



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RELATORIA SALA PENAL

**Boletín Informativo**  
**20 de marzo 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. 33254 27/02/13 M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

### **INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 890 DE 2004 A LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 1121 DE 2006**

**(PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA)**

**TEMAS:** PENA-Principio de proporcionalidad: Límite a la libertad de configuración legislativa /POLÍTICA CRIMINAL-Fundamentación para agravar una conducta /PENA-Principio de proporcionalidad: Límite a la libertad de configuración legislativa /POLÍTICA CRIMINAL-Fundamentación para agravar una conducta /LEY 1121 DE 2006-Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26): Inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890

#### **ANTECEDENTES:**

D.F.A.G., aceptó cargos en la formulación de imputación por el delito de extorsión en la modalidad de tentativa. En primera instancia no le fueron concedidos subrogados penales y la rebaja de pena por aceptación. El Tribunal confirmó y frente a esta decisión el defensor presentó demanda de casación, que fue inadmitida, por lo que la Corte emite su pronunciamiento de oficio frente a la posible vulneración a la garantía de proporcionalidad de la pena.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<Ha de destacarse, de cara al asunto sub exámine, el principio de proporcionalidad, cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal.

3.2.2 Al respecto ha de puntualizarse que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sólo la utilización medida, justa y ponderada del ius puniendi, destinado a proteger los derechos y las libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico.

(...)  
De la vigencia de dicho principio se desprende, de un lado, que en el proceso de criminalización de conductas

el Estado ha de acudir al principio de necesidad, con miras a evitar la penalización de comportamientos cuando tenga otros medios menos lesivos para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar.

De otra parte, al momento de la determinación de la consecuencia penal, el legislador se halla limitado a la fijación de una pena proporcionada, sin que pueda excederse en la potestad de configuración punitiva. Tal garantía para el ciudadano implica, entonces, que no se puede castigar más allá de la gravedad del delito, trazándose de esta manera un límite a las finalidades preventivas y encauzando la retribución a senderos respetuosos de la justicia y la dignidad humana.

En términos simples, la proporcionalidad implica correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito. Así, el derecho penal dentro de un Estado catalogado como constitucional y democrático ha de ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia social de los hechos delictivos. En consecuencia, exigir proporción entre delitos y penas significa que la dureza de aquéllas no ha de exceder la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado.

(...)  
Desde esa perspectiva, la desproporción y la evidente carencia de razonabilidad en la fijación legislativa de las penas, las tornan ilegítimas.»

«Aplicando lo hasta ahora expuesto al concreto momento de fijación legislativa de la pena, en eventos de incrementos punitivos posteriores a la tipificación inicial, para la Sala es claro que la agravación de la consecuencia penal establecida en un primer momento en la creación del tipo, requiere un análisis de proporcionalidad independiente y regido por parámetros diversos a los aplicados al nacimiento de la respectiva disposición normativa.

Tal aditamento, por cuyo medio se intensifica la incidencia negativa en los derechos fundamentales, reclama legitimidad desde la óptica del principio de proporcionalidad; lo contrario devendría en arbitrariedad legislativa, por cuanto se admitiría la existencia de márgenes de castigo carentes de

justificación, emanados de la simple voluntad del legislador.»

«En síntesis, la articulación de las anteriores consideraciones lleva a la Corte a concluir que el principio de proporcionalidad en la determinación e imposición de la pena ostenta la condición de garantía fundamental. Por ende, su vulneración comporta arbitrariedad, bien en la respectiva disposición penal, bien en la fijación de la consecuencia punitiva. En ese contexto, sin dudar, un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento resulta opuesto al entendimiento constitucional del derecho penal.»

«El art. 26 de la Ley 1121 de 2006, por medio de la cual se dictaron normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo, preceptúa:

Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

(...)  
En consonancia con tal postura, la jurisprudencia especializada ha venido entendiendo que las rebajas de pena por allanamiento a cargos o preacuerdo, reguladas en la Ley 906 de 2004, no tienen cabida para los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, en virtud de la prohibición contenida en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006(35).

(...)  
Esa comprensión, según se expondrá enseguida, habrá de modificarse --impactando también lo concerniente a los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo y conexos--, bajo el postulado según el cual la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, tiene la potestad de variar su jurisprudencia, conforme a lo establecido en el art. 4° de la Ley 169 de 1896, en consonancia con los precedentes constitucionales y especializados pertinentes.

(...)  
Pues bien, a partir de la reseña normativa y jurisprudencial efectuada en el acápite inmediatamente anterior, la Sala reitera que el aumento genérico de

penas incorporado al ordenamiento jurídico a través del art. 14 de la Ley 890 de 2004, únicamente encuentra justificación en la concesión de rebajas de pena por la vía de los allanamientos o preacuerdos, regulados en la Ley 906 de 2004.

Las disminuciones de pena a las que se llegaría por la aplicación de tales mecanismos de justicia premial justificó que el legislador, desde la óptica del principio de proporcionalidad, ajustara los límites punitivos a fin de mantener la consonancia entre la gravedad de los delitos y las consecuentes penas, conforme a lo estimado a la hora de expedir el Código Penal y sus respectivas reformas.

(...)  
Al vincular la norma con la realidad que en la actualidad pretende regular, se presenta la siguiente situación: el fundamento del aumento genérico de penas estriba en la aplicación de beneficios punitivos por aceptación de cargos. Sin embargo, el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 impide cualquier forma de rebaja, tanto por allanamiento como por preacuerdo.

Bajo ese panorama, pese a admitirse la legitimidad de la prohibición de descuentos punitivos (art. 26 de la Ley 1121 de 2006), en tanto medida de política criminal en lo procesal, salta a la vista una inocultable y nefasta consecuencia, a saber, el decaimiento de la justificación del aumento de penas introducido mediante el art. 14 de la Ley 890 de 2004 o, lo que es lo mismo, la desaparición de los fundamentos del plurimencionado incremento punitivo.

Esa consecuencia implica, pues, afirmar que en relación con los delitos enlistados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --en eventos cuyo juzgamiento se gobierna por la Ley 906 de 2004--, el aumento de penas de la Ley 890 se ofrece injustificado en la actualidad, en tanto el legislador únicamente lo motivó en las antedichas razones, de orden meramente procesal, sin ninguna otra consideración de naturaleza penal sustancial o constitucional.

De manera pues que si un aumento de penas carente de justificación se traduce en una medida arbitraria, la aplicación del incremento genérico del art. 14 de la Ley 890 de 2004 a los delitos previstos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 deviene en desproporcionada.>>

#### DECISIÓN:

Casa de oficio y parcialmente.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**TEMAS:** LEY 1121 DE 2006-Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26): Aplicación simultánea con el aumento de penas del art. 14 de la Ley 890

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<Es palmario que si la concepción y diseño de la política criminal corresponde al legislador en lo no regulado directamente por el Constituyente dentro de la llamada libertad de configuración, y si dentro de la política penal, la pretensión del Congreso de la República fue la de excluir a los condenados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, de cualquier rebaja de pena o subrogado penal, no resulta procedente aducir que en aras de preservar el principio de proporcionalidad de la pena, sea viable asumir que al negarse las rebajas de pena por sentencias anticipadas derivadas de acuerdos o allanamientos, no es procedente el incremento punitivo dispuesto en la Ley 890 de 2004 para los condenados, entre otros, por el delito de extorsión.

Si según a una regla interpretativa de vieja data donde el legislador no distingue es improcedente que el intérprete lo haga, no resulta plausible desvertebrar el alcance de los preceptos sin sujeción al imperio de la ley para arribar a una interpretación ajena a la voluntad del legislativo y a las deducciones posibles del texto legal analizado.

(...)  
De acuerdo con la disposición transcrita puede colegirse, de una parte, que el artículo 26 de la Ley 1126 de 2006 es lo suficientemente claro en cuanto se refiere a negar toda rebaja de pena o subrogado penal a quienes fueren condenados, entre otros, por el delito de extorsión. Y, de otra, que al consultar la exposición de motivos para que el legislador introdujera dicho precepto, logra establecerse que su finalidad no fue distinta a la de responder con dureza punitiva a la comisión de tales punibles, sin permitir, se reitera, las rebajas de penas o el otorgamiento de subrogados.

(...)  
Es por eso que a través de la jurisprudencia no se puede desconocer el propósito exteriorizado del constituyente derivado de erradicar o, por lo menos, atemperar esa realidad criminal, mediante el instrumento legítimo que hace parte de su libertad de configuración legislativa en materia penal, de negar todo beneficio o subrogado a quienes sean condenados por tales delitos, incluyéndose allí, desde luego, la reducción de pena por preacuerdos o allanamientos.

(...)  
Quiero ser enfática al expresar que una tal interpretación por parte de la Sala mayoritaria contraviene el querer popular de endurecer las penas

para ciertos delitos que azotan tan hondamente a una sociedad cada vez más indefensa frente al poderío de las bandas criminales, cuyos responsables encuentran inmerecida benevolencia con posturas tales como la que discrepo, contrariando el fin perseguido por el legislador, amén de debilitar la credibilidad del ciudadano en la Administración de Justicia, de la cual espera la imposición de sanciones efectivas y proporcionales al daño causado, para este tipo de conductas.

Conforme a las razones expuestas, considero que la aplicación del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no supone en manera alguna inaplicar el incremento de penas dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.>>

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DR. JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTÍZ**

**SENTENCIA. Rad. N° 39559 06/03/13 M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA**

**LA CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO IMPLICA LA AUSENCIA DE ACCIÓN POR PARTE DEL SUJETO**

**(PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL QUE COMETE DELITO NO PUEDE CONSIDERAR DICHA SITUACIÓN COMO FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO)**

**TEMAS:** FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO- Implica la ausencia de acción del sujeto /FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO-No lo configura una enfermedad mental /INIMPUTABILIDAD- Esquizofrenia /SISTEMA PENAL ACUSATORIO- Prueba pericial: Apreciación /DICTAMEN PERICIAL- Inimputabilidad

**HECHOS Y ANTECEDENTES:**

A.B.T., quien padecía de enanismo y laboraba como docente en un jardín infantil, fue condenada por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravados. En la audiencia de juicio oral, *“la defensa presentó dos testimonios periciales. En uno, el experto afirmó que la acusada “no tenía, ni tiene, la capacidad para comprender la gravedad de los hechos dentro de los cuales se desenvuelve en la vida real”; y, en el otro, que ella “presenta una deficiencia cognitiva que le impide comprender sus acciones [...] y pudieron influenciar su conducta en relación con el delito por el cual se le juzga”.*

**EL RECURSO:**

La defensa formuló dos cargos por violación directa de la ley sustancial a saber: 1) falta de aplicación del

numeral 1° del artículo 32 del C.P. y, 2) falta de aplicación de los artículos 9, 12 y 33 del C.P.

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

<<Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor están consagrados en el artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, ambos como nociones que equivalen al “imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Trasladado dicho concepto, propio del derecho privado, a una teoría del delito coherente con la Ley 599 de 2000, que es el actual estatuto punitivo, le asiste la razón al representante del Ministerio Público cuando sostuvo en la sustentación oral del recurso extraordinario que, en materia penal, los casos de fuerza mayor obedecen a situaciones de ausencia de acción.

Así lo reconoció la Corte en el fallo de 5 de diciembre de 2007, si bien en relación con el caso fortuito:

“Cuando se hace alusión a un caso fortuito [y a una fuerza mayor, añade ahora la Sala], lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida ésta como la portadora de un rol socialmente comprensible, o bien la imposibilidad de establecer la relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como ‘obra suya’ lo segundo. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción”.

Ahora bien, extraer un concepto material de acción que sea objeto de consenso en la cultura jurídico penal contemporánea ha sido siempre una empresa problemática. Sin embargo, ya sea entendida la acción como un “movimiento corporal externo [...] producido mediante el acto de voluntad”, o el ejercicio de un “obrar orientado conscientemente desde el fin”, o una “causación del resultado individualmente evitable”, o una “manifestación de la personalidad”, etcétera, lo cierto es que, en la práctica, sería contrario a la razón sostener la configuración de un caso fortuito o una fuerza mayor (es decir, de una falta de acción) cuando al mismo tiempo sea evidente la existencia de un comportamiento humano, bien sea activo o de omisión, a partir del cual pueda predicarse la lesión del bien jurídico. En otras palabras, habrá acción en sentido penal cada vez que, parafraseando el artículo 29 de la Constitución Política, concurra un acto imputable a una

persona.»

«Plantear una enfermedad mental como un evento de fuerza mayor (o de caso fortuito) es, como se explicó, un sinsentido, dado que las condiciones mentales de un individuo de ninguna manera podrían eliminar la realidad ontológica de sus actos. Es decir, si se arguye que alguien cometió una conducta bajo el influjo de un estado esquizofrénico, es incoherente afirmar que ello encaja en la causal de ausencia de responsabilidad invocada, pues ésta implica la ausencia de un comportamiento humano en sentido jurídico penal. Y, en este caso, no hay duda de que el organismo acusador le atribuyó a la procesada un hecho que, a todas luces, debe considerarse una conducta, un acto de naturaleza humana, que en principio está conectado con un resultado dañoso o abusivo en detrimento de los derechos de un menor: besar y tocar a un niño de diez años en un contexto de relación de tipo sexual.»

«La esquizofrenia aducida por el abogado se refiere, entonces, a un problema de inimputabilidad, esto es, a la capacidad del sujeto activo para comprender la licitud de su conducta o para determinar su comportamiento de acuerdo con esa comprensión, en los términos del artículo 33 de la Ley 599 de 2000.»

#### DECISIÓN:

No casa.

**Auto. Rad. N° 40603 06/03/2013 M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL TÉRMINO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD QUE SE TIENE EN CUENTA PARA SUSTITUIR LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO SE CONTABILIZA A PARTIR DE LA POSTULACIÓN DEL GOBIERNO CUANDO EL SUJETO ESTABA PRIVADO DE LA LIBERTAD PREVIO A SU DESMOVILIZACIÓN**

**(LEY 1592 DE 2012)**

**TEMAS:** LEY DE JUSTICIA Y PAZ- Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, contabilización del término de privación de la libertad, cuando se desmovilizó estando recluso /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Desmovilización: Concepto, diferente a la dejación de las armas bajo la Ley 782 de 2002 /LEY DE JUSTICIA Y PAZ-Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, interpretación del término "estando en libertad"

#### ANTECEDENTES:

D.G.B.J solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento “en tanto lleva más de 8 años recluso

*en establecimiento penitenciario desde el momento en que hizo dejación de armas, pues se desmovilizó el 4 de junio de 2003, esto es, hace 9 años y 7 meses”*

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<La Corte encuentra que no les asiste razón a los impugnantes en tanto realizan un análisis fraccionado de la norma en cuestión, motivo por el cual ratificará la decisión apelada, en atención a las siguientes consideraciones:

La lectura sistemática del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005 permite colegir que para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el postulado debe haber estado detenido mínimo 8 años en centro de reclusión sujeto a las reglas de control penitenciario, contados así:

i) Desde el inicio de la privación de la libertad en centro de reclusión sujeto a las reglas de control penitenciario, cuando el postulado se hallaba libre al momento de la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció;

ii) Desde la postulación por el gobierno nacional si el desmovilizado se encontraba privado de la libertad “al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció”, con independencia de que se hubiese entregado con antelación al amparo de otros ordenamientos jurídicos, conforme lo precisa el parágrafo de la citada norma, cuando preceptúa.

“En los casos en los que el postulado haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció, el término previsto como requisito en el numeral 1 del inciso primero del presente artículo será contado a partir de su postulación a los beneficios que establece la presente ley”.

Entonces, la misma Ley 975 de 2005, modificada y adicionada por la Ley 1592 de 2012, establece el parámetro para determinar si la entrega, para efectos de los beneficios allí contemplados, se produjo en libertad o no.

(...)  
Resulta evidente que cuando el Bloque Central Bolívar se desmovilizó (12 de diciembre de 2005), (...) se encontraba privado de la libertad por cuenta de las diversas condenas que la justicia permanente le había impuesto con ocasión de los delitos comunes que cometió durante su permanencia en ese grupo armado ilegal.

En ese contexto, la regla aplicable al caso es la contenida en el parágrafo del artículo 18 A, por cuya razón el término de 8 años para conceder la sustitución de la medida de aseguramiento debe contabilizarse

desde el momento de la postulación de (...), esto es desde el 10 de mayo de 2007, resultando que no ha permanecido privado de la libertad dicho lapso desde su inclusión por el gobierno nacional en el listado de aspirantes a las prerrogativas de la Ley de Justicia y Paz.»

«No puede asimilarse, como lo pretenden los impugnantes, la dejación de armas individual acaecida al amparo de la Ley 782 de 2002 con la desmovilización efectuada a la luz de la Ley 975 de 2005 porque cada una obedece a un marco normativo diferente y da paso a prerrogativas diversas con disímiles consecuencias jurídicas.

Así, la Ley 782 permite acceder a los beneficios de indulto, amnistía, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación del procedimiento, según sea el caso, respecto de los delitos políticos cometidos con ocasión de la pertenencia a un grupo armado ilegal, más no así respecto de los punibles de naturaleza común, los cuales deben investigarse y juzgarse por la justicia permanente. Esa es la expectativa razonable generada en quienes voluntariamente deciden dejar las armas y someterse a ese régimen jurídico.

(...)

Por su parte, la Ley 975 permite a las personas que el gobierno nacional postule, obtener una pena alternativa de hasta 8 años de prisión por todos los delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado ilegal, siempre y cuando contribuyan efectivamente al esclarecimiento de la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, sin distinción de la naturaleza de los delitos concretados.

De esta forma, los ordenamientos jurídicos no son iguales, al punto que para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005 los aspirantes a la misma, así hubiesen dejado las armas en vigor de la Ley 782 de 2002, deben manifestar por escrito su interés de participar en ese trámite, requieren estar certificados como miembros de una organización al margen de la ley y, además, tienen que ser postulados por el gobierno nacional.»

**DECISIÓN:**

Confirma

**Auto. Rad. N° 40474 06/03/2013 M.P. Dr.  
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**“SE PUEDE INTERPONER EL RECURSO DE  
REPOSICIÓN CONTRA LA DETERMINACIÓN DE LA  
CORTE QUE ORDENA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN  
PENAL POR PRESCRIPCIÓN, CUANDO ESE TEMA NO  
HA SIDO OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN”**

**TEMAS:** PRESCRIPCIÓN-Declaratoria en el trámite casacional: Procede recurso de reposición

**ANTECEDENTES:**

Durante el trámite de casación, la Corte observó que la acción penal seguida contra M.V.S por el delito de peculado por apropiación había prescrito. La Corte observó, procedió a declararla e informó la procedencia del recurso de reposición.

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<Se comunicará a las partes que contra la presente decisión procede el recurso de reposición, pues si bien es cierto, la Sala en reciente pronunciamiento señaló que no procedía ningún recurso contra la decisión que en sede extraordinaria decreta la prescripción de la acción penal cuando quiera que éste no ha sido un tema objeto del recurso de casación, sea esta la oportunidad para recoger tal criterio, en la medida en que de todas formas debe garantizarse el derecho al debido proceso de las partes y sujetos procesales a los que afecta una decisión de fondo que pone fin al conflicto penal e imposibilita al Estado para que ejerza su potestad punitiva.

(...)

Así debe ser entendido el artículo 189 de la Ley 600 de 2000, cuando de manera expresa señala que contra la decisión que en segunda instancia declara la prescripción de la acción penal, procede la reposición, siempre que ese punto no haya sido objeto del recurso.

Aunque la norma en cita no haga mención a que esa determinación se tome en sede extraordinaria, de todas formas no puede la Sala incurrir en un interpretación restrictiva y exegética del precepto, bajo el argumento de que en esa particular situación, el recurso de reposición sólo es admisible si la determinación la toma el juez de segunda instancia y no la Corte en sede de casación, pues siempre la aplicación de la ley procesal debe encaminarse a la efectividad del derecho material y de las garantías de los actores en un proceso penal, las cuales resultarían vulneradas en caso de que se negara el recurso de reposición a quien le asiste legitimidad para recurrir el auto que decreta la prescripción y la consecuente cesación de procedimiento con efectos de cosa juzgada.

En tal medida, la Sala retoma el criterio que se venía aplicando, según el cual se puede interponer el recurso de reposición contra la determinación de la Corte que ordena la extinción de la acción penal por prescripción, cuando ese tema no ha sido objeto del recurso de casación, tal y como se indicó en el auto del 6 de diciembre de 2012 dentro del radicado 39491.>>

**DECISIÓN:**

Declara prescrita la acción penal, ordena cesación de procedimiento a prueba y declara procedente el recurso de reposición.

**Sentencia. Rad. N° 37858 13/03/2013 M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAD BUSTOS MARTÍNEZ**

**CONFIGURACIÓN DE PECULADO POR APROPIACIÓN Y CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN EL LLENO DE REQUISITOS LEGALES A TRAVÉS DE OPERACIONES DE COLOCACIÓN DE RECURSOS DE EXCEDENTES DE LIQUIDEZ EN PATRIMONIOS AUTÓNOMOS BAJO LA FIGURA DE OFERTA COMERCIAL DE CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIOS CON PACTO DE READQUISICIÓN (CASO DE LA GOBERNACIÓN DEL CASANARE)**

**TEMAS:** PECULADO POR APROPIACIÓN-Reintegro de lo apropiado: No modifica la tipicidad de la conducta pago por la cesión de derechos económicos / PECULADO POR APROPIACIÓN - Disponibilidad jurídica: Gobernador, inversiones temporales de dinero en cuenta única nacional, no distingue en cuanto a los saldos líquidos/ PECULADO POR APROPIACIÓN - Disponibilidad jurídica: A través de la cesión de derechos económicos/ CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-Colocación de excedentes de liquidez /CELEBRACIÓN DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES-Contratos para la obtención de beneficios financieros sobre fondos para la cancelación de obligaciones en contratos estatales /CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD-Sobre bienes o recursos de utilidad común o satisfacción de necesidades básicas, regalías /TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE - Fundamento de su responsabilidad: Fiduciaria

**HECHOS**

W.H.P.P. en calidad de Gobernador, autorizó la inversión de recursos de excedentes de liquidez en patrimonios autónomos administrados por fiduciarias, bajo la figura contractual de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición. Dicha inversión, no estaba autorizada por la ley, no contaron con respaldo o garantía y se afectó de esta manera el erario departamental.

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

«Como punto de partida del examen que corresponde realizar a la Sala, empiece por señalarse que la prueba obrante en la actuación, particularmente aquella condensada en las actuaciones de la Contraloría General de la Nación y el seguimiento efectuado por el

Departamento Nacional de Planeación, informan que los dineros en cuantía de \$63.000'000.000 trasladados a patrimonios autónomos en virtud de seis ofertas de cesión de derechos de beneficio que el Gobernador autorizó realizar, correspondían a excedentes de liquidez provenientes de “saldos contractuales”, es decir, sumas que como lo ha sostenido la defensa ya habían agotado un previo proceso contractual.

De manera que la destinación primaria de dichos dineros no era otra que la satisfacción de las cargas oficiales para con los contratistas de la Gobernación, como contraprestación de los bienes o servicios que éstos debían entregar, no obstante lo cual, de acuerdo con el marco regulatorio de las finanzas del Estado, correspondía a la administración departamental colocarlos temporalmente en el mercado financiero con miras a obtener rendimientos, hasta tanto se verificaran las condiciones de pago.

(...)  
Basta revisar el contenido de dichas ofertas, para advertir cómo ellas condensaron acuerdos bilaterales en cuya virtud el oferente se comprometió a ceder a favor de la Gobernación los derechos económicos que dijo tener sobre algunos contratos en ejecución, a cambio de una suma de dinero oficial que debía girar aquella con destino al fideicomiso previamente constituido por el cedente, suma que éste último retornaría en el hipotético término de uno o dos años, incrementada en el 9 y el 10,5%.

Por manera que se trató de pactos causantes de obligaciones recíprocas, que si bien no participan de la forma en que las entidades estatales suelen desarrollar su actividad contractual, quiere decir, convocando, evaluando y seleccionando a quien les prestará el bien o servicio demandado, ello no los sustrae de su condición de contratos estatales, como quiera que al tenor de lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se entienden incluidos en dicha categoría,

“[...] todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1. Contrato de obra [...]
2. Contrato de Consultoría [...]
3. Contrato de prestación de servicios [...]
4. Contrato de concesión [...]
5. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública [...]

Para lo que interesa al proceso, importa destacar que en la formación de esos contratos, como actos que imponían cargas de dar a la entidad territorial, ésta debía constatar el cumplimiento de los requisitos de su esencia previstos en la legislación civil, esto es, los relativos al consentimiento válido, la capacidad de obligarse, el objeto y causa lícitos, elementos últimos que a su vez se hallaban coligados a las disposiciones a través de las cuales se reglamenta el uso temporal de los recursos que por esa vía se irían a comprometer y que de manera particular limitaban la autonomía de la voluntad de la administración.

En esa dirección, competía a la Gobernación verificar, a través de estudios de conveniencia y oportunidad, si los contratos propuestos de cesión de derechos de beneficio consultaban los principios guía de rentabilidad, seguridad y solidez que para las inversiones financieras prevé el artículo 98 del Decreto 111 de 1996 y si, además, se correspondían con alguna de las expresas modalidades de inversión consagradas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003.

(...)  
Y ciertamente, ese marco normativo que era de imperativo acatamiento fue soslayado de manera flagrante, en la medida que la entidad territorial aceptó comprometer parte de sus excedentes de liquidez a cambio de participar en los resultados de unos negocios privados, es decir, en meras expectativas, uso por manera alguna autorizado por el legislador para ese tipo de recursos.

Consecuentemente, en virtud de la expresa prohibición legal de asumir con cargo a los excedentes de liquidez, operaciones distintas de las expresamente contempladas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, deviene evidente la ilicitud del objeto de aquellos contratos estatales de cesión de derechos de beneficio que celebró el tesorero de (...), a partir de las autorizaciones que para tal efecto le impartió el Gobernador (...), pues con ellos se contrarió abiertamente el derecho público de la Nación.»

«Tampoco es posible convenir con la tesis de la defensa, según la cual el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993 regula una cláusula permisiva en cuya virtud la administración está habilitada para entregar los saldos de contratos, no sólo a través de la fiducia, sino “bajo cualquier otra forma que permita la obtención de beneficios”, modelo que se sostiene es el que ocurre en la mayoría de los casos.

Pues bien, dígase al respecto que esas otras “formas” para la obtención de beneficios no pueden interpretarse con aquella laxitud pretendida, ni habilitan para realizar cualquier negocio que ofrezca altos márgenes de

rentabilidad, por atractivos que pudieran llegar a ser; contrariamente, todos los actos asociados a la disposición de dineros públicos, aun con carácter temporal, están precedidos de un fuerte componente regulatorio llamado a limitar la autonomía de la voluntad de sus administradores y custodios, en cuya virtud se impone a ordenadores y ejecutores del gasto orientar sus acciones hacia el cumplimiento de los principios y procedimientos específicos erigidos en salvaguarda del interés general que subyace al manejo de las finanzas públicas.

Para el caso, tratándose de entidades territoriales, las alternativas de rentabilidad aludidas por el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, naturalmente deben integrarse a aquellas otras disposiciones regulatorias de las inversiones temporales autorizadas, particularmente, se impone adecuar esa acción administrativa a las modalidades expresamente autorizadas en el ya mencionado artículo 17 de la ley 819 de 2003.»

«En punto a definir el tema objeto de debate, ha de recordarse, en primer término, que la obligación de reparar que se reclama del tercero civil no se soporta en una relación contractual previa, como parece entenderlo el apoderado de (...), sino en su culpa concurrente en la producción del daño, inclusive siendo ajeno a su producción causal, motivo por el cual la fuente de esa obligación es la denominada responsabilidad indirecta o aquiliana.

(...)

Por manera que, para el caso, la circunstancia de que el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago se estructurara de manera tal que ni (...) directamente, ni el patrimonio autónomo que a través suyo se conformó, se constituyeran en deudores de la Gobernación, como sí lo hizo por vía contractual directa la (...), de manera alguna lo desliga de su responsabilidad civil en la producción del daño patrimonial, ni lo exime de su obligación de concurrir solidariamente a su reparación.

(...)

No pasa desapercibido para la Corte que sobre (...), advertido como estaba de la naturaleza pública de los dineros que iban a nutrir el patrimonio autónomo, aun no constituido, pesaba la obligación de verificar en primer orden la legalidad de aceptar su ingreso, no como un mero acto de trámite llamado a cumplir un requisito formal más según se hizo conforme lo evidencian los correos que vienen de mencionarse, sino de manera ponderada y sustancial en cumplimiento del expreso mandato contenido en el artículo 1º, parágrafo, del Decreto 1049 de 2006.

(...)

Y superado ese primer test, le correspondía a (...) advertir a la Gobernación el riesgo previsible que se

cernía sobre los caudales públicos, o simple y llanamente, no admitir a la entidad territorial como inversionista beneficiario en cuanto contaba con esa potestad, en cumplimiento de los especiales deberes que pesan sobre todas las entidades fiduciarias a partir de las previsiones del artículo 1234 del Código de Comercio y de las contenidas en el estatuto orgánico del sistema financiero, particularmente aquellos relativos a “información”; “diligencia, profesionalidad y especialidad”; y “previsión”, desarrollados en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996(80).

Mas lo que se advierte es que uno y otros deberes fueron sistemáticamente inobservados por (...).>>

#### DECISIÓN:

Condena.

**Sentencia. Rad. N° 40022 27/02/13 M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**CUANDO UN SUJETO HACE UNA PETICIÓN PRINCIPAL Y OTRA SUBSIDIARIA Y EL JUEZ LE RECONOCE ALGUNA DE LAS DOS NO CUENTA CON INTERÉS PARA RECURRIR CUANDO PRETENDE SE LE CONCEDA LA OTRA**

**TEMAS:** APELACIÓN-Interés jurídico: Carencia cuando el a quo concedió la petición principal o la subsidiaria, y se recurre alegando se reconozca la no concedida.

#### ANTECEDENTES:

En el proceso seguido contra A.C.C., por el delito de homicidio simple, la Fiscalía en los alegatos de finales solicitó, como principal, se le condenara como coautor y subsidiariamente como cómplice. En primera instancia se le condenó bajo el último título, mientras que en segunda, a petición de la Fiscalía, se modificó el fallo para deducir coautoría.

#### EL RECURSO:

La defensa postula violación directa por falta de aplicación del artículo 31 de la Constitución

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

<<Cuando en el desarrollo de un juicio la parte interesada postula una petición, o interpone un recurso, y advierte que ello lo hace de manera principal y que de no acogerse ese inicial planteamiento formula otro de modo subsidiario, es claro que sus pretensiones quedan satisfechas con cualesquiera de las dos propuestas, en el entendido de que reclama que, en principio, se valore su tesis principal y que solamente en el supuesto de no ser acogida, se analice la subsidiaria.



(...)  
 En esas condiciones, quien ejerce un derecho de postulación o de impugnación de modo principal, pero a renglón seguido señala otro de manera subsidiaria, aspira, y así lo pone de presente, a que ante la eventualidad de que lo principal no sea acogido, se reemplace esa pretensión por la subsidiaria, que, así, pasa a hacer las veces de principal, desde donde deriva que, de acogerse el primer pedido, no hay lugar a valorar el segundo, en tanto el reclamo del actor se encuentra satisfecho, pero, a la par, de no admitirse el postulado principal, el deber judicial es estudiar el subsidiario que entra a reemplazar a aquel, a sustituirlo, a hacer sus veces.

Bajo tal entendimiento resulta incontrastable que cuando la parte, la Fiscalía en este caso, formula dos peticiones al juez, una principal y otra subsidiaria, con cualesquiera de ellas encuentra satisfechas sus pretensiones, en tanto aspira que la principal encuentre eco, pero, de no lograrlo, inmediatamente la reemplaza, la sustituye por la subsidiaria, supuesto en el cual esta colma plenamente sus expectativas.

5. Así, cuando el juzgador acoge el pedido de la parte, sea el principal o el accesorio, esta queda deslegitimada para recurrir ese aspecto, en cuanto carece de interés jurídico, como que la causa postulada se satisface en igualdad de condiciones con una de sus dos pretensiones, la principal o la subsidiaria, a partir de lo cual se entiende que cuando la decisión se pronuncia en los términos propuestos por alguna de ellas, la misma no causa un agravio, un perjuicio, precisamente por estar a tono con el reclamo, y ese agravio, ese perjuicio, es el que señala la legitimidad, el interés.>>

#### **DECISIÓN:**

Casa parcialmente.

**Auto. Rad. N° 38547 27/02/2013 M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.**

#### **S.P.A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DESPUÉS DE FORMULADA LA IMPUTACIÓN**

(ART. 293 DE LA LEY 906 DE 2004)

**TEMAS:** SISTEMA PENAL ACUSATORIO-  
 Prescripción: Después de la formulación de imputación

#### **ANTECEDENTES:**

C.A.C.H., fue condenado por el delito de homicidio culposo, la defensa presentó demanda de casación pero la Corte encontró que la acción penal había prescrito.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<El artículo 6 de la ley 890 de 2004, modificatorio del inciso 1° del 86 del Código Penal, mediante el cual se consagra que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, es reproducido literalmente por el inciso 1° del artículo 292 de la ley 906 de 2004.

(...)  
 El término que comenzó a correr de nuevo con la formulación de la imputación se suspende con la emisión de la sentencia de segunda instancia, al disponer el artículo 189 de la mencionada ley que “Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción”.

Luego si con la formulación de la imputación empieza a correr de nuevo el término de prescripción de la acción penal, el cual se “suspende” únicamente con el proferimiento del fallo de segunda instancia, en este asunto la acción penal se hallaba prescrita cuando se dictó el de primer grado.

En efecto, el artículo 109 del Código Penal con la modificación introducida por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, consagra para el homicidio culposo prisión que oscila entre treinta (30) meses a nueve (9) años.

De modo que si la acción penal prescribe en “un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal”, al haber transcurrido más de cuatro (4) años y seis (6) meses contados a partir de la formulación de la imputación, tal fenómeno aconteció en este caso el 30 de abril de 2011, fecha en la cual no había culminado el juicio oral. >>

#### **DECISIÓN:**

Declara prescrita la acción penal, Dispone preclusión y compulsas copias.

**Sentencia. Rad. N° 37285 13/03/2013 M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

#### **LAS EMPRESAS AFILIADORAS DE VEHÍCULOS DE TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL RESPONDEN COMO TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES POR DELITOS EN QUE VEHÍCULOS AFILIADOS ESTÁN INVOLUCRADOS**

(CLÁUSULAS LIMITADORAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONTRATOS DE AFILIACIÓN NO LAS EXONERA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL)

**TEMAS:** TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE- Empresa de transporte /TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE- Empresa de transporte: Las cláusulas que limitan la responsabilidad no son oponibles a terceros

**ANTECEDENTES:**

C.H.M.D. fue condenado por el delito de lesiones personales culposas en la integridad de J.F. A su vez se condenó como terceros civilmente responsables al propietario del vehículo y a la empresa de taxis (...)

**EL RECURSO:**

La empresa (...) presentó demanda de casación, cuyos cargos admitidos fueron **1)** nulidad por “*anfibiaología en la sentencia de segunda instancia*”; **2)** violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad por tergiversación “*del contrato del vehículo de placas (...) a la empresa (...)*”; y, **3)** violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículo 304 y 305 del C.P.C

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<Resulta acertado sostener, como se hace en la sentencia, que las empresas transportadoras, en cuanto afiliadoras para la prestación regular del servicio a su cargo, independientemente de que no tengan la propiedad del vehículo respectivo, ostentan el calificativo de guardianas de las cosas con las cuales se ejecutan las actividades propias de su objeto social, “no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado.”(subrayado de la Sala).

(...)  
Tales conclusiones, lejos de ser equívocas, se compaginan completamente con los desarrollos jurisprudenciales alrededor de la responsabilidad civil predicable en cabeza de las empresas afiliadoras de vehículos de transporte público y especialmente de aquellas encargadas del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros en vehículo taxi, tema ampliamente analizado en el fallo de casación del 27 de julio de 2012, radicado No. 35.558, en el cual se parte

de reconocer que las varias personas que en mayor o menor grado tienen injerencia en el manejo o control del bien con el cual se cumple la actividad peligrosa, asumen solidariamente el compromiso de indemnizar a la víctima, como se establece en el inciso primero del artículo 36 de la Ley 336 de 1996 (Estatuto Nacional de Transporte).

(...)  
Esa norma, dijo la Corte en aquella oportunidad, claramente hace responsable “para todos los efectos” a la empresa transportadora y al propietario del equipo. Se trata de una responsabilidad patrimonial solidaria por los daños originados en ejercicio de la actividad peligrosa del transporte automotor, agregando que ni el precepto transcrito ni los desarrollos jurisprudenciales en el área civil, excluyen de la condición de guardián de la actividad peligrosa y, por consiguiente, de su responsabilidad patrimonial en razón de los daños derivados de ella, a las empresas de transporte terrestre automotor en vehículos taxi.

Lo anterior, explicó la Corte, se justifica porque legalmente sólo a través de tales empresas es posible la prestación de ese servicio público, de donde no es admisible que las compañías dedicadas a su explotación, pretendan evadir su responsabilidad por los daños que se causen con su ejercicio, aduciendo que no tienen el control de la actividad, cuando precisamente la habilitación oficial para hacerlo está sujeta al cumplimiento de unos requisitos rigurosos, entre ellos, la prestación de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual a que se alude en el fallo impugnado.

También se destaca en el precedente citado, que si las compañías de transporte son las encargadas de acreditar ante la autoridad de transporte los requisitos para obtener o renovar la tarjeta de operación de los vehículos propios y ajenos, entre los que se cuentan el seguro obligatorio, certificaciones acerca de la existencia de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual de la empresa y constancia de la revisión técnico mecánica de los vehículos que no sean de último modelo, como se dispone en los arts. 43 y 44 del decreto 172 de 2001, surgen evidentes los poderes de dirección y control que ejercen las empresas sobre los automotores afiliados.

Además, no sobra reiterar lo afirmado por la Sala en aquella oportunidad, en el sentido de que si las empresas transportadoras se sustraen de dichos poderes de dirección y control, ello no las exonera de la responsabilidad civil derivada de los delitos que se cometan con los equipos afiliados, pues “el sólo hecho de la vinculación o afiliación de los automotores” las

hace responsables patrimonialmente de los perjuicios que sean consecuencia del desarrollo de su actividad.»

«Basado en un precedente jurisprudencial emanado del Consejo de Estado(6), el Juzgado desecha el argumento expuesto por el apoderado de la demandada, porque se tiene decantado que en torno a las obligaciones de las empresas de transporte y su relación con los propietarios y conductores de los vehículos a ellas afiliados, “...los propietarios como los conductores, son para efectos del transporte, agentes de la empresa...”, de donde su relación “...no es meramente nominal, sino material o real, en la medida en que los vehículos son el medio a través del cual ella desarrolla su objeto social...”

En ese sentido, no existió el error denunciado y menos equivocación en la valoración del contenido de las cláusulas limitatorias de la responsabilidad civil de la empresa afiliadora, pues lo que se señala, en últimas, es que las mismas resultan inoponibles a los terceros afectados con los daños que ocasione el vehículo, conclusión compatible con el tipo de responsabilidad que se atribuye a la empresa afiliadora, esto es, una responsabilidad civil extracontractual derivada, como ya se anunció, de su condición de guardiana de la actividad peligrosa.>>

#### DECISIÓN:

No casa.

**Sentencia Rad. N° 33713 06/03/2013 SALA DE CASACIÓN PENAL**

#### PARAPOLÍTICA: EN REGIÓN DE URABÁ

**TEMAS:** CONCIERTO PARA DELINQUIR-Agravado: Con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos /CONCIERTO PARA DELINQUIR-Agravado: Con fines de paramilitarismo, alianzas con políticos, no supone actos políticos y/o legislativos a favor del grupo para su configuración

#### ANTECEDENTES:

Se adelantó proceso penal contra E.O.L., ex Representante a la Cámara, por el delito de Concierto para delinquir agravado, bajo la modalidad de “promover grupos armados al margen de la ley”.

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

«Para incurrir en delito de concierto para delinquir, con la finalidad de promover grupos armados al margen de la ley (Art. 340, inc. 2º Ley 599/00), basta hacer coalición o acuerdo, de cualquier clase, sin expresas facultades legales (Art. 12, Ley 418 de 1997), con grupos de justicia privada, paramilitares o autodefensas. Aliarse con esa categoría de delincuencia lleva ínsito,

per se, una concesión de dignidad, reconocimiento social, exaltación, mejora de sus condiciones, legitimación, apoyo, todos proscritos en la ley, porque en cambio de restarle vigor o poder, debilitarla, o por lo menos estar al margen, siempre cumpliendo los deberes ciudadanos (Art. 95 C.P.), se promueve, aviva, engrandece o fortifica, afrentando el bien jurídico de la seguridad pública.

VII.36. Por eso sobran las preguntas de la defensa acerca de los “proyectos de ley” presentados por el acusado en beneficio de los paramilitares; o de las “consignas, mensajes o publicidad en general” en favor de los mismos, e inclusive de la “contraprestación recibida por (...)”. Ninguna de esas situaciones es condición necesaria para la configuración del delito de concierto para delinquir, bajo el modo de la promoción de grupos armados ilegales. Basta saber que el movimiento político “Por una Urabá Grande, Unida y en Paz” fue una coalición entre la dirigencia política del Urabá, a la que perteneció (...), y los paramilitares que operaron en la zona con el comandante “Alemán” a la cabeza, fusionados en torno al propósito de hacerse a puestos de poder en la organización estatal, a todos los niveles: local, regional y nacional.

Para responder a la defensa, es equivocado pensar que el concierto para promover grupos paramilitares se configura, solamente, a través de campañas publicitarias en su favor, o fomentándolos de “manera tangible” a través de “documentos” o leyes de beneficios; esas pueden ser algunas maneras de materializar el acuerdo, pero no las únicas. Para que se estructure el delito se requiere el acuerdo con la finalidad de fomentar esa categoría de delincuencia, así no se alcance el resultado, pues la antijuridicidad del comportamiento posa sobre el riesgo de la seguridad pública; eso es suficiente.

VII.39. Promover o impulsar esa especial categoría de delincuencia es, simplemente, concederle una dignidad de la que está privada, un status que no tiene, legitimarla socialmente, ponerla en alta consideración o darle reconocimiento, ayudarla de cualquier manera, en fin, fortificarla, por contraste a restarle poder, debilitarla, combatirla o acabarla. Y eso se puede hacer de múltiples formas: una de ellas, poniendo las autodefensas a su mismo nivel o altura, en ejercicio de cualquier tipo de pacto, coalición, negociación o acuerdo; excepción hecha de los realizados con autorización del Gobierno Nacional, en el contexto de procesos de paz y reconciliación (Art. 12, ley 418 de 1997).>>

#### DECISIÓN:

Condena.

**Auto. Rad. N° 40330 06/03/13 M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA**

**S.P.A. LAS VÍCTIMAS NO TIENEN LEGITIMIDAD PARA RECURRIR EL AUTO QUE DECIDE LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS CUANDO LAS MISMAS NO FUERON SOLICITADAS POR ELLAS.**

**TEMAS:** SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Audiencia preparatoria: Solicitud y decreto de pruebas, víctimas, legitimidad para interponer recursos

**ANTECEDENTES:**

En el proceso contra la Dra. M.T.L.M., el representante de las víctimas y el ministerio público interpusieron recursos de apelación contra la decisión del Tribunal frente a la admisión algunas pruebas solicitadas por la defensa.

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<Ha puntualizado que la facultad para solicitar pruebas y, por contera, para impugnar la decisión que resuelve sobre ellas, debe valorarse a partir de quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica, de tal suerte que si la Fiscalía y la defensa son las únicas partes llamadas a cumplir tal finalidad, las víctimas no están legitimadas para recurrir respecto de las pruebas que no solicitó directamente o por intermedio de la Fiscalía en las oportunidades que tenía para ese cometido.

Lo anterior bajo el entendimiento de que las víctimas tienen la carga de hacer causa común con la Fiscalía, pues esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación y la única llamada a introducir las pruebas. Por lo tanto, las solicitudes probatorias de las víctimas como su disenso respecto de las pruebas admitidas a la defensa, son aspectos que debe canalizar a través del ente acusador como su único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertir en el debate oral(16).>>

**DECISIÓN:**

Se abstiene de resolver recurso de apelación.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

<<Con el respeto debido hacia las opiniones y el criterio ajenos, procedo a consignar las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto en relación con la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, a través de la cual se abstuvo de pronunciarse sobre el recurso de apelación promovido por el representante de la víctima contra la decisión adoptada durante la audiencia preparatoria por el Tribunal de Cali en el sentido de acceder a la práctica de algunas pruebas solicitadas por

la defensa de la doctora (...) dentro del presente proceso que se sigue en su contra por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión y cohecho.

Previamente debo señalar que esta postura obedece a una mayor reflexión sobre la temática relacionada con los derechos de las víctimas en el marco del sistema penal acusatorio, acorde con los desarrollos internacionales y de la jurisprudencia constitucional, y que se ha visto reflejada en mis últimos salvamentos y aclaraciones de voto.

Pues bien, la Corte no ha debido tomar esa determinación, sino, a tono con los derechos, prerrogativas y facultades de dicho interviniente especial y con el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia ha vertido la Corte Constitucional, entrar a su análisis de mérito, valorando y sopesando la impugnación.

(...)  
A mi modo de ver también se consolida la vulneración a una tutela judicial efectiva a las víctimas cuando se limita su intervención en el proceso penal impidiéndole algunas prerrogativas, como ocurre con la decisión de la cual me aparto donde se le niega la posibilidad de impugnar directamente, y no a través de la Fiscalía, decisiones relacionadas con la práctica probatoria, lo cual, además, entraña una evidente regresión frente a la Ley 600 de 2000, pues una vez constituida y reconocida la víctima como parte civil en el proceso, a tenor de lo normado en el artículo 86 de ese estatuto, contaba con la facultad de promoverlo sin mediación alguna, desventaja que no encuentra justificación si, como lo han decantado unánimemente esta corporación y el Tribunal Constitucional, la Ley 906 de 2004 supuso un avance notorio en los derechos de las víctimas.>>

**Sentencia. Rad. N° 33799 13/03/13 M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ**

**VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO CON MIEDO**

**Y**

**EL RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS SE COMPLEMENTA POR LA PRUEBA TESTIMONIAL**

**TEMAS:** TESTIMONIO - Apreciación probatoria: Testigo con miedo a declarar/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS-Se complementa con la prueba testimonial/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS-Valoración probatoria /RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS-Técnica

**ANTECEDENTES:**

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

H.S.H de la C y L.C.L.C. fueron acusados por homicidio agravado y concierto para delinquir. Éste último se acogió a sentencia anticipada, mientras aquél fue condenado en primera instancia y absuelto en segunda.

#### **EL RECURSO:**

La parte civil elevó como cargo principal la violación indirecta de la ley sustancial por violación a los principios de la sana crítica al valorar el testimonio de la hermana de la víctima que a su vez presencié los hechos. Como subsidiario, la violación indirecta de la ley sustancial por haber omitido la valoración de varias pruebas.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

«El miedo (razón expresada por (...)) es una respuesta emocional ante la presencia de peligros o amenazas, por lo que se encuentra estrechamente relacionado con el concepto de defensa; se trata de una sensación de angustia o emoción que surge frente a dichos peligros reales o imaginarios, de la cual pueden desencadenarse diversas reacciones: el sobresalto, la inmovilidad, la huida, el grito, el silencio, etc.

Obedeciendo a una sensación que puede experimentar cualquier ser humano, resulta entendible, como lo señala el Ministerio Público, que la señora (...), merced a la situación concreta de miedo que padeció por haber sufrido y presenciado un suceso altamente traumático (el homicidio de su hermano), se haya mostrado reticente a informar los detalles de lo acontecido a los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigaciones, pero confiada frente al Fiscal encargado de la investigación a quien, por el contrario, le suministró los detalles del suceso; actitud que revela una simple expresión de prudencia ante la posibilidad de ser también víctima directa de la agresión, mas no que su relato, por ese simple hecho, se ofrezca errado, impreciso o falto de veracidad, como lo consideró el Tribunal. »

«Mención adicional merece la prueba de reconocimiento en fila de personas, en relación con la cual la Corte tiene dicho que se trata de un acto a través del cual se busca establecer la identidad de una persona que ha participado en la comisión de un delito, a través de quien afirma haberla visto y que es puesta en contacto visual con ella. No tiene en nuestra legislación procesal penal la categoría de prueba autónoma, como acontece con la inspección, la pericia, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios. Por ello, su condición de prueba derivada del testimonio ha

conllevado a que tradicionalmente se le considere como complemento de éste, aunque con entidad jurídica propia, lo cual quiere decir que, en cuanto acto procesal, es autónomo, y que el incumplimiento de los requisitos legalmente requeridos para su validez no afectan la eficacia jurídica de la prueba a la cual complementa (testimonio), ni viceversa.

Por consiguiente, aun cuando se encuentra atada a un testimonio concreto, la omisión de su análisis bien puede denunciarse como un error de hecho por falso juicio de existencia (por el carácter autónomo que se le reconoce), o como un error de identidad si se entiende que es el testimonio el que realmente resulta alterado en su integridad.

Lo cierto es que en el presente caso el Tribunal dejó de valorar el reconocimiento en fila de personas que sucedió a la captura del señor (...).>>

#### **DECISIÓN:**

Casa.

**Sentencia. Rad. No. 39339 27/02/13 M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

#### **PECULADO POR APROPIACIÓN POR EL APODERAMIENTO DE LOS DINEROS RECAUDADOS POR IMPUESTOS Y NO CONSIGNADOS A LA DIAN EN LAS FECHAS CONVENIDAS**

**TEMAS:** SERVIDOR PUBLICO - Particulares: Recaudo de impuestos/ AUTORÍA - Representante legal o miembro de junta directiva/ IMPUESTOS - Recaudo: Entidades financieras, peculado por apropiación

#### **HECHOS Y ANTECEDENTES:**

La DIAN denunció que el Banco (...) “*autorizado para el recaudo de los impuestos nacionales y tributos aduaneros administrados por la DIAN, había incumplido los compromisos adquiridos (...) al no efectuar oportunamente la consignación*” del dinero recaudado. Adelantadas las diligencias, el representante legal del Banco fue condenado por el delito de peculado por apropiación.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

<<Dada la naturaleza del dinero como bien fungible, que según se sabe no puede hacerse uso adecuado sin consumirlo, o como dice el art. 663 del C.C. “no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”, inexorablemente tales recursos podían ser manejados por el banco, sin que en todo caso esto significara que dentro de los estrictos plazos de 19 días no se tuvieran que consignar en las arcas públicas, pues

pese a la característica que le es propia a esta especie de bienes, en el caso concreto nunca dejaron de configurar recursos públicos del Estado en forma tal que la precariedad de su empleo no podía menguar la relación jurídica de la que emanaba el cumplimiento del objeto contractual del convenio de autorización para su recaudo.

Al margen de que la contraprestación consistiera en el manejo precario de esos dineros públicos, condición que tenían habida cuenta que el propio art. 803 del Estatuto Tributario al fijar la fecha en que se entiende pagado el impuesto precisa con toda claridad que “Se tendrá como fecha de pago del impuesto, respecto de cada contribuyente, aquella en que los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de impuestos nacionales o a los bancos autorizados...”, es un hecho que en relación con los mismos debía no sólo tenerse plena disponibilidad sino proceder a su consignación dentro de los plazos estipulados.

7. Precisamente en la circunstancia de haber dispuesto de tales recursos, conforme aduce el casacionista en el tercer cargo para reputar tergiversadas las pruebas demostrativas de que los citados dineros sirvieron para cancelar obligaciones legítimas con terceros y aun aceptando que la integridad de los haberes públicos en miles de millones tuvieron esa destinación, nada distinto logra con este argumento el actor que evidenciar la apropiación que de los mismos se hizo para cubrir las sumas destacadas, sin que en condiciones semejantes esa circunstancia, de asumirse cierta y entonces haberse presentado, pueda obrar en favor de la conducta objeto de confrontación penal.

No se trató, en la forma como lo asume la demanda, de una jurídica y materialmente imposible “apropiación propia”, pues como ya se advirtió, era para el Banco y sus directivas imperativo contar con las sumas destinadas a cubrir los distintos rubros a que pertenecían, con mayor razón aquellas que en desarrollo de la función pública de recaudación tributaria habían entrado a sus cuentas.

**DECISIÓN:**

No casa

---