



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RELATORIA SALA PENAL

**Boletín Informativo**

**24 de abril de 2013**

El presente boletín contiene un resumen emitido por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de las providencias relevantes recientemente proferidas por la Sala

**Sentencia. Rad. N° 35127 17/04/2013 M.P. Dr. JOSÉ  
LUIS BARCELÓ CAMACHO**

### **NO CASA LA SENTENCIA CONDENATORIA PROFERIDA CONTRA QUINCE MILITARES DEL EJÉRCITO POR LA MASACRE DE JAMUNDÍ**

**TEMAS:** FUERO MILITAR-Conductas en relación con el servicio: No son aquéllas derivadas de una orden falsamente motivada /SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Diligencias que no requieren orden judicial previa: Recolección de evidencia en la inspección durante la investigación, salvo afectación a derechos fundamentales / SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Cadena de custodia: Técnica para alegar su vulneración en casación / SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Cadena de custodia: Incide en la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física /SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Diligencias que requieren control judicial posterior: Búsqueda en bases de datos, no es lo mismo que recuperación y análisis de un documento electrónico, información en teléfono celular /SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Información dejada al navegar por internet y otros medios: Trámite de la audiencia /HOMICIDIO-Agravado: Contra servidor público con ocasión del cargo

### **HECHOS Y ANTECEDENTES:**

El 22 de mayo de 2006, un grupo de 7 hombres de la Policía Nacional del Grupo Investigativo de Hidrocarburos, se encontraban practicando un operativo en la zona semiurbana del municipio de Jamundí guiados por el informante L.E.B.Z., “*encaminado a la búsqueda de sustancia estupefaciente*”. En el instante que los policías requerían a los moradores del inmueble para permitirles su ingreso, un grupo de militares abrió “*fuego en contra de aquéllos, provocando así la muerte de todos los policías, incluido el civil*”.

Los militares se encontraban en cumplimiento de una orden de operaciones “*la cual resultó falsamente motivada*”. El T.C. B.G.C.O., “*guió la operación y se abstuvo de suspenderla, no obstante los perentorios reclamos de sus superiores; una vez producido el*

*resultado descrito, la escena del múltiple crimen fue alterada, al tiempo que los miembros del Ejército impidieron el acceso de la autoridad de policía*”.

El T.C. B.G.C.O y el T. H.E.C.A. fueron condenados en primera instancia como determinador el primero y coautor el segundo, por el delito de homicidio agravado. Los demás procesados fueron condenados como coautores del mismo delito. El Tribunal Superior modificó el fallo condenatorio en cuanto a la tipificación de la conducta y la imposición de la pena.

### **EL RECURSO**

Los defensores del T.C. B.G.C.O y el T. H. E. C.A, presentaron demanda de casación. El primero, por el único cargo de falso racionio. El segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad y, los subsidiarios de falso racionio y nulidad.

### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

«Desde la creación de la orden falsamente motivada por parte del oficial (...), todo el procedimiento que de allí se derivó se produjo al margen de cualquier misión de las que son propias y legítimas de las Fuerzas Armadas.

Por todo ello, no puede ser de recibo el argumento del casacionista, en el sentido de que en el juicio se demostraron los presupuestos para mutar la determinación de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que acertadamente dirimió la competencia para tramitar este proceso hacia los tribunales ordinarios y no a la justicia castrense.»

«2.2. Autorización para realizar el procedimiento de recolección de los teléfonos celulares.

Ahora bien, como claramente se desprende de los textos legales, para realizar dicha operación no se requería de una orden judicial previamente emitida por un juez de garantías, toda vez que el procedimiento para la aprehensión de los aparatos que cuestiona el censor tuvo lugar en el curso de una inspección realizada por servidores con funciones de policía judicial, quienes actuaron en ejercicio de su deber de registrar,

identificar, recoger y embalar la evidencia física y elementos materiales probatorios.

(...)

Como ocurrió en este caso, los investigadores del CTI, en ejercicio de funciones de policía judicial, tienen la facultad para recoger y asegurar elementos materiales probatorios inmediatamente tengan conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir delito, actuación que no requiere autorización previa de un juez de garantías.

En contraste, los actos de verificación desarrollados en esa etapa, que involucren afectación de garantías fundamentales, quedan excluidos del cumplimiento de dicha regla, por la expresa disposición del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal de 2004.»

«La cadena de custodia es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.»

«En cuanto a la omisión consistente en no citar el juez de garantías a los defensores de los hoy sentenciados para que comparecieran a la audiencia de control posterior de la extracción de información de los teléfonos celulares incautados y, en consecuencia, negarles la oportunidad para denunciar las anomalías en la obtención de la evidencia física, es preciso señalar, como bien lo hace la representante del Ministerio Público, que el censor se equivoca al asegurar que se ha debido proceder como en los casos de búsqueda selectiva en bases de datos.

Dicha afirmación es del todo errada, porque el aparato celular de donde se extrae la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, de allí que no sea de aquella susceptible de afectar la garantía al hábeas data.

Por lo tanto, el control posterior de dicho procedimiento de investigación se realiza conforme el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y no el 244 de la misma obra, pues esta última se refiere a una

diligencia de diferente naturaleza.»

«La citación que hoy echa de menos el impugnante no era exigible en su momento y, por lo tanto, carece de toda relevancia para incidir en la legalidad de la prueba.

En efecto, es necesario decir que el inciso segundo del artículo 237 original de la Ley 906 de 2004 enunciaba quiénes podían asistir a la audiencia de control posterior, en los siguientes términos: “durante el trámite de la audiencia solo podrá asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia”.

A lo anterior debe agregarse que, de acuerdo con el párrafo de la misma norma, si el cumplimiento de la orden de extracción de información se había cumplido con posterioridad a la formulación de imputación se debía citar al imputado y a su defensor para que, “si lo desean” pudieran ejercer el contradictorio.

Pero esta parte de la norma no era en su momento aplicable al caso, porque cuando se llevó a cabo la diligencia de control de legalidad el 31 de mayo de 2006, aún no se había formulado la imputación, razón por la cual dicha citación no era procedente, pues los hoy procesados tenían entonces la calidad de indiciados.

Ahora bien, para esa época aún no había sido proferida la sentencia C-025 del 27 de enero de 2009, la cual declaró condicionalmente exequible el inciso 2° del artículo 237, siempre que se entendiera que “cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”.

De suerte que al tramitarse la audiencia de control posterior a la extracción de información de los teléfonos celulares, sin la presencia del indiciado y su defensor, se cumplió con lo normado en la ley entonces vigente, pues el pronunciamiento de constitucionalidad solamente podría tener efectos para el futuro y no para casos tramitados con anterioridad.»

«La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia llama la atención sobre la ostensible desproporción que representa la calificación de la muerte de diez miembros de la Policía Nacional (Comisión Especial Cali y Grupo de Investigación de Hidrocarburos) y un civil, por parte de un contingente al

mando de los oficiales del Ejército Nacional (...) y (...), según hechos ocurridos el 22 de mayo de 2006, como homicidios simples y culposos.

En tal sentido, para la Sala resulta incomprensible que el sentenciador de segundo grado hubiera desestimado las causales de agravación de una conducta que, como la descrita, configura una ejecución extrajudicial, con el argumento de que los oficiales mencionados y sus subalternos no conocían la condición de miembros de la Fuerza Pública de las víctimas.

Al respecto, el razonamiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali se ofrece inconsistente, pues no resulta lógico apreciar, en primer lugar, que las condiciones de visibilidad en el lugar y a la hora de la masacre eran óptimas para impactar a las víctimas precisamente en el cráneo, con proyectiles de alta velocidad, desde distancias que promediaron los 40mt., para luego sostener, de manera contradictoria, que las mismas condiciones no eran adecuadas para constatar que algunas de las víctimas vestían chalecos y gorras con la leyenda ‘DIJIN’, lo que obviamente permitía conocer su calidad y, por lo tanto, aplicar el incremento punitivo del artículo 104-10 del Código Penal.>>

#### DECISIÓN:

No casa

**Auto. Rad. N° 40617 10/04/2013 M.P. Dra. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: LAS SALAS DE JUSTICIA Y PAZ CONOCEN DEL INCIDENTE DE RESTITUCIÓN INICIADO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1592 DE 2012 POR BIENES SOBRE LOS QUE PESA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL**

**(ADEMÁS LA INSCRIPCIÓN DEL TRÁMITE DE INCIDENTE DE CANCELACIÓN DE TÍTULOS FRAUDULENTOS Y RESTITUCIÓN DE BIENES PROCEDE CON MEDIDA CAUTELAR BAJO LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ)**

**TEMAS:** LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Bienes: Aquéllos susceptibles de extinción de dominio son los que se pueden incluir en el trámite de justicia y paz/LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Extinción de dominio: Bienes susceptibles de ella /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Bienes: Vocación reparadora / LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Restitución de bienes: Competencia, depende si el bien está o no cautelado y de la fecha en que se inició el incidente /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Medidas cautelares: Oposición /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Bienes: Diferencias entre la restitución por desalojo y la oposición a las medidas cautelares /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Restitución de bienes: Trámite, tránsito

legislativo, Ley 1592 de 2012 /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Medidas cautelares: Inscripción del trámite incidental, similar a la inscripción de la demanda

#### HECHOS Y ANTECEDENTES:

Iniciado el incidente de restitución de bienes, el Magistrado de Control de Garantías “*con fundamento en el canon 17B de la Ley 975 de 2005, adicionado por la Ley 1592 de 2012, revocó el auto que admitió el trámite, rechazó de plano la solicitud por falta de jurisdicción y competencia sobreviniente y dispuso su remisión a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Así mismo, ordenó la cancelación de la inscripción del incidente en los folios de matrícula inmobiliaria*”.

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

«El artículo 15 de la Ley 1592 de 2012 introdujo el artículo 17A, cuyo contenido es el siguiente,

“(…)”.

Esta preceptiva indica que los bienes que deben incluirse en el trámite de Justicia y Paz son los susceptibles de extinción de dominio, cuya declaratoria debe hacerse en la sentencia, tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012.

Entonces, están destinados a la extinción de dominio dentro del trámite de Justicia y Paz,

i) Los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral de las víctimas y,

ii) Los bienes identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones que tengan la vocación de contribuir a la reparación de las víctimas y puedan ser objeto de extinción de dominio en la sentencia de justicia transicional.

(...)

Conviene advertir que si bien los inmuebles intervenidos en el incidente examinado no fueron ofrecidos por los postulados para contribuir a la reparación de las víctimas y, por ello, al tenor de lo previsto en el artículo 17A de la Ley 1592 de 2012, no son de aquellos destinados a ingresar a Justicia y Paz, lo cierto es que el trámite incidental se inició antes de entrar a regir esa normatividad, esto es, cuando no existía definición legal sobre las propiedades susceptibles de este procedimiento transicional.

En efecto, la primigenia Ley 975 de 2005 no precisaba los bienes que podían afectarse en el proceso allí regulado, motivo por el cual todas las peticiones

relacionadas con predios afectados por el fenómeno de violencia causado por grupos armados organizados al margen de la ley se encausaron a través del proceso de Justicia y Paz, máxime cuando el artículo 46 íbidem establecía,

“(…)”.

Es decir, se incluía dentro de las finalidades de la Ley 975 de 2005 propender por la restitución de los bienes de las víctimas de los postulados y de los grupos armados ilegales vinculados a ese trámite.

Sólo con la expedición de la Ley 1448 de 2011, por cuyo medio se creó la jurisdicción de Restitución de Tierras, la situación empezó a modificarse. Así, la Sala en varios pronunciamientos deslindó los asuntos a tramitarse en Justicia y Paz y en Ley de Víctimas.

“(…)”.

Los criterios expuestos por la Sala fueron acogidos por los legisladores en el artículo 17A de la Ley 1592 de 2012, tal como se expuso con antelación. Sin embargo, el citado estatuto también estableció un régimen de transición para los eventos donde se encontraba en curso una solicitud de restitución y se había proferido medida cautelar, siendo imperativo en ese caso culminar el trámite incidental al interior de Justicia y Paz.

En síntesis, como al entrar a regir la reforma contenida en la Ley 1592 de 2012 existían medidas cautelares sobre los bienes objeto del incidente, se colman los presupuestos del artículo 38 íbidem para que se continúe, de manera excepcional, el trámite incidental de cancelación de títulos fraudulentos y restitución en la jurisdicción de Justicia y Paz.»

**«a) Se presente solicitud de restitución de un bien cautelado en Justicia y Paz por personas que alegan el despojo del bien.**

En esta hipótesis se procede conforme a lo estipulado en el parágrafo 2 del artículo 17B,

“(…)”.

Así, cuando un bien ha sido sometido a medida cautelar dentro del trámite de Justicia y Paz en tanto fue entregado, ofrecido o denunciado por el postulado para contribuir a la reparación integral de las víctimas o fue identificado por la Fiscalía General de la Nación como bien con vocación de contribuir a ese objetivo, y con posterioridad a la cautela se presenta petición de restitución del bien, el Magistrado de Control de Garantías, por disposición legal, debe enviar la solicitud a Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas donde se adelantará

el trámite previsto en la Ley 1448 de 2011.

Por tanto, constituye exigencia sine que non para acudir a dicha regla que, i) exista medida cautelar sobre el bien afectado dentro de Justicia y Paz y ii), con posterioridad a la misma se presente solicitud de restitución por parte de quien aduce haber sido despojado de la titularidad o posesión del bien.

(...)

La regla general consagrada en la Ley 975 de 2005 indica que las solicitudes de restitución de bienes despojados o abandonados a causa de la violencia generada por los grupos armados organizados al margen de la ley deben tramitarse en el marco de la Ley 1448 de 2011 conocida también como Ley de Víctimas o Ley de Restitución de Tierras.

Con todo, el artículo 38 de la Ley 1592 de 2012 estableció una excepción, a saber: cuando al entrar a regir esa normativa se encontraba en curso un incidente de restitución de bienes, el mismo debe continuar su trámite en la jurisdicción de Justicia y Paz, siempre y cuando exista medida cautelar sobre el bien.»

«En ese orden, los incidentes para la restitución de tierras que se encontraban en curso al 3 de diciembre de 2012 deben continuarse tramitando dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz, siempre y cuando, para esa fecha existiere medida cautelar sobre el bien objeto del mismo. En tal hipótesis, el trámite se seguirá bajo las pautas del procedimiento diseñado en el canon 39 de la Ley 1592 de 2012, que incluyen la aplicación de las presunciones de despojo previstas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, así como las figuras de compensación en especie y reubicación en los casos que no sea posible restituir a la víctima en el predio despojado, entre otras.

Dicha excepción explica, además, que se mantenga la atribución de competencia a los Magistrados de Control de Garantías para conocer de la solicitud de restitución y/o cancelación de títulos fraudulentos contenida en el numeral 5 del artículo 13 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 9 de la Ley 1592 de 2012.

En sentido opuesto, si al entrar a regir la Ley 1592 de 2012 se adelantaba algún trámite de restitución en donde no se hubiesen gravado los bienes involucrados con medidas cautelares, el Magistrado de Control de Garantías no puede continuar con la actuación y debe remitirla al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, en tanto no se satisface el presupuesto que habilita la competencia de la jurisdicción de Justicia y Paz para mantener el conocimiento del asunto.»

«El Magistrado a quo directamente libró oficio No. 1950 con destino a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Turbo, por cuyo medio ordenó inscribir en los folios de matrícula inmobiliaria allí relacionados “la existencia de trámite de incidente en el que se solicita la cancelación de títulos fraudulentos y la restitución”, oportunidad en la cual indicó que “esta medida resulta análoga a aquella por la que se inscribe una demanda en el folio de matrícula inmobiliaria”.

(...)

Si bien la Ley 975 de 2005 no menciona la inscripción de la demanda como medida cautelar aplicable en justicia transicional, no existe prohibición para utilizarla y, además, en algunos eventos resulta adecuada para lograr los propósitos de asegurar los bienes y alertar a la comunidad sobre las implicaciones jurídicas de celebrar transacciones respecto de inmuebles sometidos al trámite de Justicia y Paz.

De igual forma, se trata de una medida cautelar reglada en el Código de Procedimiento Civil, ordenamiento jurídico aplicable de forma residual en virtud del principio de complementariedad del artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

En ese orden, resulta procedente su uso en Justicia y Paz, siempre y cuando se atienda su naturaleza jurídica y las reglas que la gobiernan.>>

#### **DECISIÓN:**

Revoca decisión y dispone proseguir con el trámite incidental.

**Auto. Rad. N° 40836 10/04/2013 M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

#### **LEY DE JUSTICIA Y PAZ: LAS SALAS DE JUSTICIA Y PAZ PERDERÁN LA COMPETENCIA PARA SEGUIR CONOCIENDO DEL INCIDENTE DE RESTITUCIÓN INICIADO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1592 DE 2012 POR BIENES SOBRE LOS QUE NO PESA MEDIDA CAUTELAR**

**TEMAS:** LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Extinción de dominio: Bienes susceptibles de ella /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Medidas cautelares: Trámite /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Restitución de bienes: Competencia, depende si el bien está o no cautelado y de la fecha en que se inició el incidente /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Restitución de bienes: Trámite, tránsito legislativo, Ley 1592 de 2012, incompetencia de la Sala de Justicia y Paz le impide revocar el auto que abrió el incidente

#### **HECHOS**

En el proceso seguido contra los postulados F.R.H. y D.M.C., se adelantó el incidente de restitución de tierras cuya competencia le fue asignada por la Corte a un Magistrado de Control de Garantías mediante providencia 37805 del 17 de noviembre de 2011. En desarrollo de dicho trámite, el Magistrado de Garantías se declaró “*incompetente para seguir conociendo de este asunto*” con fundamento en el parágrafo 2° del artículo 16 de la Ley 1592 de 2012.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<El 17A señala que dentro del proceso de justicia y paz serán objeto de extinción de dominio los bienes entregados, ofrecidos o denunciados por los postulados para contribuir a la reparación integral de las víctimas, así como los identificados por la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones, podrán ser cautelados de conformidad con el procedimiento dispuesto en el artículo 17B.

El parágrafo 1° de la misma norma establece que se podrá extinguir el derecho de dominio de los bienes, aun cuando sean objeto de sucesión por causa de muerte o su titularidad esté en cabeza de los herederos de los postulados. Y, el parágrafo 2° determina que la extinción de dominio también recaerá sobre los derechos reales principales y accesorios que tenga el bien, así como sobre sus frutos o rendimientos.>>

«En tratándose del incidente de restitución de tierras, el artículo 38 de la Ley 1592 de 2012 dispone:

“(…)”

Así, a partir de la vigencia de esta disposición, los magistrados con función de control de garantías de Justicia y Paz continuarán el conocimiento de los trámites incidentales de restitución de tierras siempre que el inmueble respectivo esté gravado con medida cautelar, pues en los demás casos deberá seguirse el señalado en la Ley 1448 de 2011.

Sólo por ésta circunstancia, es decir, la ausencia de medida cautelar sobre el inmueble comprometido, asiste razón al *a quo* para desprenderse de la competencia en el presente asunto »

«Frente a la manifestación de incompetencia por circunstancia sobreviniente expresada por el *a quo*, también carecía de competencia para revocar el auto por medio del cual admitió el incidente de restitución de tierras, puesto que una vez la perdió no la podía conservar para decidir sobre aspectos que le resultaban ajenos, pues simplemente debió ordenar el envío de la actuación al funcionario judicial que con fundamento en

las Leyes 1592 de 2012 y 1448 de 2011 debe continuarla, esto bajo el principio general de que las leyes rigen hacia el futuro y que los actos cumplidos se encuentran amparados por la presunción de legalidad en cuanto se ajustaron a la normas preexistentes para el momento en que se produjeron, sin perjuicio de la aplicación inmediata de las normas que fijan la sustanciación y ritualidad del proceso.>>

**DECISIÓN:**

Revoca decisión impugnada en cuanto revocó el auto por medio del cual fue admitido el trámite incidental, remite y confirma en lo demás

**SENTENCIA. Rad. N° 33431 10/04/2013 M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**APLICACIÓN DEL ARGUMENTO  
CONSECUENCIALISTA DE LA TEORÍA DE LA  
DECISIÓN PARA NO DECRETAR LA NULIDAD EN UN  
CASO EN QUE INDEBIDAMENTE NO SE ADMITIÓ LA  
DEMANDA DE PARTE CIVIL Y ADEMÁS NO SE  
ADMITE LA MISMA EN SEDE DE CASACIÓN**

(ARTÍCULO 47 DE LA LEY 600 DE 2000)

**TEMAS:** DEMANDA DE PARTE CIVIL-Oportunidad: En trámite de casación cuando la demanda se presentó antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, viabilidad /INTERPRETACION DE LA LEY-Papel del juez o del funcionario judicial: Teoría de la decisión, argumento consecuencialista.

**ANTECEDENTES:**

El 15 de julio de 2009, el Tribunal Superior de Yopal profirió sentencia condenatoria contra L.H.G.G. y R.D.H.S como autores del delito de receptación, luego de revocar la absolucón emitida en primera instancia.

Previo a ello, el 3 de julio de 2009, la apoderada de la víctima presentó demanda de parte civil, sobre la que no se pronunció el tribunal.

La defensa presentó demanda de casación.

**EL RECURSO**

La defensa de R.D.H.S. dos cargos a saber, 1) aplicación indebida del art. 447 del C.P. y exclusión evidente del art. 7 del C.P. y, 2) aplicación indebida del art. 22 del C.P. A nombre de L.H.G.G. se elevaron dos cargos por violación indirecta de la ley sustancial y uno por nulidad.

La apoderada de la víctima se opuso a los cargos de la demanda e hizo *“énfasis en que el Tribunal debió pronunciarse acerca de la demanda de constitución de parte civil”*

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<La Corte no puede pasar por alto la situación irregular que se presentó en relación con la apoderada de la propietaria de la volqueta como víctima del delito de hurto, cuando allegó su demanda de constitución de parte civil el 3 de julio de 2009, días antes de que el Tribunal emitiera el fallo condenatorio al conocer del recurso de apelación, pese a lo cual la Corporación no se pronunció al respecto.

De la misma forma, su petición posterior para que fuera adicionado el fallo a efectos de la admisión del libelo le fue negada por no estar contemplada esa posibilidad en las previsiones del artículo 412 del Código de Procedimiento Penal.

(...)

Ante esta realidad procesal surgirían dos interrogantes, si como respuesta a la afectación de las garantías de la víctima debe anularse la actuación a fin de permitirle que se constituya adecuadamente en parte civil o si tal reconocimiento es dable en este momento en sede casacional.

Para ello, acudiendo al argumento consecuencialista, con la mensurabilidad de las variables (teoría de la decisión) se deberán analizar aquellas dos proporciones condicionales de cara a establecer las consecuencias tanto de declarar la nulidad, como de hacer ahora el reconocimiento de la parte civil.

La Corte ha insistido en que la función del operador judicial como garante y protector de los derechos y garantías fundamentales, no puede quedarse en la simple aplicación de la ley, la labor hermenéutica ha de nutrirse de muchas aristas, aquí específicamente la variable que representa la anulación procesal no se compadecería con los fines de proceso, porque contribuiría a la prescripción de la acción penal, pues recuérdese que la resolución de acusación de 16 de marzo de 2007 fue confirmada el 23 de abril de 2008 y dada la punibilidad del delito de receptación, prescribe en la fase del juicio en el término de cinco (5) años.

Tampoco las consecuencias que se derivan de la variable de reconocer en esta altura procesal la constitución de parte civil encuentra justificación racional, porque si bien dada la inexecutable parcial del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-228 del 3 de abril del 2002, tal reconocimiento puede intentarse en cualquier momento, criterios de razonabilidad deben comandar la admisión, porque por ejemplo no tendría sentido ahora proceder a ello cuando se va a emitir fallo de casación ya que resultará imposible acopiar elementos de convicción tendientes a

Calle 12 No. 7 – 65 Piso 2°. Bogotá D.C.

demostrar los perjuicios, como los señalados en tal libelo relacionados con la verificación a través de prueba testimonial de las condiciones técnico-mecánicas y de funcionalidad de la volqueta que fuera hurtada, de la situación económica de (...), así como algunas experticias, entre otras pruebas, evento que conspira con la obligación legal de tasarlos.

Es que aún para acudir a la facultad discrecional que autoriza el ordenamiento sustantivo penal cuando no existe certeza sobre un monto, se debe contar con elementos de juicio relacionados con la ocupación del ofendido, la merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible, etc., para que con las reglas de la experiencia se logre establecer el justiprecio o proporción tanto del *damnum emergens* como del *lucrum cessans*.

Y no se olvide que al tiempo de admitir la demanda de constitución de parte civil se debe notificar en debida forma a quienes se quiere llamar a responder, aspecto que tampoco podía evacuarse en este momento.

Además, si se ha de asegurar que la víctima o sus representantes tengan pleno derecho a acceder a la administración de justicia, tal garantía en manera alguna puede quedar en lo meramente formal, pues implica ser escuchados y atendidos en sus peticiones con el claro ejercicio probatorio y de contradicción en plano de justicia como el prodigado al sindicado, en donde además, les asiste el derecho constitucional de participar en el proceso penal “que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño cuando este se encuentre probado”.

Aquí es evidente que la imposibilidad de citar a quienes podrían dar fe de la labor de la víctima y su relación con la volqueta hurtada impediría la cuantificación del daño, así mismo se haría nugatorio el correlato predicable de los procesados de enervar la pretensión del actor civil.

Ahora, recuérdese que el reconocimiento de parte civil no es igual o equivale indefectiblemente a tasación de perjuicios.

Por ello, ante las consecuencias que arrojan tales variables, para mantener a salvo el interés económico que pretende la víctima, no se accederá al reconocimiento de (...) como parte civil y se le instará para que acuda a la vía civil para ello.>>

**DECISIÓN:**

No casa el fallo y no reconoce parte civil.

---

**Auto. Rad. N° 39156 19/04/2013 M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.**

**EL ACTO LEGISLATIVO 06 DE 2011 NO MODIFICÓ EL FUERO CONSTITUCIONAL SINO QUE REGULÓ LA POSIBILIDAD DE DELEGAR LA FUNCIÓN**

**INVESTIGATIVA**

**(ADEMÁS LA FACULTAD DE DELEGAR INTRODUCIDA POR REFORMA CONSTITUCIONAL NO DESCONOCE EL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL Y EN CUANTO A LA NATURALEZA DE DICHO ACTO DE DELEGACIÓN)**

**TEMAS:** FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN-Facultad de delegar: Investigaciones contra aforados, vigencia del Acto Legislativo 06 de 2011 /FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN-Facultad de delegar: Investigaciones contra aforados, no desconoce el principio del juez natural /INVESTIGACIÓN PENAL-Comunicación entre funcionarios y partes debe ser formal: No a través de conversaciones informales /IMPEDIMENTO-El no separarse del conocimiento no acarrea nulidad /FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN-Facultad de delegar: Naturaleza de dicho acto

**ANTECEDENTES:**

Resuelve la Corte los recursos de reposición interpuestos contra la negativa a las nulidades y pruebas, luego de haber adelantado el trámite establecido en el art. 400 del C.P.P.

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

«Es necesario precisar que los argumentos de los recurrentes en este sentido parten de una falacia, como es sostener que el Acto Legislativo 06 de 2011 modificó el fuero constitucional y, en esa medida, atribuyó el conocimiento de los procesos seguidos en contra de los funcionarios amparados con él, al Vicefiscal o a los Fiscales Delegados ante la Corte.

Frente a este postulado, obligada se encuentra la Sala a reiterar, como lo hizo en la providencia recurrida, que ello no es así ni puede, desde ningún punto de vista, entenderse de esa manera, puesto que “la reforma introducida por el Acto Legislativo 06 de 2011 a los artículos 234, numeral 4°, y 251, numeral 1°, de la Carta Política no modificó el fuero constitucional, sino que reguló la forma en que éste puede aplicarse para los funcionarios amparados por él, permitiendo que el Fiscal General pueda delegar una función que antes le estaba atribuida de manera exclusiva y personal”.

(...)

Siendo así, corresponde reiterar que el fuero que ampara a los altos funcionarios de que tratan los artículos 174 y 235, numerales 2°, 3° y 4°, de la Carta Política es constitucional porque así lo definió y decidió

Calle 12 No. 7 – 65 Piso 2°. Bogotá D.C.

directamente el constituyente, de manera que él es el único autorizado para introducir cualquier modificación al respecto, como precisamente aquí ocurrió con la reforma introducida a los artículos 251° -1 y 235-4° a través del Acto Legislativo 06 de 2011, pues el tema del fuero no constituye una inamovible fórmula pétrea frente a la que el propio constituyente tenga vedada cualquier posibilidad de regulación -aún de cambio-, así esté apoyado en fines constitucionalmente válidos.»

«Si para el caso de los aforados constitucionales, su juez natural no es otro que el asignado por la misma Constitución en los términos en que ésta lo determine, pretender la nulidad de la actuación aduciendo su vulneración porque una reforma constitucional habilitó al competente para delegar la función al interior de la institución, no es más que desconocer el contenido y alcances que se le ha dado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Política.

(...)

Ahora, de manera más concreta, en cuanto a la exigencia de leyes preexistentes y su significado en materia de normas de procedimiento y de jurisdicción y competencia, resultan de especial importancia para este asunto las pautas fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-619 de 2001 y reiteradas en la C-200 de 2002 con ocasión del análisis que hizo del texto del artículo 40 de la Ley 153 de 1887; siendo del caso precisar en este sentido que la pertinencia de la cita lo es por el argumento jurídico constitucional mas no por el precepto legal estudiado, en tanto que, desde el punto de vista ontológico y temático, la reforma que el Acto Legislativo 06 de 2011 introdujo a los artículos 235-4° y 251° de la Carta Política contiene un aspecto -la delegación- meramente regulador del ejercicio de la competencia del juez -investigador natural de los aforados constitucionales, la cual fue aplicada por la entonces Fiscal General de la Nación, una vez entró en vigor, en los términos en que le fue permitida, tal como lo sostuvo la Sala en el auto recurrido.

(...)

Adicional a lo anterior, resulta igualmente válido precisar que si bien por virtud de la delegación -por elementales y obvias razones- el asunto no se tramita directamente por el Fiscal General de la Nación, tal situación no representa, per se, el desconocimiento del principio de juez natural, porque la titularidad de la función continúa invariablemente en el máximo jefe del ente instructor, y es él, por consiguiente, quien asume la responsabilidad del acto de delegación y mantiene el control y el poder de decisión sobre la función

delegada, pudiendo en cualquier momento reasumirla.»

«Insistió el defensor en la nulidad de la acusación por haberla proferido un funcionario que adquirió competencia con base en una resolución administrativa que estima inexistente, por no reunir los requisitos exigidos por el Código Contencioso Administrativo, tales como la motivación, la excepcionalidad de la procedencia de la delegación, la notificación personal a las partes, la publicación en el diario oficial y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa.

(...)

Las dictadas en aplicación del Acto Legislativo 06 de 2011, relacionadas con la posibilidad que hoy tiene el Fiscal General para delegar en el Vicefiscal, o en los Fiscales Delegados ante la Corte, las funciones a que se refiere el numeral primero del artículo 251 de la Carta Política, al interior del proceso penal, son en esencia judiciales y no administrativas como lo propone el apoderado del doctor (...), todo lo cual emana inescindiblemente de la naturaleza del objeto delegado, esto es, una competencia judicial atribuida única y exclusivamente al Fiscal General de la Nación, sin que por ello se entienda que deba inexorablemente ejercerla directamente, pues lo que hizo la reforma constitucional fue precisamente permitirle su ejercicio a través de la delegación.

Por esa razón las resoluciones que la Fiscalía ha publicado en el diario Oficial, las mismas que el defensor allegó en apoyo de su tesis, versan de manera exclusiva y excluyente sobre aspectos relativos al funcionamiento y la estructura de la Fiscalía, más no a temas específicos de procesos o a funciones jurisdiccionales propiamente dichas, como órgano que por expresa disposición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia pertenece a la Rama Judicial del poder público, no obstante tener autonomía administrativa y presupuestal.»

#### DECISIÓN:

No repone, repone, adiciona, revoca parcialmente y rechaza de plano solicitud de prueba sobreviniente.

**Auto. Rad. 40965 20/03/13 M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**S.P.A. PROCEDENCIA DEL CAMBIO DE RADICACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE TESTIGOS A PESAR QUE ESTÁN VINCULADOS AL PROGRAMA DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**TEMAS:** CAMBIO DE RADICACIÓN-Seguridad de los testigos: Cuando están bajo el Programa de



Protección de Víctimas y Testigos /CAMBIO DE RADICACIÓN-Presencia de grupos armados ilegales: Paramilitares

#### ANTECEDENTES:

Antes de celebrar audiencia de formulación de acusación por el delito de concierto para delinquir contra varios sujetos, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Barranquilla “*dispuso la remisión de la carpeta a esta Corporación para que disponga el cambio de radicación de la actuación a otro distrito judicial*”, toda vez que los acusados “*son integrantes de la banda criminal “Los Rastrojos”*” y algunos testigos han recibido amenazas a pesar de estar vinculados al programa de protección de víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación.

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

La Sala, en auto del 13 de diciembre de 2005, consideró que pese a que la norma que regula el cambio de radicación no incluye expresamente la seguridad o integridad de los testigos, se impone su salvaguarda, por las razones que explicó de la siguiente manera:

“[l]os factores de seguridad o de protección a la integridad personal, como motivo para variar la radicación de un proceso, se encuentran exclusivamente referidos al sindicado y sólo para cuando ello pueda afectar las garantías procesales que le son inherentes,

No hay duda que facilitar la participación de los testigos en un proceso significa defender los altos intereses de la justicia, en lo que igualmente está involucrado el interés público, como que garantizar esa intervención fortalece el adecuado juzgamiento de los ciudadanos.”

Dicha postura no sólo fue reiterada en auto del 24 de noviembre de 2010, radicado No. 35.072, sino que sirvió de norte para ordenar el cambio de radicación dentro del radicado No. 37.886, que por los mismos hechos cursa contra otra fracción de integrantes de la agrupación criminal conocida como “Los Rastrojos”.

En el presente caso, acreditadas las amenazas contra los potenciales testigos, no puede negarse que ello desdibuja el panorama de tranquilidad deseado para que la administración de justicia pueda cumplir a cabalidad su misión constitucional, pues, como se dijo en el último precedente citado, “no puede pretenderse un juicio si no están garantizados materialmente los derechos básicos de los sujetos procesales; y la publicidad del juicio no pasa de ser una ilusión cuando se persigue y amenaza a los intervinientes, que pudieren significar un obstáculo a las pretensiones de los titulares de los intereses oscuros generadores de esta situación.”

Ahora, registra el expediente, conforme el oficio enviado por el Coordinador de la Unidad contra las BACRIM, con fecha del 5 de marzo de 2013, que a los testigos de cargos se les vinculó al Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, en razón a las amenazas arriba referenciadas.

Esa circunstancia podría llevar a concluir que no se hace necesario el cambio de radicación solicitado. Sin embargo, la Corte ha verificado, conforme hechos recientes, que no se estima necesario referenciar, cómo ese programa evidencia profundas falencias que, en la práctica, representan dejar casi expósitos a los testigos y víctimas, a más que la posibilidad de protección, por lo general no se extiende a los familiares de estos.

Esa comprobada ineficiencia del mecanismo conduce a la Sala, no sólo a estimarlo insuficiente para enervar el cambio de radicación solicitado, sino a efectuar un especial llamado al señor Fiscal General de la Nación, para que se cubran los presupuestos necesarios en el cometido de fortalecerlo en aras de que cumpla las finalidades que animaron su creación.

En necesario, entonces, que el Alto funcionario acometa la tarea de diagnosticar las falencias del programa y comprometa el propósito de propugnar por su solución, como quiera que el mecanismo se entiende indispensable para que el sistema acusatorio vigente logre sus propósitos de adecuada y pronta justicia, sabido como se tiene que en lo fundamental el tópico probatorio se viene soportando en la prueba testimonial.

#### DECISIÓN:

Decreta cambio de radicación

---

**Sentencia. Rad. N° 39456 10/04/13 M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**LA JURISPRUDENCIA ES FUENTE DE DERECHO CON CARÁCTER VINCULANTE: PRESUPUESTOS PARA APARTARSE Y VARIARLA**

**(CASO SE PREVARICATO POR ACCIÓN POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL)**

**TEMAS:** PREVARICATO POR ACCIÓN-Decisión manifiestamente contraria a la ley: Precedente jurisprudencial /JURISPRUDENCIA-Fuerza vinculante /JURISPRUDENCIA-Fuente formal y material de derecho/JURISPRUDENCIA-Precedente:

Apartamiento de su contenido

#### ANTECEDENTES:

El Dr. L.M.C.M., fue condenado como autor del delito de prevaricato por acción, dado que en ejercicio de sus funciones como Juez, libró mandamiento de pago y ordenó el embargo de los dineros del Municipio (...), consciente que las pretensiones se encontraban prescritas y ya se había adoptado una decisión que hacía tránsito a cosa juzgada.

#### EL RECURSO:

La defensa interpuso recurso de apelación, por atipicidad de la conducta, manifestando *“aún cuando se admitiera que el funcionario judicial se equivocó... no hay una actuación palmariamente contraria al mandato legal, en el entendido de que la orientación jurisprudencial no es ley, ni es asimilable a ella.”*

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

<<El apelante funda su argumento en que la jurisprudencia vigente carece por completo de fuerza normativa, como para que su desconocimiento injustificado pueda configurar el delito de prevaricato.

Frente a la anterior postura defensiva, la Sala de Casación Penal tiene dicho que son varias las razones que permiten afirmar que no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia.

Entre los motivos que apoyan la tesis que le otorga poder normativo y, por lo tanto, fuerza vinculante a la jurisprudencia de las Altas Cortes se tiene el de la coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos.

(...)

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida.

(...)

Ahora bien, de manera concordante con lo dicho en precedencia, no se trata de que el acatamiento del precedente se convierta en un método rígido de aplicación de la ley que imponga criterios inamovibles. Por el contrario, la Corte tiene dicho que la jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que, en un momento dado, hayan podido incurrir los altos Tribunales pero, se reitera, lo cierto es que la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

(...)

La Sala de Casación Penal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo el carácter vinculante de su jurisprudencia, citando justamente la línea que ha trazado la Corte Constitucional, concretamente la sentencia C-836 de 2001.

En este orden de ideas, en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. La Corporación insiste, al contrario de lo que afirma el apelante, en que las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante, esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001.»

«En conclusión, es menester señalar que la modificación de la línea jurisprudencial para un caso determinado no se produce, como así ocurrió en este caso, de manera inmotivada, sino que “el cambio en la jurisprudencia [debe estar] razonablemente justificado conforme a una ponderación de bienes jurídico en el caso particular”.>>

#### DECISIÓN:

Confirma sentencia condenatoria.

**SENTENCIA. Rad. N° 40116 10/04/13 M.P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA DEL ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO DE PREVARICATO –MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY- Y LAS DIFERENCIAS ENTRE ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICIÓN**

**TEMAS:** TIPO PENAL-Elementos: Diferencias entre el elemento subjetivo y el normativo /ERROR DE TIPO- Diferente a error de prohibición

**HECHOS Y ANTECEDENTES:**

El doctor A.J.V.P, fue condenado por el delito de prevaricato por acción al haber tramitado indebidamente un proceso ejecutivo contra la Gobernación del (...), cuando fungía como Juez Civil Municipal.

**EL RECURSO:**

La defensa apeló argumentando: **1)** la licitud de la actuación a cargo del exjuez, y **2)** la ausencia de elementos probatorios que comprobaran el dolo.

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

«La aproximación conceptual de los tópicos reseñados, ingrediente normativo y elemento subjetivo del tipo, se explica porque “manifiestamente contrario a la ley” es un elemento referido a la antijuridicidad contenida en el tipo penal de prevaricato por acción; es decir, es una expresión a la que recurrió el legislador colombiano al momento de configurar un acontecer fáctico como “hecho típico” o, si se lo prefiere, es un suceso que por su relevancia jurídico penal debía caracterizarse como conducta desaprobada en nuestro sistema social y, por ende, diferenciarla de otras semejantes socialmente aceptadas.

De tal forma, que aunque la expresión “manifiestamente contrario a la ley” se encuentre contenida en el tipo penal, no hace desaparecer su característica de valoración del tipo sino que, por el contrario, éste será contentivo de una regla de antijuridicidad.»

«El error de tipo hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tenga carácter fáctico, esto es de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario).

La anterior precisión es importante para resolver la controversia planteada por el recurrente respecto de la decisión impugnada, puesto que plantea que la conducta

de su defendido estuvo determinada por un error de tipo que recayó sobre el elemento normativo consagrado en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, excluyendo el dolo en su actuar, deviniendo su conducta en atípica.

El análisis de sí se encuentra demostrado o no la existencia de un error sobre el elemento normativo de la tipicidad “manifiestamente contrario a la ley”, con la potencialidad requerida para determinar el comportamiento del sujeto agente, como se alega en el sub iudice, evidencia el debate teórico que le subyace a esa problemática, el cual no es otro distinto a determinar los linderos construidos en la dogmática penal entre tipicidad y antijuridicidad, para otorgar así el tratamiento que corresponde, ya sea el de error de tipo o el de error de prohibición.

Para ilustrar la divergencia planteada y, consecuentemente, la trascendencia de sus efectos punitivos, es importante recordar que la distinción entre error de tipo y error de prohibición, irrelevante desde la óptica de las teorías del dolo, adquiere relevancia con la teoría final de la acción, de la cual se deriva la teoría de la culpabilidad.

En las teorías finalistas, el dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad de realizar la acción típica; pero el conocimiento está restringido a los elementos constitutivos de la infracción penal y su ubicación sistemática está en el tipo penal; mientras que el conocimiento de la ilicitud de la conducta pertenece al juicio de reproche y su ubicación, dentro del sistema del delito, es la categoría de la culpabilidad.

Conforme a lo anteriormente expuesto, resulta relevante constatar en el acervo probatorio si obró o no el exjuez (...) bajo un error de tipo o un error de prohibición.

(...)

Advierte con suficiente claridad esta Corporación, que la solicitud del recurrente se fundamenta en la concurrencia de un error en el conocimiento que tuviera el entonces Juez (...) respecto del ingrediente normativo “manifiestamente contrario a la ley”, al momento de tramitar y proferir decisiones al interior del proceso ejecutivo No. (...); mismo argumento defensivo que el Tribunal desestimó por la vía de un error de tipo con ocasión de la mención que hizo el profesional del derecho en los alegatos conclusivos respecto a la no probanza del dolo en el actuar del investigado y consideró, en gracia de discusión, que el mismo era vencible.

No obstante, esta Sala no duda que la defensa ha hecho referencia a un error de prohibición, pese a que desacertadamente, en su argumentación, confunde la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento,

Calle 12 No. 7 – 65 Piso 2°. Bogotá D.C.

componente de la culpabilidad, con el dolo, elemento del tipo subjetivo.

(...)

Las intervenciones procesales del acusado que acaban de transcribirse, y la parte motiva de sus proveídos, evidencian que el recurrente confunde en su censura al fallo condenatorio, los conceptos de error de tipo y error de prohibición; como consecuencia de ello, alega la no demostración del elemento doloso, al tiempo que acepta que el exjuez sabía que sus decisiones no se compadecían con lo previsto en la legislación procesal civil y, pese a ello, decidió realizar la conducta típica por suponer equivocadamente que ello le estaba permitido por los mandatos “superiores” contenidos en la Constitución Política y la directrices interpretativas emanadas de la Corte Constitucional, atinentes a salvaguardar los derechos fundamentales, privilegiando el derecho sustancial sobre el meramente formal.

(...)

Para esta Sala, no resultan de recibo los planteamientos elevados por el defensor al argumentar que su representado actuó determinado por el erróneo convencimiento de tener la potestad de un juez constitucional, y que habría salido del mismo si la parte demandada hubiera accionado los correctivos legales, tales como las excepciones o la solicitud de nulidades.>>>

**DECISIÓN:**

Confirma sentencia condenatoria.

---