



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Febrero 28 de 2019 n.º 3

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>

DOSIFICACIÓN PUNITIVA EN CASOS DE CONCURSO

Se debe tener en consideración los comportamientos concurrentes para identificar el quantum de cada uno de ellos y que integran el valor del otro tanto

Al desestimar el cargo formulado en la demanda de casación, la Sala estudió tópicos fundamentales del proceso de *dosificación punitiva*, tales como la determinación de los *marcos mínimo, máximo* y de *movilidad*, la determinación y selección de los *cuartos de punibilidad*, el proceso de *individualización* de la pena, la incidencia que en esta actividad tienen las *conductas pos-delictuales*, y especialmente, la tasación en eventos de concurso de conductas punibles, así como la integración del valor del “*otro tanto*” previsto legalmente. También, encontró preciso casar oficiosamente la sentencia impugnada, para disminuir la *pena accesoria privativa del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego*. Finalmente, se refirió a las atribuciones del Congreso para establecer, bajo la libertad de configuración legislativa, la cantidad y clase de sanción para cada uno de los delitos, a propósito del cuestionamiento de la Fiscalía a la circunstancia de resultar de mayor entidad el delito de *Porte Ilegal de Armas de Fuego* frente al *Homicidio Agravado Tentado*.

SP338-2019 (47675) del 13/02/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PENA - Dosificación: determinación del marco por mínimo y máximo (MP) || **PENA - Dosificación:** circunstancias de mayor y menor punibilidad || **PENA - Dosificación:** determinación del marco de movilidad (MM) || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos** || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** determinación del cuarto inferior o primer cuarto de punibilidad || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** determinación de los cuartos medios de punibilidad || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** determinación del segundo cuarto de punibilidad || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** determinación del tercer cuarto de punibilidad || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** determinación del cuarto de punibilidad máximo o número cuatro || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** selección del cuarto de punibilidad aplicable

«[...] cumplida la adecuación típica del comportamiento se han de establecer los límites punitivos previstos por el legislador, a saber:

Determinación del marco de la pena por mínimo y máximo (MP). A través de este marco se establece el mínimo y el máximo de la pena con base en todas las circunstancias concurrentes con la consumación de la conducta punible en el caso concreto, según las previsiones legales.

En la definición del marco de punibilidad se tendrán en cuenta las reglas del artículo 60 del C.P., cuando el aumento o disminución corresponda a una o dos proporciones determinadas o hasta una proporción.

Se deben tener en cuenta no las circunstancias genéricas sino las específicas que agravan y atenúan la ilicitud para el caso concreto (el tipo básico o especial y los subordinados, que tengan la connotación de ser circunstancias especiales y

además concurren con la consumación del delito, esto es, deben ser circunstancias delictuales no posdelictuales.

Determinación del marco de movilidad (MM). Éste se obtiene con base en los factores del marco de punibilidad (MP), al máximo de la pena se le resta el mínimo y la diferencia se divide en cuatro partes, el cociente o valor cuantitativo así obtenido como divisor representa el marco de movilidad (MM), monto fijo que opera como factor en todos los cuartos para adicionarlo y determinar el máximo de pena de cada uno de ellos.

Determinación de los cuartos de punibilidad (Artículo 61-1 del C.P.). La pena debe ser fraccionada en cuatro cuartos, cada uno de ellos con un mínimo y un máximo de pena, los que se establecen como se explica a continuación:

Determinación del cuarto inferior o primer cuarto de punibilidad (PCP).

El mínimo de la pena de este cuarto (PCP) se integra con el mínimo de la pena prevista y referida en el marco de punibilidad (MP). A este monto se le adiciona el valor del marco de movilidad (MM), el resultado corresponde al máximo de la pena del primer cuarto de punibilidad (PCP).

Determinación de los cuartos medios de punibilidad.

Los siguientes cuartos al primer cuarto de punibilidad, esto es, el segundo y tercer cuarto, se denominan medios. La conformación de cada uno de éstos, para ser pedagógicos en la tarea propedéutica que ha de realizar la jurisprudencia, se integra así:

Determinación del segundo cuarto de punibilidad (SCP). La pena mínima del segundo cuarto de punibilidad se estructura así: se parte del máximo del guarismo de pena del primer cuarto (PCP) y éste se incrementa en una unidad (un día), este resultado representa la pena mínima del segundo cuarto de punibilidad (SCP).

La unidad o el día que se agrega para conformar el mínimo de la pena obedece a razones de orden lógico y jurídico, de respeto al principio de legalidad de la pena, pues la misma cantidad no puede integrar simultáneamente cuartos diferentes, así por ejemplo la cantidad de pena máxima del primer cuarto (PCP) no puede ser la misma del mínimo de la pena del segundo cuarto (SCP), ésta última debe partir de un día más

como ha quedado explicado por las razones indicadas. Esta regla opera en la construcción de todos los cuartos posteriores al primer cuarto.

La pena máxima del segundo cuarto de punibilidad (SCP) es el resultado de la suma de la pena máxima del primer cuarto (PCP) con el valor del marco de movilidad (MM).

Determinación del tercer cuarto de punibilidad (TCP). La pena mínima del tercer cuarto de punibilidad se estructura así: se parte del máximo del guarismo de pena del segundo cuarto de punibilidad (SCP) y se incrementa en una unidad (un día), este resultado representa la pena mínima del tercer cuarto de punibilidad (TCP).

La pena máxima del tercer cuarto de punibilidad (TCP) es el resultado de la suma de la pena máxima del segundo cuarto (SCP) con el valor del marco de movilidad (MM).

Determinación del cuarto de punibilidad máximo o número cuatro (CCP).

La pena mínima del cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) se estructura así: se parte del máximo del guarismo de pena del tercer cuarto de punibilidad (TCP) y se incrementa en una unidad (un día), este resultado representa la pena mínima del cuarto de punibilidad número cuatro (TCP).

La pena máxima del cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) resulta de la suma de la pena máxima del tercer cuarto (TCP) con el valor del marco de movilidad (MM). Necesariamente, por legalidad, el resultado tiene que ser igual al máximo de la pena del marco de punibilidad (MP).

Selección del cuarto de punibilidad aplicable al asunto sub judice (Art. 61-2 del C.P.)

El juzgador debe seleccionar para cada delito que constituye el problema jurídico a resolver el cuarto de punibilidad aplicable, lo será solamente uno de los determinados con el procedimiento explicado anteriormente, elección que se hará considerando únicamente las circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad de que tratan los artículos 55 y 58 del C.P, las cuales deben estar claramente impuestas.

Para los efectos señalados, se optará por el primer cuarto de punibilidad (PCP) cuando no concurren circunstancias genéricas de menor ni

de mayor punibilidad o cuando solamente se puedan tener en cuenta circunstancias genéricas de menor punibilidad.

Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad - SCP- o tercer cuarto de punibilidad -TCP-) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo -SCP- o el tercer cuarto de punibilidad -TCP-).

Se preferirá obligatoriamente el cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) cuando en la conducta punible exclusivamente concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad de las que se ocupa el artículo 58 del C.P.

En la selección de los cuartos de punibilidad no se pueden tener en cuenta sino las circunstancias genéricas de punibilidad de los artículos 55 y 58 del C.P. que concurren para cada ilicitud, no las que por su naturaleza son específicas para el delito».

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos: individualización de la sanción principal y la accesoria || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** las conductas posdelictuales que inciden en la pena son diferentes a las circunstancias delictuales || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** circunstancias delictuales se deben de tener presentes en la fijación del marco de punibilidad (MP) || **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Sistema de cuartos:** conductas posdelictuales no determinan el marco de punibilidad y se aplican después de individualizada la pena || **PENA - Criterios para fijarla**

«Seleccionado el cuarto de punibilidad que corresponde a las conductas delictivas por las que se condena al procesado, **se debe también individualizar por el sistema de cuartos la sanción principal y las accesorias para cada uno de los reatos**, salvo las excepciones legales.

La sanción debe estar comprendida entre el mínimo y el máximo del cuarto de punibilidad seleccionado, el guarismo o monto para el caso concreto de la pena principal y accesoria se fija motivadamente con base en los criterios que prevén los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P., a saber: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen

la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena, la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, el grado de participación y la eficacia de la contribución o ayuda en relación con los efectos de la conducta punible.

[...] Individualizada la pena en los términos explicados hasta el numeral número seis de los considerandos de esta providencia, se deben considerar las **conductas posdelictuales** que tengan incidencia en la pena, las cuales **son diferentes con las circunstancias delictuales** por el momento en que se presentan en relación con el delito, al instante de la consumación o con posterioridad o aún para poner fin a la ilicitud cuando son acciones permanentes.

El valor del bien para el hurto, para atenuarlo, como en la eventualidad del artículo 239-2 del C.P., es una circunstancia delictual, está presente al momento de la consumación del delito, no es una fenómeno que se dé con posterioridad a ese instante, no es posdelictual, ni es el último acto que pone fin a la antijuridicidad de la conducta permanente, por tanto esa circunstancia ha de tenerse presente en la fijación del marco de punibilidad (MP) y no después de haberse individualizado la pena.

Son ejemplos de **conductas posdelictuales**, la rebaja para los delitos contra el bien jurídico del patrimonio económico si el responsable antes de proferirse sentencia de primera instancia restituye el objeto material del delito, su valor o indemniza los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado (artículo 269 ídem), o la rebaja de pena en un monto determinado por allanamiento a cargos o celebración de preacuerdos (artículos 350, 351 y 352 del C de P.P.).

Las **conductas posdelictuales** no corresponden a condiciones exigidas para la existencia o consumación de la conducta punible, o son posteriores a la realización del primer acto que realiza un delito permanente, poniéndole fin a la consumación de la ilicitud, como se desprende de los ejemplos dados en el párrafo anterior.

Los efectos que producen en la pena las conductas posdelictuales no determinan el marco de punibilidad (MP), solamente se aplica después de individualizada la pena respecto del delito que concorra».

CONCURSO - Dosificación punitiva: criterios a tener en cuenta, delito más grave || **CONCURSO - Dosificación punitiva:** límite máximo de la pena || **CONCURSO - Dosificación punitiva:** límites del incremento hasta en otro tanto

«Si se está ante la responsabilidad penal por una **pluralidad de conductas punibles**, el tratamiento punitivo está consagrado en el artículo 31 del Código Penal.

La confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, está consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.

La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Ese incremento **“hasta en otro tanto”** tiene límites, a saber: **i)** conforme al artículo 31 del C.P., el incremento no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, **ii)** tampoco la sanción definitiva puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto (sistema de acumulación jurídica de las penas), **iii)** otro de los topes se relaciona con la prohibición en el concurso de delitos de no superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilicitud que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004), diferencias explicadas por esta Sala, entre otras decisiones, en el Rdo.41350 del 30-04-2014, **iv)** la no reformatio in peius es otro límite en razón a que los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto”, no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario, como tampoco lo pude hacer el juez al resolver la redosificación de penas por acumulación de penas o por principio de favorabilidad».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: Dosificación punitiva, sistema de cuartos || **CONCURSO - Dosificación**

punitiva: debe tener en consideración los comportamientos concurrentes para identificar el quantum de cada uno de ellos y que integran el valor del otro tanto || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - No se vulnera** || **CONCURSO - Dosificación punitiva:** deficiencias en la fundamentación del aumento punitivo que no impiden el entendimiento del sentido de la decisión, no generan nulidad

«El cargo formulado que atribuye al ad quem errores en la determinación del **“otro tanto”, es infundado**, no le asiste razón al casacionista cuando asevera que para el concurso sólo se puede hacer un solo aumento punitivo, el equivalente a un delito, argumento que excluye sin razón atendible que **en la fracción que se adiciona debe tenerse en consideración los varios comportamientos concurrentes a fin de poder identificar el quantum de cada uno de ellos y que integra el valor del “otro tanto”**.

En este caso, en el preacuerdo celebrado entre el procesado y la fiscalía no se plasmó como beneficio modificaciones en relación con las reglas para dosificar la pena por el concurso de delitos, ni del otro tanto, el beneficio se vinculó exclusivamente con la coautoría, para que en el fallo se le dé al responsable trato de complicidad.

Bajo las condiciones establecidas en el preacuerdo el juez no podía hacer otra cosa que tasar la pena conforme a las reglas establecidas en la ley penal [...].

[...] Con esta perspectiva, la Corte **no advierte desafuero** en el proceso dosimétrico del Tribunal cuando **individualizó las penas para cada uno de los comportamientos** y partió del porte de armas de fuego agravado por ser el de mayor gravedad, porque éste no solo fue el convenido en el preacuerdo: *“se partirá de la pena MINIMA establecida por el legislador para el delito más grave, como es el consagrado en el Art 365 del Código Penal que estipula —sic— pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión, conforme a lo establecido en el artículo 365 inciso 3° numeral 5° del Código penal”*, sanción que se fijó en 108 meses de prisión.

Es entendible que el fallo confutado no haya realizado un análisis explícito para cada una de las conductas acerca de la mayor o menor gravedad, el daño real o potencial causado, la intensidad del dolo, etc., porque para todos el Tribunal las individualizó en el mínimo previsto del primer cuarto punitivo, respetando así el

preacuerdo, monto que no podía en las condiciones pactadas ser inferior ni superior al impuesto para cada ilicitud.

Lo cuestionable sería entonces la dosificación punitiva del concurso, para lo cual se debe revisar el incremento que por ese concepto hizo el a quo y el ad quem, a fin de establecer si se respetó la prohibición de la reformatio in peius y la proporción justa con la corrección por el superior funcional de los errores en los que incurrió el a quo.

[...] el Tribunal al revisar la dosificación de la pena impuesta por el a quo y mantener el monto de la misma en 193 meses de prisión **no vulneró** los supuestos de la prohibición de la reformatio in peius ni de la **justa proporción** aplicada al hacer las correcciones de los errores cometidos por la primera instancia, desaciertos que consistieron en el orden a aplicar el tipo amplificador de la complicidad y no haber individualizado para cada delito la pena, lo que no alteró finalmente el guarismo que correspondía imponer por los delitos que fue declarado responsable AS.

Por eso la misma cifra del a quo y que fijó el Tribunal tras la redosificación de la pena, se muestra **ajustada a la legalidad**, por cuanto no se desconoció el beneficio pactado para RB, ni sobrepasó la suma aritmética de las tres conductas individualmente consideradas, ni superó el otro tanto de la fijada para el delito base, ni el límite máximo permitido para el concurso de delitos.

Si bien como lo denuncia el libelista y lo avalan los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público hay **deficiencias en la fundamentación del aumento punitivo** por razón del concurso, la misma **no constituye per se motivo de nulidad**, toda vez que **no se advierte que se haya impedido el entendimiento del sentido de la decisión**.

Nótese que el Tribunal una vez seleccionados los cuartos de movilidad para cada uno de los ilícitos, sopesando la afectación que a los mismos les hacía los amplificadores del tipo por tentativa y complicidad, se ubicó para efectos de su individualización en el primer cuarto conforme con lo previsto en el artículo 61 del Código Penal, incluso consideró la rebaja por indemnización de perjuicios para el ilícito de carácter patrimonial, escogiendo adecuadamente como delito de mayor gravedad el de porte ilegal de armas de fuego, tras

lo cual aplicó las reglas del concurso delictual contempladas en el artículo 31 del mismo ordenamiento sustantivo para aumentar 75 meses por el delito contra la vida y 10 por el del patrimonio económico.

La decisión de incrementar la pena del delito base para imponer un total de 193 meses de prisión, no se advierte contraria a la normatividad, ni tampoco se avizora caprichoso el ejercicio del poder discrecional en ello, pues **la suma de cada una de las penas no sería superior al incremento aplicado por razón del concurso**, de ahí que los principios de legalidad y proporcionalidad en el proceso sancionatorio no resultaron alterados.

Ciertamente, no media exageración o desproporción en esa adición, porque no se puede soslayar que, además del intento de apoderarse de los dineros en el establecimiento comercial, otro de los delitos concurrentes era el de homicidio agravado en la modalidad de tentativa representado por la herida que sin miramientos le fue causada al empleado [...] cuando opuso resistencia al atraco la cual le comprometió órganos vitales *“vísceras sólidas y huecas...con pérdida masiva de sangre que indefectiblemente lo llevaba a la muerte de no haber recibido atención médico quirúrgica oportuna como la que efectivamente recibió”*.

Consecuentemente, el reproche planteado por el demandante no está llamado a prosperar».

PENA ACCESORIA - Debida motivación || PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Motivación: en sentencias condenatorias por Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, es suficiente la declaración de que el procesado fabricó, traficó o portó armas de fuego o municiones sin permiso de autoridad competente || **PRIVACION DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Aplicación del sistema de cuartos || PRIVACION DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS - Marco de punibilidad || CASACIÓN OFICIOSA - Dosificación punitiva**

«El Tribunal impuso la privación de la tenencia y posesión de armas equiparando el tiempo al mismo de la pena principal liquidada con base en el sistema de cuartos, por lo que su dosificación no es acertado atribuirla hecha sin haberse acogido dicho procedimiento, tal y como quedó explicado este tema para la imposición de la pena

de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

En relación con la motivación de la pena, es lesivo de las garantías judiciales no motivarse su imposición, sin embargo debe destacarse que la Corte ha señalado con anterioridad que no puede aducirse omisión de esa índole cuando se trata específicamente de los delitos contemplados en los artículos 365 y 366 del citado estatuto punitivo y en la decisión se han evaluado los hechos y las pruebas que sustentan la materialidad de las conductas punibles.

Efectivamente, en CSJ SP. 11 mar. 2015, rad. 43881 en relación con los **comportamientos punibles de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas**, sea que se trate de esas solas conductas o concurren con otros ilícitos, se recalcó que *“se entiende cumplida la garantía de motivación de la imposición de la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, con la declaración en la sentencia de que el procesado fabricó, traficó o portó armas de fuego o municiones ‘sin permiso de autoridad competente’. En otras palabras, la declaración judicial de que ajustó su comportamiento a cualquiera de las conductas descritas en los artículos 365 o 366 del Código Penal (también al artículo 367 ibídem), constituye suficiente fundamento para privar del mencionado derecho al condenado”*, lo que implica alusión a los contenidos fácticos y probatorios que sustentan el porte ilegal del arma.

En ese sentido, se indicó que no sería sensato exigir en los fallos una fundamentación adicional a la que se hace en la condena por delitos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones, para determinar la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego *“Simple y llanamente porque se plantea lógica, necesaria y proporcional su deducción en tales casos. No se entendería que a quien se reprocha penalmente fabricar, traficar o portar armas de fuego o municiones, o armas químicas, biológicas o nucleares, no se le despoje del derecho a poseerlas por el tiempo que permita la ley”*.

Aquí es claro que en el fallo se plasmaron los argumentos que denotaban el aspecto objetivo del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y el compromiso de DARB en el mismo, amén que luego de examinarse los

hechos y lo soportado en los elementos de prueba de los que se valió la Fiscalía se concluyó que el arma de la que se valió para atentar contra la vida de una persona y doblegar la voluntad de uno de los empleados del establecimiento para afectar el patrimonio económico, ilícitos que en esas condiciones incluso aceptó voluntariamente su responsabilidad el inculpatado, otorgándose como beneficio la degradación a la de cómplice.

Además, no hay duda de la relación directa de la sanción accesoria con la ejecución de los punibles de porte de armas ilegal, tentativa agravada de homicidio y tentativa de hurto agravado y que precisamente la restricción del derecho a portar armas de fuego puede contribuir a la prevención de conductas de la misma especie.

Ahora, en relación con su tasación con acatamiento del sistema de cuartos, previsto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, ha sido materia de análisis por la Corporación para concluir que al estar emparejado con el principio de estricta legalidad en el proceso de dosificación de la pena, aun tratándose de las sanciones accesorias, su desconocimiento constituye una afrenta a las garantías judiciales (cfr: CSJ SP, 11 mar. 2015, rad. 44221; CSJ SP 5 jul. 2017, rad. 48659 y CSJ SP. 8 nov. 2017, rad. 48611, entre otras).

En el proceso de dosificación punitiva por razón del concurso delictual el Tribunal fijó la sanción principal de prisión en 193 meses, señalando que en ese mismo lapso determinaba la pena accesoria de inhabilitación para la privación del derecho a la tenencia o porte de arma de fuego, rango en el cual **se advierte como yerro que la aludida sanción accesoria superó el marco legal**, situación que lleva a la Corte a su corrección dado que se **vulneró el principio de legalidad** de la citada pena acompañante de la principal.

Los cargos se formularon con base en las conductas descritas en los artículos 103, 104-2, 239, 240-2, 241-10, 365-5 del C.P., para las cuales no se regula un régimen de imposición de la privación de la tenencia o porte de armas como principal ni por un tiempo superior al establecido en la parte general del Código Penal como accesoria.

El artículo 51 del Código Penal contempla para la privación del derecho a la tenencia y porte de

arma como pena accesoria, un mínimo de un (1) año y un máximo de quince (15) años.

El término de la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas establecido en el artículo 51 del C.P. se previó para la infracción consumada, por lo que su tasación en el caso concreto tiene que obedecer a la cometida bajo las circunstancias que la rodearon, su dosificación por tanto se afecta con los tipos amplificadores que concurren, en el caso juzgado, el monto de la pena accesoria de que trata el artículo 51 del C.P. se debe reducir por la tentativa y la complicidad (preacuerdo) predicables de los delitos contra la vida y el patrimonio económico, en tanto que el ilícito consumado contra la seguridad del Estado únicamente se reduce por la complicidad, así se estableció en el negocio jurídico que da lugar a la terminación de este proceso. Además el atentado contra el patrimonio tiene rebaja por la conducta posdelictual de indemnización integral.

El marco de punibilidad de la pena accesoria de prohibición de tenencia o porte de arma de fuego que establece el artículo 51 del C.P. para los delitos consumados es de un mínimo de 1 año (360 días) y un máximo de 15 años (5.400 días).

El marco de punibilidad referido se modifica en este caso para el homicidio agravado y hurto calificado agravado por la tentativa, por lo que hechas las operaciones con base en la premisa del artículo 27 del Código Penal el mínimo se reduce en la mitad y el máximo en las tres cuartas partes, quedando un marco de 180 días (mínimo) y 4.050 días (máximo). A su vez esta premisa se reduce por la complicidad con base en el artículo 30 del C.P., (se disminuye en un 50% el mínimo y en una sexta parte el máximo) lo que arroja un marco de punibilidad de 90 días (mínimo) a 675 días (máximo) para la pena accesoria en estudio, por lo que el marco de movilidad ($675 - 90 = 585/4 = 146.25$), es de 146,25 días.

Como en las instancias se decidió aplicar, por el preacuerdo, el primer cuarto, éste para el caso concreto equivale a un mínimo de 90 días y un máximo de 236 días, y, pactada la imposición de las penas por la menor, para este caso la prohibición de porte de armas como accesoria de la principal corresponde a 90 días para los delitos de homicidio agravado tentado y hurto calificado agravado tentado, pero Para éste último reato por razón de la conducta posdelictual de indemnización integral la sanción se reduce en la

mitad, lo que significa que la accesoria de marras para dicho reato es de 45 días.

En lo que tiene que ver para el delito de porte ilegal de arma de fuego de uso civil consumado, el marco de punibilidad referido -artículo 51 del C.P.- (360 días a 5.400 días) se modifica en este caso por la complicidad pactada en el preacuerdo, por lo que hechas las operaciones con base en la premisa del artículo 30 del Código Penal, el mínimo se reduce en la mitad y el máximo en una sexta parte, teniéndose un marco de punibilidad de 180 días (mínimo) a 4.500 días (máximo) para la pena accesoria en estudio, lo que permite establecer que el marco de movilidad es de 1.080 días, que resultan de la siguiente operación: $(4.500 - 180) / 4 = 1080$ días) y por consiguiente el primer cuarto de punibilidad de la pena accesoria para el porte de armas de fuego agravado es de 180 días (mínimo) a 1.260 días (máximo).

Con sujeción a la voluntad de las partes expresada en el preacuerdo y acatada por las instancias, esta corporación tiene que sujetarse a elegir como pena accesoria imponible para el porte ilegal de armas agravado el mínimo del primer cuarto de punibilidad de la pena accesoria en estudio, esto es, 180 días, reglas del mínimo que operan para los demás delitos al dosificar la pena accesoria referida.

La pena accesoria de marras para el porte ilegal de arma de fuego agravado es de 180 días, para el homicidio agravado de 90 días y para el hurto calificado agravado de 45 días, por lo que para efectos de la tasación de la pena por el concurso delictual, la pena más grave o base es la del porte ilegal de arma de fuego equivalente 180 días.

Las instancias al tasar la pena principal o privativa de la libertad por el concurso de delitos incrementaron la más grave por el factor “hasta otro tanto” en un porcentaje de 44,04% (teniendo en cuenta lo que representan 85 meses respecto del total de pena impuesta de 193 meses), de los cuales el 38.86% corresponden al homicidio agravado tentado y el 5.18% al hurto calificado agravado tentado.

La Sala, por idénticas razones a las aducidas en las instancias hará el incremento de la pena accesoria básica por los delitos concurrentes en dichos porcentajes, asumiendo los principios de corrección justa y proporcional que rige para la rectificación de los errores por el superior funcional en los casos de tasación de la sanción,

además, que de otra parte, no hay razones atendibles que permitan no acatar esos porcentajes.

Los 180 días de pena accesoria básica o más grave de prohibición de porte o tenencia de armas por el delito de porte ilegal de arma de fuego agravado, se incrementa por el **“otro tanto”** el 44, 04% conforme a lo explicado, que corresponden a 79,27 días por el concurso del homicidio agravado tentado y el hurto calificado tentado, porcentajes que representan a los estimados exactamente en esa proporción por las instancias, del total señalado el 38.86%, estos es, 69,94 días se adicionan por el delito contra la vida y el 5.18%, esto es, 9.32 días se incrementan por el reato contra el patrimonio económico.

En la imposición final de la sanción se desestiman las fracciones de tiempo en decimales, pues como lo tiene establecido la Sala las penas se fijan en unidades de días completos, por lo que la pena accesoria de prohibición de porte o tenencia de arma de fuego por la que se condena al procesado por el concurso de delitos será de 259 días, esto es, 8 meses y 19 días.

Así las cosas, la Corte **casará oficiosa y parcialmente** la sentencia de segunda instancia en el sentido de **disminuir la pena accesoria** de privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego infligida a DARB de ciento noventa y tres (193 meses) a ocho (8) meses y diecinueve (19) días».

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Competencia: para fijar la clase y cantidad de la sanción para cada uno de los delitos, así como la cuantificación que se debe hacer en los hechos punibles || **CONGRESO DE LA REPÚBLICA - Funciones:** Libertad de configuración legislativa, no susceptible de casación || **CASACIÓN - Redosificación punitiva:** improcedencia

«No sería menester, como lo solicita el Delegado de la Fiscalía, revisar **la alteración de los valores constitucionales** por ser en este caso **de mayor entidad el delito de porte ilegal de armas agravado, frente al ilícito de homicidio agravado en el grado de tentativa**, pues ello claramente responde a la **libertad de configuración legislativa del Congreso** cuando mediante la Ley 1453 de 2011, denominada “Ley de seguridad ciudadana” decidió aumentar la punibilidad para el citado delito atentatorio del bien jurídico de la seguridad pública.

Ciertamente, es competencia del Congreso fijar la clase y cantidad de la sanción para cada uno de los delitos, así como la cuantificación que se debe hacer en los casos de concurso de hechos punibles.

De acuerdo con la cláusula general de competencia, la definición de los comportamientos delictivos, como la fijación de las penas al ser un asunto de política criminal, corresponde al Congreso de la República, una vez sometido al estudio de los factores de dañosidad social de las conductas y el reproche que merecen.

Esa función legislativa encuentra limite en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, cuya esencia es la defensa, garantía y protección de los derechos fundamentales, el respeto por la persona humana y su dignidad, así como la vigencia de un orden justo.

Así mismo, la competencia legislativa en materia de punibilidad está acotada por los principios y valores constitucionales los cuales impiden, por ejemplo, la consagración de sanciones perpetuas o indefinidas, penas degradantes o crueles, tortura, destierro, confiscación, entre otras.

Dado que el artículo 133 del texto superior conmina a los miembros de los cuerpos colegiados a actuar consultando la justicia y el bien común, la fijación de la clase y duración de la sanción debe atender criterios racionales a fin de no atentar contra el orden justo, los derechos fundamentales y la dignidad humana, amén de que ha de sopesar el principio de proporcionalidad respecto del comportamiento que se pretende prohibir al propender por la retribución justa en relación con el daño al bien jurídico afectado.

En este orden, en ocasiones por coyunturas sociales para algunos comportamientos por su lesividad y mayor impacto en la comunidad el legislador fija la duración de la pena privativa de la libertad en mayor intensidad respecto de otros hechos.

Esa **libertad reglada** puede llevarlo incluso a excluir la concesión de beneficios para los autores o partícipes de delitos de cierta entidad, o limitar las rebajas tratándose de sentencias por conformidad buscando estar a tono con el impacto y reproche social que genera tales comportamientos y sus conexos.

Precisamente en la exposición de motivos de la que luego sería la Ley 1453 de 2011, que aumentó las penas para el delito de porte ilegal de armas, se indicó que con ella se buscaba: *“dictar medidas preventivas que aseguren y mejoren la seguridad ciudadana y fortalezcan los organismos del Estado en la lucha contra el terrorismo mediante el establecimiento de ciertas reformas al Código Penal, (entre otros ordenamientos)... Dichas medidas tiene principalmente cuatro objetivos primordiales que son: eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo, aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción de dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales. En materia penal el proyecto busca establecer mecanismos que eliminen la impunidad y mejoren la técnica legislativa en la redacción de algunos tipos penales, tales como, el aumento de penas a ciertos delitos con el fin de evitar la excarcelación...”*

Fue así **querer del legislador** aumentar la sanción para el delito en comento con un carácter preventivo y de protección a la comunidad ya que el uso de armas por su capacidad para lesionar pueden afectar la integridad de las personas. Por ser un delito de peligro, el prohibir el porte,

tenencia y demás conductas relacionadas con elementos bélicos busca frenar de alguna manera la creación de oportunidades para cometer otros delitos.

Pero así como no hay fundamento alguno para redosificar la sanción impuesta a RB, porque la operación hecha por el Tribunal no se denota irrazonable, **no se podría acceder al pedimento del Delegado de la Fiscalía de trastocar las consecuencias punitivas y tomar como delito base el delito de homicidio agravado en el grado de tentativa** para sobre él hacer los cómputos para los punibles concurrentes, porque ello además de eventualmente **afectar el debido proceso** por alterar las condiciones contempladas en el preacuerdo, iría en contra de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-121 de 2012 cuando zanjó la controversia acerca de la eventual inversión de los valores constitucionales al analizar precisamente el incremento punitivo “de nueve (9) a doce (12) años” que la Ley 1453 de 2011 introdujo al artículo 365 del Código Penal.

[...] Conforme a lo expresado **se casará de oficio y parcialmente el fallo».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

SANCIÓN DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Siempre debe hacerse un examen objetivo de las circunstancias del delito y la condición del adolescente para definir si dicho tratamiento consulta sus necesidades

Luego de dilucidar el caso, que involucraba la comisión de una conducta punible contraria a la *libertad, Integridad y Formación sexuales*, bajo los parámetros del *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, la Corte decidió casar parcialmente la sentencia del Tribunal, para en su lugar, aplicar la del juez de primera instancia, en el sentido de permitir al sancionado acceder a la *libertad asistida o vigilada*, todo, por virtud de la reiteración del *precedente jurisprudencial* reciente de la Sala, en el sentido que la sanción *privativa de la libertad* en estos eventos constituye una opción sujeta al examen de todas las circunstancias delito y la

condición del adolescente, para determinar si el tratamiento consulta sus necesidades.

SP212-2019 (53864) del 6/02/19

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Precedente: reiteración || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Medidas aplicables a los adolescentes:** medidas privativas de la libertad, parámetros || **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Finalidades** || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Medidas aplicables a los adolescentes:** la reclusión del menor debe operar como última opción || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA**

ADOLESCENTES - Medidas aplicables a los adolescentes: si la Fiscalía no encontró necesario el confinamiento preventivo, no resulta coherente que en el fallo se entienda imperativa la reclusión || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Sanción de privación de la libertad:** siempre debe hacerse un examen objetivo de las circunstancias del delito y la condición del adolescente para definir si dicho tratamiento consulta sus necesidades

«La Sala admitió la demanda de casación, a pesar de que al parecer lo alegado va en contravía de la jurisprudencia que sobre el particular aquí se ha emitido, citada por el fallador de segundo grado e incluso por los no recurrentes en curso de la alegación oral, precisamente porque **esa postura fue recientemente recogida, sin que ninguna de las partes lo conozca**, y, entonces, estima necesario **reiterarla**, vista su directa injerencia en el caso examinado ahora.

Así, luego de un detallado análisis de los principios que gobiernan la responsabilidad penal de los adolescentes y siguiendo los criterios de la normatividad internacional, **la Corte modificó su postura anterior**, dirigida a la **aplicación estricta** de las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia -arts. 177, 187 y 199-, que parecen imponer en determinados casos la **pena efectiva de privación de la libertad, para ahora señalar que siempre debe hacerse un examen objetivo de las circunstancias que gobiernan el delito y la condición particular del adolescente, a fin de definir si el dicho tratamiento consulta adecuadamente o no sus necesidades.**

Ello, porque así se deriva de la exposición de motivos inserta en el proyecto de ley que derivó en el código vigente, así como lo contemplado en los artículos 140 y 141, inciso segundo, del mismo, y lo dispuesto en la Convención Sobre Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, todos consonantes en señalar que **la reclusión del menor debe operar como última opción.**

Para el caso concreto que allí se discutió, la Corte precisó que **si la Fiscalía no entendió necesario someter el menor a medida de aseguramiento de confinamiento preventivo, no resulta coherente que después, en el fallo, se entienda imperativa la reclusión** cuando, además, se advierte que ello puede ir en contra de las verdaderas necesidades del joven, visto su espíritu de enmienda y las actividades de bien que desarrolla.

Esos factores centrales consignados en la postura más reciente de la Sala, debe decirse aquí, se conjugan a satisfacción respecto del joven [...].

En efecto, del trasunto procesal verificado por la Sala se advierte cómo en curso de las diligencias preliminares realizadas ante el Juez de Control de Garantías, no fue solicitada, ni se impuso, medida de aseguramiento preventivo, disponiéndose apenas la obligación de asistir a terapia [...].

Al día de hoy, 3 años después de ocurridos los hechos, el procesado no solo ha accedido a la mayoría de edad, sino que su comportamiento ha de asumirse satisfactorio, pues, tal cual se certifica en el Informe Psicosocial emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, [...], se halla integrado a un núcleo familiar sólido, culminó el bachillerato, ha realizado cursos en el [...] y la Universidad [...], y se encuentra adelantando una carrera universitaria, [...]

Se conoce, así mismo, que el acusado adelantó satisfactoriamente el proceso terapéutico en la organización [...] -que certificó cumplidos los objetivos- y se acogió a cargos en sede del juicio oral, en muestra de arrepentimiento.

En el necesario balance, entonces, que surge del delito ejecutado, los criterios que gobiernan la sanción impuesta, los riesgos que su materialización puede aparejar y la ostensible muestra de enmienda del acusado, **la Sala advierte evidente que la mejor opción**, de cara a las finalidades insertas en el proceso dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, **es permitir que continúe con su proceso formativo integral, en lugar de truncar el mismo con el internamiento en centro especializado.**

De esta manera, adviene adecuada y suficiente la medida alternativa establecida por el A quo, **libertad asistida o vigilada** en la institución [...], por el término de 12 meses, en el entendido que allí se hará la necesaria supervisión y vigilancia del proceso formativo del joven, y se rendirán los consecuentes informes al juez encargado de verificar el cumplimiento de lo ordenado.

En atención a ello, siguiendo las directrices fácticas y jurídicas insertas en la **novísima posición jurisprudencial, se casará parcialmente el fallo atacado**, a cuya

consecuencia tendrá plena aplicación la sentencia de primer grado.

Finalmente, por estar involucrada la identificación de dos menores en este asunto, se ordenará a la Relatoría de esta Sala de Casación que, para efectos de la publicidad de la presente sentencia, disponga la anonimización del nombre del infractor, en aras de evitar su reconocimiento e individualización, conforme lo establecido en el numeral 8 del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 y lo dispuesto en la Circular N° 006 del 16 de

noviembre de 2016, proferida por el Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia».

(Texto resaltado por la Relatoría)

El presente extracto, atinente al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se publica bajos los parámetros de anonimización establecidos por la Sala en relación con este tipo de providencias

CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ***La expresión “nulas de pleno derecho” no se asimila a la nulidad procesal sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción***

Para decidir la inadmisión de la demanda de casación, la Sala consideró oportuno aclarar varios aspectos relacionados con la *cláusula de exclusión probatoria*, precisando así que la expresión “*nulas de pleno derecho*” no se refiere a la *nulidad procesal* sino a la *inexistencia jurídica* del medio de prueba. Igualmente se refirió a las *causalidades* que pueden configurar la denominada *prueba ilícita*, así como el concepto de la *prueba ilegal*, y sus consecuencias jurídicas, examen en virtud del cual develó la anti-técnica postulación de la censura efectuada por el recurrente.

AP5220-2018 (53722) del 05/12/18

M. P. Fernando Alberto Castro Caballero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA ILÍCITA - Concepto || PRUEBA ILÍCITA - Causalidades que la originan

«[...] la **prueba ilícita** es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre el que se encuentran las pruebas prohibidas. Ella puede tener su **génesis en varias causalidades** a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1° Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)».

PRUEBA ILEGAL - Concepto

«[...] la prueba ilegal o irregular que extiende sus alcances hacia los “*actos de investigación*” y “*actos probatorios*” propiamente dichos, es aquella “*en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella*»

cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley».

PRUEBA - Cláusula de exclusión: sus efectos se producen tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** la expresión “nulas de pleno derecho” no se asimila a la nulidad procesal sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción || **PRUEBA - Nulidad de pleno derecho:** diferente a nulidad procesal || **PRUEBA ILÍCITA - Efectos:** situaciones en que no genera exclusión si no la declaratoria de nulidad || **PRUEBA ILEGAL - Técnica en casación** || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión:** técnica en casación

«Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que **tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas**, por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicán “**nulos de pleno derecho**”, inexistencia que se transmite a las evidencias o elementos materiales probatorios que dependen o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas.

La expresión “nulas de pleno derecho” en manera alguna puede asimilarse a la nulidad procesal, sino a la inexistencia jurídica del medio de convicción, que no implica retrotraer el proceso a etapas anteriores, sino a ignorar, el elemento de juicio obtenido en forma

ilegal o ilícita, según se configure cualquiera de las situaciones antes reseñadas.

Sin embargo, la doctrina constitucional, en sentencia C 591 de 2005, reguló las **situaciones** en las que ante casos de **prueba ilícita**, la sanción no era la mera exclusión del medio de convicción así logrado, sino que **sus efectos se extendían a la legalidad y constitucionalidad del proceso**, debiéndose optar por la **declaratoria de nulidad**, como por ejemplo cuando el medio de convicción es obtenido a través de la comisión de un **delito de lesa humanidad**.

Como se observa, **por regla general la prueba ilegal o ilícita, no conduce a la nulidad del proceso como parece entenderlo el recurrente**, lo cual explica que haya seleccionado equivocadamente la causal segunda, reclamando la invalidación del proceso

Aparte de que el censor elige la vía de ataque equivocada, la argumentación del reparo tenía que incluir el alcance que el Tribunal le dio al testimonio de UF, con el fin de acreditar la trascendencia del vicio, esto es, que el fallo se soportó en la prueba ilegal, cuestión frente a la que el demandante ninguna glosa hace.

Lo anterior encuentra explicación en el hecho de que la instancia no hizo referencia al testimonio del acusado cuando emprendió el análisis conjunto de la prueba, por manera que resulta imposible predicar un error en la valoración de un testimonio que no fue apreciado, distinto al falso juicio de existencia por omisión, cuyos presupuestos no se ajustan a la queja del demandante».

(Texto resaltado por la Relatoría)

IMPUGNACIÓN ESPECIAL PARA GARANTIZAR LA DOBLE CONFORMIDAD

Tiene por objetivo exclusivo el examen de los presupuestos para condenar

Al estudiar, vía impugnación especial, la inconformidad interpuesta por la persona contra quien se emitió por primera vez fallo de condena en sede de casación, la Corte tuvo ocasión de precisar que el objetivo de este especial procedimiento se centra exclusivamente en

examinar si se cumplen los presupuestos para condenar. En ese contexto, la Corporación sopesó los motivos de disenso y tras revisar detenidamente el asunto, consideró que las pruebas para condenar al acusado por los cargos formulados en la imputación por el delito de concierto para delinquir para promover y financiar grupos al margen de la ley, resultaban sólidas y satisfacían el estándar exigido por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para la emisión del fallo.

SPO77-2019 (48820) del 25/01/19

M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: tiene por objetivo exclusivo el examen de los presupuestos para condenar

«Según se indicó, la impugnación contra la primera sentencia condenatoria tiene como finalidad determinar si existe certeza acerca de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado (artículo 232 de la Ley 600 de 2000). Como se analizará, la sentencia impugnada satisface ese propósito y es cuidadosa de las garantías que el proceso casacional demanda.

Sin embargo, aun cuando la Corte declaró ajustadas las demandas y definió qué cargos estudiaría, el recurrente pretende censurar el proceso casacional, pese a que el objeto del recurso de impugnación tiene por objeto exclusivo el examen de los presupuestos para condenar. Esto por cuanto, como lo definió la Corte Constitucional en la sentencia C 792 de 2004, “el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial.”

La Sala, por lo tanto, no estudiará la formalidad de la decisión, sino el contenido de la misma, y conforme a ello determinará si se satisfacen los presupuestos que una sentencia de condena demanda».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Bien jurídico tutelado: seguridad pública || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, a través del apoyo financiero al grupo armado al margen de la ley || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, a través de la promoción de grupo armado al margen de la ley || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Grupos paramilitares:** Bolívar || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Se configura**

«El delito de concierto para delinquir. La conducta imputada y la responsabilidad.

CMTO, ex alcalde del municipio de Arjona, en el departamento de Bolívar, fue acusado por concertarse con grupos armados al margen de la ley con el fin de promoverlos o de financiarlos. Acerca de dicho comportamiento, descrito en el numeral 2 del artículo 340 del Código Penal, la Sala ha señalado que se trata de una conducta que afecta la Seguridad Pública, bien jurídico del cual ha expresado lo siguiente:

“Distanciándose de cualquier consideración ética, la Sala ha explicado cómo debe entenderse, en la hora actual, el bien jurídico de la seguridad pública, de manera que lo menos que se puede decir en ese giro conceptual, es que la seguridad pública no responde a políticas públicas de mera conservación del status quo, como se estilaba en el Estado demoliberal, pues,

“El problema que toda cultura, sociedad o Estado debe resolver es trazar los límites, dentro de los cuáles el ser humano puede ejercer esa libertad. Esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se llama seguridad. Esta no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos por parte de otras personas.

“Esa comprensión del concepto de seguridad como bien jurídico, la relación con el derecho a la libertad y la ponderación entre esos principios, permite una aproximación distinta al tipo penal en orden a determinar dentro de la imprescindible armonía entre conducta y tipicidad estricta, el actual sentido del aparte segundo del artículo 340 del código penal.”

A partir de esa visión y considerando además la dinámica criminal creada por asociaciones entre el paramilitarismo y la clase política con el propósito de cooptar el Estado para utilizar la función pública al servicio de una causa antidemocrática, e incluso para eliminar o anular a quien no compartiera sus idearios ilícitos, la Corte señaló que el núcleo del tipo descrito en el numeral 2 del artículo 340 del Código Penal, debía entenderse en el siguiente sentido:

“Teniendo en cuenta lo anterior y lo que de ordinario sucede en aparatos organizados de poder - todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la

conducta-, el aporte del político a la causa paramilitar cuando coloca la función pública a su servicio debe mirarse no tanto en la creación de disfunciones institucionales - que, claro, le agregan mayor gravedad al injusto-, sino en la medida que con esa contribución se incrementa el riesgo contra la seguridad pública al potenciar la acción del grupo ilegal...”

Al alcalde, entonces, se le acusó precisamente por hacer parte de esas alianzas siniestras, en las cuales lo público termina al servicio de propósitos que no solo desestructuran los cometidos del Estado, sino que con su ayuda promueven la acción de grupos que comprometen la seguridad pública, entendida, según se dijo, como escenario para la realización de derechos fundamentales.

No se requiere de mayor esfuerzo para encontrar el **acierto de la sentencia impugnada**. El recurrente no precisa ninguna equivocación en ella, entre otras razones porque no enfrenta los argumentos de la Corte. Trata, simplemente, de imponer su criterio acerca de la apreciación de la prueba, por fuera de lo que el expediente indica. En consecuencia, la Sala no puede desconocer la sensatez del fallo de la Corte, y respaldar las cuando menos inoportunas decisiones del Juez y del Tribunal, que es a lo que en últimas aspira el recurrente.

Las **pruebas se deben analizar en conjunto**, como lo impone la coherencia y la aproximación racional a la verdad (artículo 237 de la Ley 600 de 2000). Desgajarlas para perfilar una autonomía que no tienen afecta su aptitud probatoria y las convierte en medios que no conducen a la realización de los objetivos del proceso penal, como lo pretende el defensor al desunir los actos que demuestran los vínculos entre el paramilitarismo, al mando de UB, alias “JD”, jefe del Bloque Héroes de Montes de María, y el alcalde de [...], CMTO.

En tal sentido, como en otras ocasiones lo ha precisado la Corte, hay que convenir en que el examen de la relevancia típica de la conducta no puede hacerse a partir del examen de episodios a los cuales se les pretende conferir una autonomía que no permite captar su finalidad y su sentido. Es necesario conjugar los distintos momentos que como expresión del acuerdo ilegal se revelan en el expediente y no cada episodio como estanco de la acción por fuera del contexto histórico en el cual la conducta se inscribe. De no hacerlo, a la reunión de Casa Loma o a otros sucesos, como la entrega de becas a familiares de “JD”, se les

puede minimizar su significado desde el punto de vista valorativo, si se los analiza aisladamente.

[...] Por supuesto que esa **alianza entre el político en ejercicio del poder local y el jefe paramilitar** del Bloque Héroes de Montes de María, es ilegal no tanto porque al asistir a Casa Loma la presencia del alcalde le confiera importancia a la organización ilegal o porque con ello muestre cierta simpatía hacia ellos, sino porque la presencia voluntaria del procesado en la reunión en donde se expuso el proyecto paramilitar y sus perspectivas políticas, es un hecho probado del cual se infiere, junto con otros hechos, como se verá, que el alcalde **puso el poder local al servicio de la causa de la organización ilegal**, que es en esencia lo que constituye el concierto ilegal.

En tal sentido, el que haya puesto el poder local al servicio de la causa paramilitar lo prueba el hecho de que, como lo expresó el jefe paramilitar -dato que reposa en el computador entregado a la fiscalía quinta especializada—, a través de alias “M”, un miembro financiero del bloque, el alcalde mensualmente entregaba 3 millones de pesos para el sostenimiento del grupo armado. Con total ingenuidad, por decir lo menos, en las instancias se dijo que no había mayor prueba, o que no había homogeneidad en el relato acerca de las cifras, conclusión que solo es posible de defender a través del análisis separado de las pruebas. Claro, porque en los documentos trasladados del proceso contra alias el “TH”, correspondientes a los registros del computador de “D”, se encontraron anotaciones en las cuales consta que la alcaldía de Arjona tributaba entre los años 2002 y 2003, justo cuando el procesado era alcalde, la suma ya indicada a la organización.

De manera que el argumento del recurrente, en el sentido de que no había unanimidad acerca de tal supuesto, o de que la cadena de custodia vicia la prueba no es más que una falacia, pues la prueba documental corrobora el relato de alias “JD.” Este medio probatorio que recoge un dato histórico y que fue llevado como prueba trasladada, reafirma y ratifica plenamente la versión de JD y de sus jefes financieros, en el sentido de que el alcalde CCMTO financió la causa paramilitar. De eso no hay duda.

En tal sentido, obsérvese que la Sala no abrió espacio, para conservar la congruencia, hacia juicios más severos, como el de considerar la financiación al grupo al margen de la ley como un

acto de efectiva colaboración con el grupo ilegal, situación que, de haberse apreciado correctamente por la fiscalía, hubiera permitido ubicar la conducta en el tercer aparte del artículo 340 del Código Penal, por el mayor desvalor que significa financiar efectivamente la organización ilegal, que concertarse con ese propósito.

La pena, entonces habría sido muy superior, de manera que la desproporción que sugiere el recurrente en cuanto al monto de la sanción, es inaceptable.

De otra parte, como se probó con total contundencia, el alcalde no pidió la intervención de la fuerza pública para enfrentar organizaciones de autodefensa, o para despachar un tiempo desde Cartagena de Indias para eludir la coacción de los grupos de paramilitares. No fue por temor a las autodefensas, pues en tal caso así lo habría consignado en los escritos en que pidió apoyo de las fuerzas del orden o en las autorizaciones para despachar desde otra ciudad, sino por la necesidad o urgencia de enfrentar o evadir, según sea el caso, a agrupaciones de guerrilla que hacían presencia en la región, como se consignó en los escritos en que planteó su solicitud y en las respuestas a sus requerimientos.

De manera que **la prueba del concierto es sólida tanto en lo objetivo como en lo subjetivo.**

[...] De manera que la prueba para condenar al acusado por los cargos formulados en la imputación por el **delito de concierto para delinquir para promover y financiar grupos al margen de la ley, satisface el estándar exigido por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000** en cuanto a la demostración de la autoría y responsabilidad se refiere.

La Sala no hará mención a la posible intervención del acusado en el plan homicida contra el Personero COC, y a la influencia de dicho comportamiento en la demostración de la conducta por la cual ahora se le juzga. No lo hará por el riesgo de considerar elementos de una conducta por la cual el acusado fue favorecido con preclusión de la investigación y por la incidencia negativa que puede causar en la legitimidad de la decisión un elemento que es innecesario tratar ante la contundencia de la prueba que demuestra que CMTO se concertó con las autodefensas del Bloque Héroes de Montes de María para promover y financiar ese tipo de organizaciones ilegales, cuando ejerció el cargo de alcalde del municipio de Arjona en el departamento de Bolívar.

La Sala, por tanto, **confirmará la sentencia condenatoria** proferida por primera vez por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia».

(Textos resaltados por la Relatoría)

VIOLENCIA DE GÉNERO MEDIANTE EL USO DE AGENTES QUÍMICOS

En orden a la erradicación de la violencia contra mujeres y niñas, el ámbito de competencia del juez se extiende a la adopción de medidas eficaces para eliminar prejuicios y estereotipos socioculturales

Luego de haber decidido casar la sentencia absolutoria del Tribunal para dejar vigente la de primer grado, en virtud de la cual el procesado fue declarado responsable del delito de *lesiones personales agravadas en concurso homogéneo y simultáneo*, la Sala estimó fundamental referirse al fenómeno de la *violencia de género* y particularmente a aquella que es dirigida contra las *mujeres y niñas* valiéndose de *agentes*

químicos. En este sentido consideró que es deber de los Jueces adoptar todas las medidas para eliminar prejuicios y estereotipos sociales y garantizar la ejecución de actividades afirmativas de protección respecto de las víctimas, entre ellas, las destinadas a su rehabilitación. Igualmente, encontró necesario llamar la atención de los jueces, para que adopten las previsiones pertinentes orientadas a que las imágenes que se tomen de las audiencias, en estos casos, se dirijan principalmente a los agentes generadores de prueba -testigos y peritos-, en aras de garantizar el principio de inmediatez.

SP13189-2018 (50836) del 10/10/18

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer || **DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer:** con agentes químicos, medidas legislativas || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Erradicación de la violencia contra mujeres y niñas:** el ámbito de competencia del juez se extiende a la adopción de medidas eficaces para eliminar prejuicios y estereotipos socioculturales || **LESIONES PERSONALES AGRAVADAS - Mediante el uso de agentes químicos** || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Uso de agentes químicos:** se trata de una forma de violencia extrema || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Uso de agentes químicos:** implica sometimiento, dominación y deshumanización de las mujeres y niñas || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Compulsación de copias:** ante las autoridades para que se emprendan acciones afirmativas de protección || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Resocialización del condenado:** el Juez de Ejecución de Penas valorará su participación en programas de sensibilización || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Víctima:** orden a la Secretaria Distrital de la Mujer para garantizar su rehabilitación || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Resocialización del condenado:** orden a la Secretaria Distrital de la Mujer para que le brinde un programa de sensibilización y formación en el respeto de los derechos de las mujeres y niñas

«Las agresiones contra las mujeres con agentes químicos como una forma de violencia de género

Para la Sala es importante hacer mención a la gravedad de la forma en la que se produjeron las lesiones personales objeto de este proceso y su significación social.

Las **lesiones personales contra las mujeres con sustancias químicas** constituyen una forma de violencia que tiene en Colombia un crecimiento exponencial, a punto tal que el legislador nacional debió tomar medidas legislativas para hacerle frente -Leyes 1639 de 2014 y 1773 de 2016-, al tiempo que, administrativamente, diferentes instituciones del Estado han creado dependencias encargadas del tema.

Teniendo en consideración la gravedad de las lesiones que acarrearán los ataques con agentes químicos, toda vez que desfiguran y marcan el cuerpo de sus víctimas tratándolas como objetos, negándoles toda su humanidad y dignidad, los estudios modernos consideran que sobrepasan el nivel de aceptación que tiene la sociedad sobre la violencia, por lo que tal comportamiento ha sido catalogado como una forma de **violencia extrema**.

La excesiva barbarie, sometimiento, dominación y deshumanización mostrada por el procesado como respuesta a una «ofensa» ocasionada por una indefensa niña de tres años, entraña un simbolismo de crueldad intolerable que atenta contra la dignidad de todas las mujeres y niñas del país.

La insensibilidad del procesado se desvela como una forma de violencia cultural y social llevada al extremo, infringida contra las víctimas con el propósito de aleccionarlas, aterrorizarlas y someterlas, sin que lo detuviera que se trataba de una mujer y su pequeña hija de muy corta edad.

Tampoco reparó el acusado en la gravedad de las lesiones que les ocasionaría, ni en el dolor que el químico produce al entrar en contacto con la piel, mucho más en una niña; recuérdese que la señora LL afirmó que de inmediato su hija empezó a gritar, se orinó y defecó allí mismo, que a la hora sangró y que no le pudo quitar la media porque el caucho le quedó adherido en la piel.

Peor aún, la víctima narró que RP terminó de verter el ácido sobre ellas y les arrojó la botella en la que lo portaba, y sin ningún tipo de consideración, vergüenza o arrepentimiento se marchó del lugar dejándolas a su suerte.

La Sala debe precisar que este comportamiento revela una grave indolencia y excesiva crueldad del procesado hacia el género femenino y especialmente hacia las niñas, pues resulta difícil suponer una reacción igual de su parte si la colisión se hubiera presentado con un varón adulto.

Pues bien, debido a las implicaciones que tiene la adopción de un modelo de Estado Social de Derecho en el que **los jueces están llamados a garantizar la protección de las prerrogativas fundamentales** y con ello, de manera prioritaria, **la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas**, el ámbito de sus competencias no se limita, como antaño, a interpretar y a aplicar la ley para la resolución de

un caso concreto, sino que se extiende a la **adopción de todas aquellas medidas eficaces que conduzcan a eliminar los prejuicios y estereotipos socio culturales que niegan y limitan el pleno ejercicio de sus facultades.**

En este orden de ideas, el cumplimiento del mandato constitucional e internacional de protección a esta calidad de víctimas, implica que si al momento de ejercer sus competencias legales los jueces se percatan de la existencia de una situación que respecto de ellas amerita desplegar un ámbito especial de protección, el máximo órgano de justicia ordinaria pueda adoptar ciertos actos procesales encaminados a revertir tal estado de cosas.

Aquello no comporta una sanción adicional, ni un exceso o un desbordamiento en el ejercicio de sus competencias legales como Corte de Casación. Por el contrario, hacer caso omiso ante eventos que probatoriamente evidencian la comisión de un delito con ingredientes de violencia contra la mujer y las niñas, que ameritan la necesidad de intervención del Estado para materializar las garantías de no repetición y la materialidad de la prevención positiva y negativa, conllevaría a un desconocimiento del imperativo constitucional de protección de derechos, y de contera, a un incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia.

En otras palabras, en un Estado Social de Derecho la comprensión del principio de legalidad, que limita la actuación de todas las autoridades públicas, incluidas las judiciales, debe acompasarse con los mandatos de optimización en materia de derechos humanos.

Así las cosas, si al momento de analizar un caso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia advierte que debido a la naturaleza del delito perpetrado o al modo en que los hechos se desarrollaron, las víctimas requieren un acompañamiento especial en aras de garantizar sus derechos, con base en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, específicamente, el artículo 4 literales c, f y g de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, que exhorta a los Estados a *«proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y conforme a la legislación nacional castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares»*, cuenta con la competencia para **compulsar copias a las**

autoridades e instituciones que considere necesarias a efectos de que se emprendan acciones afirmativas de protección.

Debido a lo anterior, la Corte dispondrá que la **Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá, D.C.**, o la institución distrital que sea del caso, actúe en doble vía: por un lado, **frente a las víctimas del presente asunto, para que impulse las actuaciones administrativas necesarias tendientes a garantizarles el derecho a la rehabilitación** como componente de la restitutio in integrum y, por otro lado, **frente al condenado, para que le brinde un programa de sensibilización y formación en el respeto de los derechos de las mujeres y las niñas**, lo que en efecto se ordenará.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad valorará muy especialmente en la toma de sus decisiones, la participación del condenado en las actividades programadas.

Esta medida, además de reforzar el proceso de eliminación de la violencia contra la mujer y las niñas como un obstáculo para el logro de la igualdad, del desarrollo y de la paz, se erige como una estrategia de readaptación social del condenado que impulsará su proceso de resocialización».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: principio de inmediación, importancia del registro filmico de imágenes de los testigos en la audiencia pública del juicio oral || **JUEZ - La Corte le hace llamado de atención**

«La importancia del registro filmico de imágenes de los testigos en la audiencia pública del juicio oral como herramienta garantizadora de la inmediación de la prueba

Toda vez que en nuestro sistema procesal penal la prueba puede ser rebatida mediante la interposición de recursos que implican su revaloración por un funcionario judicial diferente a aquel que presencié su práctica, **las imágenes de video resultan de gran importancia**, pues acercan al juez de las instancias superiores al lenguaje gesticular y corporal del testigo, al tiempo que le permite ahondar en otros detalles ajenos al lenguaje hablado.

Debido a lo anterior, la Sala considera oportuno y pertinente **llamar la atención para que, en lo sucesivo, cuando exista la disponibilidad técnica para grabar las audiencias en video, las imágenes se tomen, principalmente de los**

agentes generadores de prueba -testigos y peritos- y no, como ocurrió en el presente asunto, de los abogados litigantes.

En el marco de la cooperación entre las altas Cortes, esta consideración se trasladará al

Consejo Superior de la Judicatura para su difusión».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

