉNERO** -

Obligaciones de las autoridades judiciales: respetar y garantizar la identidad de género de los ciudadanos, particularmente mediante la forma como se les nombra dentro de las actuaciones judiciales / **ENFOQUE DE**

GÉNERO - Personas transgénero / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Sujetos de especial protección constitucional / **PERSONAS TRANSGÉNERO** -

Identidad de género: protección al autorreconocimiento como mujer u hombre trans

Al estudiar la demanda de casación presentada por la defensa de YDCG, LFCG, WYRB y NRR, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que les condenó, en virtud de allanamiento a cargos, como coautores de secuestro extorsivo agravado, la Corte Suprema de Justicia se refirió a las procesadas en femenino, reconociendo su identidad como mujeres transexuales. Asimismo, recalcó la obligación que tiene el operador judicial de asegurarse de que el nombre usado para el acusado o acusada en el proceso corresponda a la manera como él o ella se autopercibe.

De otra parte, la Sala de Casación Penal inadmitió el libelo ya que no cumplió con las mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos

o garantías que se produjo con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional invocado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

AP4888-2024(60256) de 28/08/2024

Magistrado Ponente:

Carlos Roberto Solórzano Garavito

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 27 de marzo de 2018, CJMA contrató los servicios de una trabajadora sexual a través del sitio web www.photoprepagos.com. Hacia las cuatro de la tarde se encontró con Pamela en una vivienda ubicada en el barrio Venecia de la ciudad de Bogotá e ingresó con ella a una habitación.

2. Tras pagar el valor previamente acordado, la acompañante le manifestó que era menor de edad y transgénero. Ante esa revelación la víctima intentó huir del lugar. Pamela bloqueó la salida y, acto seguido, aparecieron otras seis mujeres, algunas transexuales, que se apoderaron de sus pertenencias, le exigieron las claves de acceso a sus tarjetas débito y crédito y lo amenazaron con armas blancas de atentar contra su vida y denunciarlo por violación si no cedía a sus pretensiones.

3. Entre las 4:40 y las 5:10 de la tarde de ese día, Pamela, Rosario y Mafe, hicieron varios retiros en cajeros automáticos por \$4'380.000 mientras la víctima era custodiada por otras cuatro mujeres. Al alcanzar el cupo diario de movimientos, mantuvieron retenido a CJMA hasta el día siguiente, 28 de marzo, para hacer nuevos movimientos por cuantía de \$3'330.000. Sobre las diez de la mañana de la misma fecha le entregaron las tarjetas bancarias al afectado y lo liberaron.

4. En virtud de la denuncia que instauró la víctima, fueron individualizados como posibles responsables de los sucesos YDCG, LFCG, WYRB y NRR.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO AL NOMBRE - Atributo de la personalidad / **DERECHO AL NOMBRE** - Relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad / **LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD** - Identidad de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: concepto / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: reconocimiento de la identidad sexual de la persona / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Identificación de género: el operador judicial debe garantizar que la forma como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales corresponda a la manera como él o ella se auto percibe / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: respetar y garantizar la identidad de género de los ciudadanos, particularmente mediante la forma como se les nombra dentro de las actuaciones judiciales / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Personas transgénero / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Interseccionalidad: personas transgénero, que ejercen actividades de prostitución / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Sujetos de especial protección constitucional / **PERSONAS TRANSGÉNERO** - Identidad de género: protección al autorreconocimiento como mujer u hombre trans

«Sin desconocer la importancia que tiene la identificación personal, y más concretamente, el nombre de las personas como atributo de la personalidad jurídica, la Corte, respetuosamente, se referirá a las aquí procesadas en femenino, en reconocimiento de su identidad sexual como mujeres transexuales.

En estos eventos, considera esta Corporación, el operador judicial debe garantizar que la forma

como se nombra al acusado o acusada a lo largo de las actuaciones procesales, en particular, durante las audiencias y dentro de las providencias, corresponda a la manera como él o ella se autopercibe, lo que también se conoce como su identidad de género. Esto en aras de garantizar la autonomía de la persona para definir su proyecto de vida, así como el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 Constitución Política).

Ello, especialmente, cuando se está ante personas transgénero, que dentro del sector LGBTI son la población que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, por lo que han sido reconocidos como sujetos de especial protección constitucional (Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2015). Situación que es aún más apremiante en los casos de aquellas mujeres trans que ejercen actividades de prostitución, ya que en ellas convergen dos motivos distintos de discriminación: de una parte, la identidad de género, de otra, el estigma social de la actividad que realizan (Corte Constitucional, sentencia T-310 de 2022).

Así las cosas, el autorreconocimiento como mujer u hombre transexual está amparado por la posibilidad que tiene todo ciudadano de desarrollarse y ser reconocido acorde con sus gustos y preferencias. Por ello, anota la Corte, los servidores judiciales tienen el deber de respetar y garantizar la libre decisión de los ciudadanos respecto de su identidad y, de esa forma, asegurar su dignidad humana, particularmente mediante la forma como se les nombra dentro de las actuaciones judiciales»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Casación: interés para recurrir, en caso de aceptación o allanamiento a cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, los recursos no pueden ser vía para retractarse / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías fundamentales, presupuestos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: presupuestos para dictar sentencia

«[...] aunque el demandante soporta la censura en que existió un vicio del consentimiento en el

acto de allanamiento a cargos de sus prohijadas, que también se reflejó en la vulneración del derecho de defensa que les asiste, por la que, en su criterio, fue una inadecuada asesoría de la abogada que lo antecedió, no tiene en cuenta que en esa materia, la demostración de la existencia de vicios del consentimiento o violación de garantías fundamentales, como tiene dicho la Corte, no se acredita a partir de «la sola alegación, esto es, argumentar que existió alguna de las falencias capaces de afectar el consentimiento o una garantía basilar, sino que la irregularidad debe ser verdaderamente acreditada a través de los medios de prueba admitidos por el ordenamiento procesal penal, bien en la audiencia de individualización y sentencia del artículo 447 y, si es necesario, en sede de apelación o casación» (Cfr. CSJ SP, 15 May. 2013, Rad. 39025 reiterada en CSJ AP4296 - 2021).

Y el supuesto fáctico que funda el cargo no fue desconocido para las instancias, de ahí que resulte intrascendente para sustentar la pretensión invalidatoria.

Tampoco considera el censor que, como también recordó la decisión de segundo nivel, la admisión de responsabilidad fue evaluada por el funcionario cognoscente una vez instalada la vista preparatoria.

[...]

De ahí que el Tribunal entendiera satisfecha «razonablemente, la verificación del entendimiento de las imputadas frente a lo formulado en su contra y que la decisión debía cumplir unas exigencias dirigidas a la garantía de sus derechos» misma que, como se explicó líneas atrás, avaló la evaluación que sobre ese punto hizo el a quo.

De igual manera, para el censor se «corrobora» el engaño al que fueron sometidas sus defendidas porque, en su criterio, el delito por el que fueron condenadas, no comporta beneficio punitivo alguno por la expresa prohibición legal contenida en la Ley 1121 de 2006.

Pero infringe en ese aspecto la corrección material. Nada dice frente al hecho de que, al admitir su responsabilidad, el juez cognoscente les informó de esa específica situación y también que la única prerrogativa admisible sería la inaplicación del incremento punitivo establecido en la Ley 890 de 2004. Dejó de lado mencionar, además, que en la dosificación punitiva el juez si

reconoció, justamente ese como único beneficio, esto porque, al tasar la pena, partió de un plazo mínimo imponible «de 28 años y no de 37 años y 4 meses».

Tampoco menciona que, según consta en la reseña procesal, las procesadas gozaron de la detención domiciliaria como medida invocada por la Fiscalía y otorgada por el funcionario judicial de turno, eso sí, mientras se adelantaron las restantes diligencias del proceso, pero aquella perdió vigencia con la emisión del fallo condenatorio.

Bajo el mismo cargo critica el censor la ausencia de material probatorio para emitir condena. En su criterio, aquella se fundó, exclusivamente, en la admisión de responsabilidad y no se consideró que las sumas de dinero extraídas de las cuentas bancarias de la víctima eran la contraprestación por múltiples servicios sexuales, mas no el objeto del delito.

Aquel aserto lo fundamenta al margen de la causal primera de casación, que como se dijo, impone, de un lado, tener por ciertas las conclusiones fácticas y probatorias de la decisión y, de otro, proponer un debate estrictamente jurídico. Adicionalmente, carece de interés en esa temática, pues como la sentencia condenatoria se dictó por virtud del allanamiento que hicieran las procesadas en la audiencia preparatoria, renunciaron con su manifestación al debate propio del juicio oral y, en especial, a la contradicción de la prueba.

De todas maneras, cuando se trata de la terminación anticipada del proceso penal (por vía de allanamientos o preacuerdos), tiene dicho la Corte que el Juez no es un «mero espectador», sino que ha de verificar, entre otros presupuestos para emitir condena, «(i) La existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta [y] (ii) El aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir con el estándar de conocimiento previsto en el inciso del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado» (cfr. CSJ AP2007 - 2023). Y si bien la censura se postuló de manera inadecuada, tampoco confrontó el casacionista el contenido de las decisiones de primer y segundo nivel que para el caso conforman una unidad jurídica inescindible, aunque en ellas se plasmó con claridad que, contrario a su percepción, no

fue el acto de allanamiento el soporte exclusivo de la condena»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: principio de no retractación, salvo vicios del consentimiento y o violación de garantías / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: interés para recurrir, en caso de aceptación o allanamiento a cargos / **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY** - No se configura por discrepancia de criterios

«Aquí también carece de interés el casacionista para discutir esos tópicos. No fueron tales los términos de la imputación jurídica por la que sus prohijadas admitieron responsabilidad, pues la Fiscalía les imputó el injusto al cual se allanaron y no los que él postula de manera extemporánea, en contravía del principio de irretractabilidad. Además, infringe la corrección material que le exige fidelidad con el contenido de las decisiones de instancia [...]

De igual manera, el cargo no enseña cuál fue esa hipotética interpretación equivocada de los preceptos normativos invocados que pueda endilgársele a las decisiones cuestionadas, ni cual debería ser el adecuado entendimiento de la disposición citada, más allá de la indemostrada alegación de que ese actuar se adecúa a otros delitos, todo ello, alejado no solo del plexo probatorio que sustentó la condena al que se refirió la Corte al calificar el primer cargo sino, también, de la estructura del delito de secuestro extorsivo, que en palabras de la Sala se materializa «siempre que la presión se ejerza a través de la privación de la libertad del agredido» (CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 32506 reiterada en CSJ SP681 - 2022)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos: implica renuncia a ciertas facultades y derechos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: implica renuncia a la etapa probatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba: solo pueden ser valoradas las practicadas en el juicio oral, con intermediación, confrontación y publicidad

«[...] aunque el censor critica la falta de valoración de un video que, dice, enseña que la víctima se hallaba «a sus anchas» en la casa de lenocinio y por ende no había sido retenido por las procesadas, infringe con esa alegación los límites que implica la culminación anticipada del proceso, pues, como se dijo líneas atrás, la

admisión de responsabilidad significa la renuncia al debate que sobre los medios de convicción debía abordarse en sede del juicio oral.

Desconoce, además, en la fundamentación del cargo, que según lo previsto en el art. 374 de la Ley 906 de 2004 es prueba aquella solicitada o presentada en la audiencia preparatoria y cuya práctica, en virtud del principio de inmediación, se adelanta en el debate público, en presencia del juez. Ello porque, en este evento, como reconoció el Tribunal en la sentencia confutada, «la misma defensa manifestó que el video que pretende que se valore, no fue ingresado al proceso, por lo que el juez no puede, no solo valorarlo, sino tampoco tenerlo en cuenta con fines procesales.».

De ahí que mal podría criticarse que las instancias consideraran aquel medio de convicción y mucho menos viable resulta que la Corte, al margen de aquellas condiciones, pondere su contenido en infracción de caros principios del procedimiento penal, como equivocadamente pretende el libelista»

NULIDAD - Principio de trascendencia: la censura ha de poner de manifiesto cómo la subsanación del error conduciría a variar el sentido de la decisión / **NULIDAD** - Principio de taxatividad / **NULIDAD** - Principio de protección / **NULIDAD** - Principio de convalidación / **NULIDAD** - Principio de instrumentalidad / **NULIDAD** - Principio de residualidad

«Solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley - principio de taxatividad -; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, - principio de protección -; aunque se configure la irregularidad, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales -principio de convalidación -; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento - principio de trascendencia -; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas,

sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso - instrumentalidad - y; además, no existe manera de subsanar el yerro procesal - residualidad -.

La trascendencia exige, de quien alegue la nulidad, la obligación de acreditar que el vicio afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o que desconoce las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento. En materia de casación este criterio adquiere preponderancia de cara al propósito de desvirtuar la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia.

En tal virtud, tratándose de nulidades, una alegación suficiente por la vía del recurso extraordinario reclama poner de manifiesto la relevancia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado. En esa labor ha de revelarse con plausibilidad y suficiencia cómo el sentido de la decisión sería sustancialmente diverso si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental.

[...] las críticas del casacionista ninguna vinculación ostentan con los contenidos de la sentencia cuestionada, infringen no solo la trascendencia, sino los principios de taxatividad y convalidación propios de las nulidades e imponen, por su deficiente fundamentación, la inadmisión del cargo cuatro».

FALSO RACIOCINIO - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Incapacidad de resistir: concepto / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Estado de inconsciencia: sueño

La Sala Penal, inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de JGVL, contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia que confirmó la decisión condenatoria emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, Antioquia, modificando la calificación del delito e imponiendo la condena como autor responsable del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, en lugar de acto sexual violento.

Para ello, la Corte destacó que, la perspectiva de género no es una facultad discrecional del operador judicial, sino una obligación constitucional y supraconstitucional, que debe cumplir al valorar la prueba.

Sumado a lo anterior, concluyó que, el Tribunal no alteró el núcleo fáctico de la imputación y

cumplió los derroteros fijados para que opere la modificación de la calificación jurídica, de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir, ya que el sueño es uno de los casos en los que la víctima se encuentra en estado de inconsciencia.

AP4945-2024(65158) de 28/08/2024

Magistrado Ponente:
Gerardo Barbosa Castillo

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Los días 26 y 27 de octubre de 2010, RHO y JGVL, ambos funcionarios del CTI adscritos a la Fiscalía General de la Nación y compañeros de trabajo, se desplazaron al municipio de Caucasia para cumplir con una comisión de servicios.
2. Al finalizar la jornada laboral del 26 de octubre, se dirigieron a un hotel para descansar. Durante la noche del 26 y la madrugada del 27 de octubre de 2010, mientras RHO dormía, se despertó asustada al darse cuenta de que JGVL estaba en su cama, abrazándola con una mano y acariciando sus partes íntimas (senos y vagina) con la otra.
3. Inmediatamente, RHO lo empujó y le exigió respeto, advirtiéndole que no se equivocara con ella. JGVL, riéndose, le respondió que se tranquilizara y que se “dejara querer”, insistiendo en que “eso no duele”. A continuación, le expresó

que ella le gustaba desde hacía mucho tiempo e intentó nuevamente realizar tocamientos, ante lo cual la víctima reaccionó de manera preventiva, lo que llevó a JGVL a retirarse a su propia cama.

4. Sin embargo, después de un tiempo, intentó nuevamente realizar actos sexuales, manifestándole que “no lo dejara así”. Ante esta situación, RHO decidió irse hacia la puerta de la habitación y pasar allí el resto de la noche.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS SEXUALES - Conductas denominadas de «puerta cerrada» o de «privacidad», en las que el sujeto agente, por lo general, actúa sin la presencia de testigos / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: no está sometida a tarifa legal respecto del testigo único de cargo / **TESTIMONIO** - Víctima de delito sexual: valoración probatoria / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: mandato negativo, valorar la prueba sin incurrir en estereotipos o prejuicios disfrazados / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - La reacción o mecanismo de defensa que asume la víctima es diverso / **DERECHOS SEXUALES DE LA MUJER** - Primacía de su consentimiento: el guardar silencio no equivale a su aprobación

«[...] el demandante falta a los principios de crítica vinculante y sustentación suficiente, toda vez que desconoce la Sala en qué consiste el yerro de raciocinio que denuncia, cuál en concreto fue el aspecto supuesto o indebidamente apreciado y porqué la tesis delictiva del Tribunal esta permeada por la duda en torno a la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del encartado.

Contrario a este razonamiento, el testimonio de la víctima revela que en la madrugada del 27 de octubre de 2010, en la habitación del hotel en Cauca, Antioquia, solo estaban presentes RHU y el procesado JGVL. Esta situación implica que solo ellos dos pudieron ser testigos de los hechos ocurridos esa madrugada. Por lo tanto, en un

delito sexual ocurrido a puerta cerrada, el testimonio de la víctima es crucial. El recurrente ignora tanto el principio de libertad probatoria como el de libre valoración, que faculta a los falladores para que analicen el testimonio considerando las condiciones personales del testigo, su capacidad de recordar y evocar hechos, y cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad.

[...]

Además, el recurrente sostiene que el Tribunal otorgó credibilidad al testimonio de la víctima basándose innecesariamente en una perspectiva de género, lo que, según su criterio, "acomodó" la versión de la víctima a la normativa sobre incapacidad de resistir debido a su condición de mujer. No obstante, esta afirmación tergiversa la verdad material del fallo y es jurídicamente incorrecta.

La perspectiva de género no es una opción ni una facultad discrecional al valorar el testimonio de una víctima de delitos contra la libertad, formación e integridad sexual, como el que se examina en este caso. Este enfoque constituye una obligación constitucional y supraconstitucional que los operadores de justicia deben cumplir al valorar la prueba. Su propósito es garantizar que las decisiones judiciales no se vean afectadas por estereotipos o prejuicios de género.

La omisión de este enfoque, constituiría, ahora sí, en un error valorativo de la prueba, ya que su desconocimiento se refleja en razonamientos inductivos inadmisibles, tales como inferir el consentimiento de la víctima de delitos sexuales a partir de su silencio o la falta de resistencia física, entre otros. La falta de aplicación de la perspectiva de género no solo implica un incumplimiento normativo, sino que también vulnera los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas.

La Sala ha precisado enfáticamente que la perspectiva de género no elimina el estándar probatorio requerido para dictar una condena, ni obliga a aceptar automáticamente el testimonio de quienes denuncian violencia sexual. En cambio, exige que la valoración de la prueba se realice sin recurrir a argumentos o inferencias basadas en estereotipos de género. Este mandato es vinculante para las autoridades judiciales sin que de ninguna manera se constituya como puerta de entrada al desconocimiento de las

garantías fundamentales de los procesados, tal y como lo plantea el censor»

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Variación de la calificación jurídica: respeto del núcleo fáctico contenido en la acusación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Incapacidad de resistir: concepto / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Estado de inconsciencia: sueño

«En el caso concreto, la Sala encuentra que el núcleo fáctico se mantuvo inalterado desde la audiencia de formulación de imputación hasta la sentencia condenatoria. El fallo es fácticamente congruente con la comunicación y la formulación de los cargos.

[...]

De esta relación de hechos aparece claro que la Fiscalía sentó la premisa fáctica de la acusación y que ésta permaneció inalterada durante toda la actuación, incluyendo las sentencias de instancia.

En lo que tiene que ver con la calificación jurídica, la Fiscalía en la acusación le atribuyó al procesado el delito de acto sexual violento, a título de autor. En el fallo de primera instancia, el juzgador condenó por el delito de acto sexual violento, mientras que la decisión de segunda instancia si bien mantuvo el carácter condenatorio del fallo, modificó la calificación jurídica a acto sexual abusivo con incapaz de resistir. [...]

Refulge para la Sala que la argumentación aportada por el fallador de segunda instancia observa los derroteros fijados para que opere la modificación de la calificación jurídica, estos son: (i) que se mantuvo la congruencia fáctica entre la acusación y el fallo impugnado; (ii) la conducta por la que se emite condena resultó de igual entidad punitiva a la propuesta en la acusación, (iii) el delito por el que se condena debe ser del

mismo género de los incluidos en la acusación, y (iv) que con el cambio de calificación jurídica no se cause perjuicio a los sujetos procesales y demás intervinientes.

De esta manera, queda claro que el Tribunal no alteró el núcleo fáctico de la imputación. Frente a este punto cabe aclarar que una cosa es que en la sentencia se cambien -por supresión, adición o tergiversación- los hechos planteados por la Fiscalía en la acusación (lo que no ocurrió en este caso), y otra muy distinta que se discuta sobre el sentido y alcance de los hechos descritos en abstracto por el legislador como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, pues esto último, sin duda, está en el ámbito de la interpretación y aplicación de la ley.

La anterior aclaración es necesaria porque, durante su intervención, el impugnante sostuvo que si bien ambos delitos son de carácter sexual, se sorprendió a la defensa sobre el hecho de que la víctima se encontrara en un estado que le permitiera resistir la agresión sexual., por lo que, a su parecer, el Tribunal alteró el núcleo fáctico de la acusación.

De acuerdo a las probanzas de este asunto, desde la acusación, como ya se dijo, la defensa conoció que la Fiscalía al fijar los hechos jurídicamente relevantes en la acusación, puso de presente que la agresión sexual en contra de la víctima se produjo mientras ella dormía en la habitación que para la madrugada del 27 de octubre de 2020 compartía con el procesado.

Así las cosas, La Sala, ha señalado presupuestos claros con ocasión a definir los delitos de índole sexual que el legislador pretendió proteger: “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia.”.

Ahora, tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esto es, el acto sexual abusivo con incapaz de resistir, se pueden verificar, entre otras hipótesis, con persona en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir”, es decir, estar en condiciones que no le permiten comprender esa actividad sexual o prestar su consentimiento para ello.

Así, su materialidad se constituye más que en la realización del comportamiento libidinoso, el que este se haya producido valiéndose de la

imposibilidad de la víctima para comprender o autorizar dicho encuentro, teniendo en cuenta que en tales circunstancias “se enerva su libertad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”.

[...]

De manera que, los casos en que la víctima se encuentra en circunstancias de inconsciencia, son entendidos como episodios temporales durante los cuales la persona está en imposibilidad de manifestar su aceptación o rechazo, entre otros, por el sueño y las condiciones de disminución de los sentidos, que impiden reacción oportuna al ataque, aspectos sobre los cuales la Sala tiene dicho:

“Estado de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, la inconsciencia es despersonalización, aunque psicológicamente la víctima oponga relativa

resistencia acorde con su inteligencia normal y su afectividad constante, a las agresiones físicas o que atentan contra los principios y virtudes forjados durante su existencia, es decir, para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor. (...)

Así, los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones”

De lo anterior se desprende, contrario a lo argumentado por el libelista, que para la estructuración del tipo penal de acto sexual con persona en incapacidad de resistir no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, suficiente es que a consecuencia del sueño se altere su proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor».

LIBERTAD CONDICIONAL - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta el grado de cumplimiento de los fines de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta los actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite o durante la ejecución de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el juez no tiene la facultad de prescindir del estudio de alguno de los señalados para concederla / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el legislador no estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: no es un derecho que se adquiere automáticamente por el transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario

La Sala de Casación Penal se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de GEMF en contra del Auto AEP080 de 18 de julio de 2024 proferido por la Sala Especial de Primera Instancia, que negó la petición de libertad condicional.

La Sala confirmó la providencia impugnada, debido a que, la primera instancia siguió los precedentes uniformes de la Corporación, que indican que la libertad condicional no se adquiere automáticamente al cumplir las condiciones de elegibilidad de la ley.

Igualmente, la decisión negativa cumplió con la carga de argumentación que le corresponde, al estar fundamentada en que no se ha completado la primera fase de tratamiento penitenciario, relacionada con la gravedad de los hechos y las circunstancias específicas de los mismos, así

como la falta de demostración satisfactoria del proceso de reinserción.

AP4975-2024(67037) de 04/09/2024

Magistrado Ponente:

Gerardo Barbosa Castillo

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 12 de agosto de 2021, la Sala de primera instancia dictó sentencia mediante la cual se declaró la cesación del procedimiento por el delito de utilización a asunto sometido a secreto o reserva, absolvió a GEMF del delito de prevaricato por acción y lo condenó, en calidad de autor, del concurso heterogéneo de las conductas punibles de concierto para delinquir, cohecho propio y prevaricato por omisión. Asimismo, le impuso la pena principal de 116 meses y 12 días de prisión y negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, entre otras determinaciones.

2. El 12 de julio de 2024, el defensor de GEMF solicitó su libertad condicional, como quiera que: (i) ha afrontado 62 meses de privación efectiva de la libertad, más el tiempo de redención que, a 20 de junio de 2024, correspondía a 14 meses y 28 días-, para un total de 76 meses y 28 días, por lo que se han cumplido las 3 /5 partes de la pena; (ii) ha observado una conducta ejemplar, en el nivel de excelencia, durante todo el tiempo de detención e, incluso, recibió felicitaciones debido a su buen comportamiento, por parte del director de la Cárcel y Penitenciaria de Alta y Media Seguridad para Miembros de la Fuerza Pública; (iii) se ha demostrado su arraigo familiar y social, como se constataba con el informe de visita domiciliaria, estudio de arraigo familiar y «Concepto tratamiento penitenciario» de 11 de junio de este año y (iv) no se le condenó al pago de perjuicios, por lo que no es necesario verificar este requisito.

3. De manera complementaria, el 18 de julio de este año, la defensa allegó las certificaciones en las que se informaba que el procesado asumió la representación del comité espiritual de la institución penitenciaria, así como las horas de estudio cumplidas en el curso de teología realizado con el Obispado Castrense de Colombia -7 semestres, 112 semanas y 224 horas cátedra-, para así demostrar las actividades desarrolladas

en su proceso de resocialización -equivalentes a 448 horas-.

4. El pasado 11 de julio, el director del establecimiento carcelario en el que GEMF se encuentra recluso, formuló una petición similar.

5. El 18 de julio de 2024, la Sala Especial de Primera Instancia, al resolver las solicitudes anteriores, (i) reconoció 15 meses y 5 días de redención punitiva por estudio a favor de GEMF y (ii) negó su libertad condicional.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LIBERTAD CONDICIONAL - (Ley 1709): Valoración de la conducta punible, elementos que abarca / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): Valoración de la conducta punible, no vulnera el non bis in idem / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria

«El estudio de la petición de libertad condicional no corresponde a una comprobación mecánica de requisitos formales -tiempo cumplido de pena, certificaciones de buena conducta, etc.-, que siempre proporcione la misma respuesta. Por el contrario, cada una de las condiciones exigidas por la ley deberán ser comprobadas en cada caso y aportarán elementos útiles que permitan, en un verdadero ejercicio de ponderación, determinar si el lapso transcurrido en privación de la libertad y el pronóstico de resocialización o readaptación social del condenado hacen viable la libertad condicional.

Asimismo, tampoco es posible asignar un determinado valor o peso anticipado a cada uno de esos criterios. Si bien el comportamiento del sentenciado con posterioridad a la emisión de condena es un factor indispensable y significativo a tener en cuenta para evaluar el proceso de resocialización, no por ello siempre se debe imponer sobre el criterio de valoración de la conducta punible o de cualquier otro.

De considerarse que este último elemento no tiene ninguna importancia -valoración de la conducta-, se concluiría que el legislador incluyó un criterio que no tiene ninguna consecuencia jurídica o que solo prevé consecuencias innecesarias, lo cual sería contrario al principio de efecto útil de las normas. Así las cosas, el funcionario judicial debe considerar, con igual

rigor y seriedad, tanto la valoración de la conducta -con todas las circunstancias que rodearon el delito y a la persona sentenciada-, como el comportamiento intramural del condenado, entre otros aspectos, a efecto de determinar la continuidad del tratamiento penitenciario. Al juez le corresponde ponderar en qué medida se ha cumplido con la retribución justa y a partir de cuándo y con qué elementos de juicio, ha operado una resocialización satisfactoria»

PENA - Fines: teorías / **PENA** - Fines: prevención general positiva / **PENA** - Fines: prevención especial / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: reglas jurisprudenciales / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta el grado de cumplimiento de los fines de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: el Juez debe tener en cuenta los actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite o durante la ejecución de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el juez no tiene la facultad de prescindir del estudio de alguno de los señalados para concederla / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos: el legislador no estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes

«El concepto de pena ha tenido una constante evolución, vinculado con el contexto político, social y económico de una comunidad determinada, así como las finalidades asignadas a la misma. Así, se encuentran las teorías absolutas y, en particular, la de la retribución, que le niega a la pena una utilidad específica, al considerarla como la realización condigna de la justicia, debido al mal causado por la comisión de una conducta reprochable; como también teorías relativas, que plantean fines determinados a la pena, bien sean de prevención general, especial o mixta -unificadoras de todos los anteriores criterios bajo un solo concepto-.

En las últimas décadas se han planteado nuevas alternativas, que han dado especial énfasis al fin de prevención general positivo. Así, mientras para un sector del debate teórico, lo importante es reafirmar la vigencia de la norma, para otros, lo relevante es la protección de bienes jurídicos relevantes para la convivencia pacífica de la sociedad, propósito último para el que se trata de armonizar los fines de prevención general y de prevención especial.

La idea central de esta última postura alude a las distintas fases que tiene la pena, desde el surgimiento de la norma dentro del ordenamiento jurídico, pasando por la imposición judicial de la pena, hasta la ejecución de la misma, y cada uno de esos momentos cumple un fin determinado, sea de prevención general y /o especial. Además, cada una de esas fases son necesarias y se complementan entre sí, por lo que no se podría prescindir de ninguna de ellas, dado que, por el contrario, de una depende el logro de la otra.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha indicado que la ejecución de la pena debe estar orientada, de manera preponderante, por un fin de prevención especial positiva, es decir, que busca la resocialización de la persona condenada. De todas maneras, «no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. Así, dice al respecto Herbert Hart, que 'las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás'» (CC C-294-2021).

En particular, los subrogados penales han sido entendidos como mecanismos que definen el límite mínimo (no el máximo) de la retribución justa y confirman el fin de resocialización de la pena. Por ello, en cada caso deberá determinarse, valorados todos los aspectos exigidos por la ley, si la reinserción del individuo a la comunidad se puede alcanzar o no con opciones distintas a la privación efectiva de la libertad del individuo. Es por eso que se ha aludido a un ejercicio valorativo, en el que se deberá analizar cada requisito y determinar el peso concreto que tiene cada elemento frente a las funciones legalmente reconocidas para la pena.

Las anteriores consideraciones han sido retomadas por esta Corporación al momento de resolver peticiones relacionadas con el subrogado de la libertad condicional, por lo que existe una línea consolidada, de la cual podrían destacarse las siguientes notas características, aunque, por supuesto, sin agotar la jurisprudencia en esta materia:

- El legislador no le otorgó al juez la facultad de prescindir del estudio de alguno de los requisitos señalados en la ley, bajo ningún argumento -por ejemplo, la crisis carcelaria o el cumplimiento de uno de los fines de la pena, como es el de reinserción social-, ni tampoco estableció un orden previo entre ellos, por lo que ninguno prevalece sobre los restantes (CSJ AP8301-2016. Rad. 49278).

- De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 guarda conformidad con los principios de non bis in ídem, juez natural y separación de poderes, así como los derechos humanos contenidos en los tratados, que prevalecen en el orden interno. En coherencia con lo anterior, el juez de ejecución de penas, o el que sea competente, deberá analizar, de manera previa, la conducta punible, «labor que no excluye la evaluación de la gravedad de las acciones u omisiones materializadas por el reo » (CSJ STP, 27 de Ene. de 2015, rad. 77312, citada en CSJ STP2525-2017. Rad. 90489).

- El juez de primera instancia obra correctamente si, a partir de razones concretas contenidas en el fallo condenatorio, como la posición del sentenciado en la sociedad, la defraudación de la confianza por parte de la comunidad, la deliberada y consciente afectación de bienes jurídicos, «el desmedro a la imagen de la administración pública y a la credibilidad que debe existir en el conglomerado social respecto de sus gobernantes», se establece un pronóstico negativo para conceder el subrogado de la libertad condicional. Lo anterior, en coherencia con los fines de prevención general y especial de la pena y, en concreto, el mensaje nocivo que se enviaría a la comunidad, de que no sería necesario cumplir la sanción condigna que le corresponde al sentenciado (CSJ AP260-2021. Rad. 58799).

- En la labor de la valoración de la conducta, «no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad y los antecedentes de orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social, por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el ‘impacto social que genera la comisión del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes’ » (CSJ AP4142-2021. Rad. 59888).

- La resocialización constituye un fin primordial de la pena en un Estado social de derecho y por ello es un elemento preponderante al momento de resolver las peticiones de libertad condicional. Así las cosas, el proceso penitenciario tiene carácter progresivo y prepara de manera paulatina al sentenciado para su reincorporación a la sociedad.

Bajo ese marco orientador, en cada caso concreto, se deben analizar los elementos favorables o desfavorables del sentenciado, con el propósito de determinar el grado de cumplimiento de los fines de la pena. Es decir, sea que se trate de actos realizados por el procesado durante el desarrollo del trámite -vgr. manifestaciones de arrepentimiento y asunción de responsabilidad por los hechos cometidos, toma de conciencia de su falta, reconocimiento del daño causado, ofrecimiento de actos de reparación, materiales y no materiales- o durante la ejecución de la pena, que permitan variar la situación inicial -vgr. excusas públicas por las conductas realizadas y reparación integral a todas las víctimas-, el juez deberá tener en cuenta todos estos aspectos para concluir si el concepto es positivo o no frente al proceso de resocialización (CSJ AP-2977-2022, Rad. 61471 y AP-3348-2022, Rad. 61616).

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada y consistente en señalar que, la sola gravedad de la conducta no basta para decidir sobre la concesión del subrogado de libertad condicional, por lo que deben ponderarse con otros factores, como las circunstancias que enmarcaron la ejecución de la conducta punible -no solo las desfavorables, sino también las favorables-, el comportamiento del procesado en prisión y todos aquellos elementos que permitan determinar si se justifica la continuación de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en la modalidad intramural o domiciliaria.

No se trata entonces de exigir una carga especial a la defensa, que le imponga demostrar requisitos adicionales, como quiera que basta observar las situaciones previas, concomitantes y posteriores al momento de la imposición de la pena, con el propósito de determinar el real compromiso del sentenciado frente a su proceso de readaptación a la vida en comunidad. A lo anterior se suma el deber del juez de evaluar, incluso de manera oficiosa, todos aquellos aspectos que permitan sustentar adecuadamente el reconocimiento o no del derecho a la libertad condicional.

Precisamente, en aquellos casos en que se otorgó tal subrogado -vgr. Rad. 61471, citado por la defensa técnica, y Rad. 61616, citado por el procesado-, se tuvieron en cuenta muestras de adaptación y enmienda asumidas por el peticionario de la libertad, no solo durante la fase intramural -las manifestaciones de arrepentimiento divulgadas en medios de comunicación o la reparación total a las víctimas-, sino también durante la etapa de juicio del proceso -aceptación de los cargos y la presentación de excusas a todos los afectados con los comportamientos objeto de condena, tal como se pactó dentro del incidente de reparación integral- las que finalmente permitieron, en cada caso, constatar el grado de cumplimiento del fin de prevención especial»

LIBERTAD CONDICIONAL - Procedencia: no es un derecho que se adquiere automáticamente por el transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario

«[...] la Sala observa que la decisión recurrida, al encontrarse debidamente sustentada con las consideraciones fácticas, probatorias y jurídicas que determinaron su negativa, se advierte razonable y plausible, sin que los argumentos de la apelación, coadyuvados por el procesado como no recurrente, logren rebatir sus fundamentos.

En efecto, como se indicó anteriormente, no es cierto que se hubieran creado reglas nuevas para la solución de este caso, o que se hubiere omitido explicar el conjunto de valoraciones que determinaron el rechazo de la petición de libertad condicional. Por el contrario, la Sala Especial, a partir del marco propio de la sentencia condenatoria, explicó por qué, atendidos todos los factores a tener en cuenta, el comportamiento penitenciario asumido por el procesado durante su período de detención no resultaba suficiente para otorgar su libertad condicional, al concluir que, la fase de readaptación y resocialización del procesado aún no se ha consolidado. Tal conclusión no riñe con la normativa y los precedentes jurisprudenciales vigentes.

En estricto sentido el recurrente no controvertió el análisis expuesto por la Sala Especial. Lo que hizo el defensor del procesado fue una descalificación general de la decisión recurrida - desde su propio entendimiento de la cuestión- y concluyó que debía privilegiarse el elemento de la conducta certificada en el centro de reclusión, pero sin demostrar que la providencia recurrida

desatiende las reglas y estándares definidos por el legislador para la concesión de la libertad condicional. La preferencia expuesta por el recurrente, en el sentido de que el buen comportamiento intramural durante el periodo mínimo de ejecución de la pena exigido legalmente es lo único exigible para el otorgamiento de la libertad condicional, no es argumento que controvierta en forma eficaz la providencia objeto de apelación.

Es pertinente reiterar que dentro del contexto normativo colombiano, la libertad condicional no hace parte de los mecanismos que la ley prohíbe reconocer frente a determinadas hipótesis delictivas; sin embargo, no por ello se trata de un derecho que se adquiere mecánica o automáticamente por el simple transcurso del tiempo y el buen comportamiento intracarcelario.

De seguirse esa lógica, la pena no sería aquella que se impuso en la respectiva sentencia, acorde con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, sino solo una fracción de ella - 3 /5 partes de la pena o una superior, como en su momento llegó a establecerse-, lo cual llevaría a consecuencias inadmisibles o indeseables - frente a la misma función del Estado de garantizar la libertad y derechos fundamentales, así como la protección de los bienes jurídicos más importantes, con el fin de asegurar la convivencia pacífica de los asociados-.

Bajo el modelo nacional es claro que, entre los fines de la pena, está reconocido el de retribución justa, complementado con otros, como el de la resocialización. Asimismo, la legislación penal reconoce que, durante la ejecución de la pena, el fin de la prevención especial o de la reinserción tendrá una especial preponderancia.

Sin embargo, ese fin de resocialización o rehabilitación tiene fases, que buscan, de manera progresiva, preparar al individuo para la reincorporación a la comunidad. Si se revisa, por ejemplo, el Código Penitenciario y Carcelario, en esta normativa se identifican varias fases del tratamiento penitenciario que inicia con la observación, diagnóstico y clasificación del interno y que busca finalizar con una etapa de confianza -Ley 65 de 1993, art. 144-. La primera fase es la más exigente y en ella se sientan las bases para que el interno rectifique y redirija su conducta hacia la efectiva reinserción a la sociedad, con todas sus pautas y normas sociales.

De lo expuesto por la Sala a quo, ese primer estadio aún no se ha superado, como quiera que, en este caso en particular, el cumplimiento de solo una parte de la pena no permite dar por satisfechos los fines de la pena, para lo cual se enumeraron las varias razones que permitieron hacer una valoración negativa sobre este aspecto, sin que el recurrente logre demostrar que su decisión esté equivocada.

Para esta Sala resulta evidente que el planteamiento de la primera instancia responde a los precedentes uniformes de la Corporación conforme a los cuales, de una parte, no se reconoce que la libertad condicional corresponda a un derecho que se adquiriera automáticamente por el cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas por la ley. De otra parte, la carga de argumentación que le corresponde como regla general al juez de ejecución de penas, o en casos como este al juez de primera instancia, radica en advertir si la negativa se fundamenta en el no agotamiento de esa primera fase de tratamiento penitenciario, que guarda estrecha

relación con la gravedad de los hechos y las circunstancias específicas del mismo, así como la no demostración satisfactoria del proceso de reinserción, análisis que efectivamente se llevó a cabo.

Así las cosas, si bien la decisión de primera instancia resulta razonable en este momento y no está llamado a prosperar el recurso de apelación, ello no significa, como lo sugiere el recurrente, que la Sala Especial exija desde ahora el cumplimiento total de la pena. El otorgamiento de este subrogado penal, si el fallo de responsabilidad fuera confirmado, dependerá de la constatación de un efectivo compromiso del sentenciado, frente al fin principal de la resocialización en esta etapa. Estas muestras claras del proceso de readaptación pueden ser variadas, como se indicó anteriormente al repasar la jurisprudencia de esta Corporación, e incluso pueden ser reconocidas oficiosamente por el juez de ejecución de penas o por el funcionario competente en su oportunidad».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá