



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Octubre 31 de 2019 n.º 19

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>

INASISTENCIA ALIMENTARIA

No se configura, cuando no se acredita que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos

Al estudiar el asunto bajo los parámetros de la garantía constitucional de *doble conformidad*, la Sala encontró procedente revocar la sentencia *condenatoria* del Tribunal, para en su lugar restablecer la *absolutoria* de primera instancia, respecto del acusado por el delito de *inasistencia alimentaria*, luego de constatar que el juez colegiado incurrió en falsos juicios de identidad así como de existencia por suposición de la prueba, que lo llevaron a concluir que el procesado detentaba *capacidad económica* para atender el *deber alimentario* para con sus hijos, sin que tal circunstancia en realidad se hubiese acreditado, con la observancia de los parámetros de debido proceso y presunción de inocencia.

SP4412-2019 (54593) del 16/10/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por distorsión: se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** se configura || **INDICIO - Concepto** || **INDICIO - Hecho indicador:** debe estar probado || **INDICIO - De capacidad económica** || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** se configura || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** de la prueba del hecho indicador, vicia la construcción de la inferencia || **CARGA**

DE LA PRUEBA - Afirmaciones o negaciones indefinidas: no requieren prueba || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Se vulnera** || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - No se configura:** cuando no se acredita que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca y confirma absoluciones de primera instancia

«En la sentencia de primera instancia se afirmó que el acusado realizaba algunos trabajos ocasionales para doña MG, y que según el patrullero de la Policía Nacional, OFOF, ÁMG se encontraba afiliado al Régimen de Salud Subsidiado y al Fondo de Pensiones Porvenir, según lo pudo comprobar vía internet.

Igualmente se adujo que TCV, madre de los menores, declaró no saber en qué trabaja el padre de sus hijos y que en alguna ocasión le entregó \$ 200.000.00, único gesto que ha tenido con sus hijos con quienes el acusado no tiene ningún trato.

Por último, el juzgado destacó que MG refirió que ocasionalmente el acusado realiza algunos trabajos para ella, de lo que obtiene una remuneración de \$ 6.000 por dos horas de riego o de \$ 12.000 cuando trabaja cuatro horas. De sus actividades económicas la testigo no dio mayores detalles, supo que hace algunos años sembraba tabaco, y no sabe si la casa donde vive ÁMG sea de su propiedad.

De todo ello el juzgado concluyó que no se demostró que el acusado tuviera la capacidad económica para cumplir con el deber de asistencia alimentaria.

Con base en los mismos elementos de juicio, el Tribunal Superior en segunda instancia resolvió el asunto en sentido contrario. Consideró que a partir de la posesión material de un inmueble -tema que encontró probado con la documentación del Registro de Instrumentos Públicos— y del testimonio de su ocasional contratante sobre su trabajo eventual, se podía inferir la capacidad económica de GR.

[...] **El Tribunal distorsionó el contenido de la prueba testimonial.** A partir de ese error, para acreditar la capacidad económica del acusado, enlazó la reflexión que hizo de la declaración de MGB con el hecho de que el acusado tuviese la posesión de una casa de habitación, hecho que declaró probado con base en documentos que no fueron incorporados al juicio, incurriendo también en un error de hecho por falso juicio de existencia.

[...] La prueba objetivamente demuestra lo contrario. La única persona que se refirió a la actividad económica de AMGR fue MGB. A partir del minuto 42.10 de la audiencia de juicio oral declaró lo siguiente:

[...] Según la declarante, los pagos al acusado son o eran ocasionales. No tiene mayores detalles acerca de su situación económica, si tiene o no propiedades, ni si trabaja al jornal para otras personas, lo que significa que la información que tiene la testigo acerca de la actividad económica de GR es bastante precaria. Si así es, **es evidente que el Tribunal distorsionó el contenido del testimonio.** En efecto, consideró que con esa declaración se acreditó que el acusado desempeñaba una actividad económica continua, lo cual no corresponde a la objetividad del medio probatorio.

En ese sentido reafirmó, con base en el testimonio de AMG, que se acreditó la capacidad económica del acusado, siendo que la testigo dijo que era un trabajo de veras ocasional que le procuraba unos ingresos ínfimos y, en segundo lugar, aseveró que a pesar de que *“podía aportar así fuese una menor cantidad para la subsistencia de sus hijos,”* el acusado no lo hizo, desconociendo lo que dijo la madre de los menores, quien reconoció que alguna vez hizo aportes pero en menor cantidad a la debida; **cercenó en este sentido el testimonio** de la madre de los menores.

Además, como se dijo, apreció otras *“pruebas”* que jurídicamente no obran en el expediente para concluir que el acusado tenía la solvencia económica para cumplir con su deber, con el fin de conferirle coherencia a un razonamiento artificial.

Con base en certificados del Registro de Instrumentos Públicos, relacionados con la posesión irregular de un bien inmueble, el Tribunal dedujo que el acusado tenía la solvencia económica para cumplir un deber que no había satisfecho. Solventó su juicio en lo dicho en la Sentencia SP del 30 de mayo de 2018, Rad. 47107, en la cual se indicó lo siguiente:

“De acuerdo a la experiencia, por lo general, quien tiene bienes inmuebles es porque tiene capacidad económica para adquirirlos. Además, ser el titular del derecho de dominio de ese tipo de bienes implica tener capacidad económica, pues es claro que la posibilidad de enajenarlos a título oneroso trae consigo ingresos económicos.

... Probado que el agente tiene capacidad económica derivada de ser el propietario de bienes, prima facie se descarta una justa causa del incumplimiento.”

Pues bien, **de un hecho probado se puede inferir el hecho por establecer, dice la teoría indiciaria**, y eso es lo que la providencia de la Corte enseña. Pero **como todo indicio, la inferencia parte de un hecho que debe estar probado:** en este caso, que el acusado es propietario o poseedor material de bienes inmuebles. En este caso, no obstante, el error **la segunda instancia incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia sobre la prueba del hecho indicador. Esta situación se presenta toda vez que la prueba de la propiedad de los bienes, regular o en falsa tradición, no fue acreditada legalmente**, debido a que los documentos con los cuales la fiscalía pretendía acreditar ese hecho no fueron descubiertos ni incorporados legalmente al juicio, por lo cual el juez no los decretó como prueba.

[...] Este tipo de juicios en los que incluso se recrimina al acusado por conductas que en criterio del juez plural ha debido realizar, a veces entrando en la no muy aconsejable confusión entre derecho y moral, tienen el problema de que se sustentan en pruebas que legalmente no fueron incorporadas al proceso, lo

cual en rigor se traduce en un **falso juicio de existencia sobre la prueba del hecho indicador que vicia la construcción de la inferencia.**

Adicionalmente conjeturas sobre la eventualidad de realizar acciones para materializar en efectivo una propiedad, es un tema que la Corte, en la misma providencia indicada, aclaró que no se puede solventar en **afirmaciones indefinidas**, en el entendido de que **no cabe acreditar la conducta punible de inasistencia alimentaria** aduciendo “*que el acusado no desplegó ningún comportamiento para obtener recursos por enajenación de bienes, pues bien se sabe que las negaciones indefinidas no son objeto de prueba.*”

[...] Hay que entender entonces, para lo que ahora es de interés, que todo acusado, por el delito que fuere y cualquiera sea su gravedad, tiene el derecho inderogable **a ser juzgado conforme a un proceso como es debido**, es decir, a que se **presuma su inocencia** como punto de partida de la actuación judicial, y a ser vencido conforme a reglas pre establecidas,

entre las que se incluye el derecho a que solo las pruebas previamente descubiertas e incorporadas al juicio pueden ser valoradas a la hora de decidir su situación judicial.

Al no hacerlo, como se ha puesto en evidencia, **el Tribunal para inculpar al acusado de la conducta imputada cayó en la tentación de distorsionar y mutilar la prueba testimonial, y de suponer una prueba que jurídicamente no obra en el expediente, con tal de asegurar que el enjuiciado contaba con las condiciones económicas suficientes para cumplir el deber de solidaridad con sus hijos.**

No se llega, entonces, al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad, como lo impone el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, **en garantía de la doble conformidad, se revocará la decisión del Tribunal Superior y en su lugar se confirmará la sentencia absolutoria de primera instancia».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

PREVARICATO POR ACCIÓN

No se configura por la simple diferencia de criterios respecto de un determinado punto de derecho, que admite diversas interpretaciones u opiniones

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

La Sala decidió *revocar* la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal, para en su lugar *absolver* al funcionario de la Fiscalía acusado por el delito de *prevaricato por acción*, al advertir, luego del análisis jurídico probatorio del asunto, que la determinación preclusiva que aquél adoptó, fue ajustada al ordenamiento, por lo que no podía ser considerada manifiestamente contraria a la Ley. En tal sentido recordó que este tipo penal no se configura por la simple divergencia de criterios jurídicos, menos en asuntos que puedan estimarse complejos, como tampoco tiene necesariamente lugar por la omisión de la valoración conjunta de las pruebas, sino que su determinación impone la identificación de la disonancia entre la determinación y la norma, con un nivel tal que revele el interés o capricho para desatender el derecho aplicable.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación: evento en que la Fiscalía la efectuó de manera abstracta y general || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos:** elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley): impone el cotejo entre el contenido de la resolución o dictamen y la ley, para establecer su contradicción || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos:** elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley): requiere la comprobación de que la disonancia es de tal magnitud que revela el capricho o el interés particular, con desprecio del derecho aplicable || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** requiere la concreción del derecho violado o desconocido || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** no admite afirmaciones generales que se limitan a ratificar el supuesto normativo, sin concretarlo || **PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:** por la simple

SP4415-2019 (55474) del 16/10/19

diferencia de criterios respecto de un determinado punto de derecho, que admite diversas interpretaciones u opiniones || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** la revocatoria de la decisión de primera instancia al resolver la apelación, no implica por sí sola que sea manifiestamente contraria a la ley / **PRINCIPIO DE AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL** - Funcionario de la Fiscalía

«[...] fácil se advierte que **la acusación fue abstracta y general**, ya que, en efecto, **el fiscal nunca precisó cuál es el ordenamiento legal o constitucional violado o desconocido por el funcionario**. Simplemente se limitó a hacer un recuento de la actuación procesal seguida contra el entonces alcalde [...] y el representante legal de la mencionada IPS, luego de lo cual concluyó que HHB, en ejercicio de sus funciones, “*desconoció el recaudo probatorio que indicaba la presunta ocurrencia del delito*”, pero no indicó cuál era la evidencia presuntamente ignorada por el acusado para arribar a una conclusión jurídica diversa a la que llegó.

Ese supuesto fáctico -desconocimiento de la prueba- por sí solo no llena el vacío sobre el **elemento normativo del tipo manifiestamente contrario a la ley**, el cual **impone no solo la verificación de un cotejo entre el contenido de la resolución o dictamen y la ley**, en orden a establecer su contradicción, **sino la comprobación de que esa disonancia es de tal magnitud que revela el capricho o el interés particular, con desprecio del derecho aplicable**.

Premisa a partir de la cual esta Corporación ha enfatizado que para una correcta, completa y clara definición de responsabilidad penal, **es necesaria la concreción del derecho violado o desconocido, siendo inadmisibles aquellas afirmaciones generales que se limitan a ratificar el supuesto normativo, sin concretarlo** (CSJ SP, 28 nov. 2012, rad. 39198).

Precisamente esa indeterminación de la Fiscalía en este caso llevó a que la primera instancia hiciera apreciaciones adicionales a la valoración de la prueba, como la exigencia al procesado de un “*plus adicional probatorio y argumentativo*” al que realizara la Fiscalía 12 Delegada ante el Tribunal [...], quien “*había perfilado, con fundamento en el mismo material probatorio, la conclusión a la que habría de llegarse*”: la autoría

de los implicados en el delitos de peculado por apropiación.

Tal apreciación del a quo merece varias precisiones. En primer lugar, debe recordarse que **las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho**, especialmente frente a materias que por su complejidad o por su misma ambigüedad, **admiten diversas interpretaciones u opiniones, no pueden considerarse como propias del prevaricato**, pues en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución (CSJ SP, 23 feb. 2006, rad. 23901).

Así, **que otro funcionario judicial resuelva de manera diferente un mismo asunto, no necesariamente** puede estimarse mejor opción, o siquiera la única legalmente posible; ni mucho menos, **significa un desacierto ostensible de la determinación que resulte contraria**. Pues una exigencia de este tipo, además, **afecta de manera sustancial los principios de imparcialidad e independencia judicial** (CSJ AP, 5 dic. 2018, rad. 52549).

Luego, además de que excedió el juicio de reproche atribuido en la acusación, el Tribunal no podía fundamentar la condena en que el ex Fiscal [...] desconoció lo decidido previamente por su superior jerárquico. No solo porque **el hecho de que el primero haya considerado el asunto de manera diferente al segundo, no es razón suficiente para predicar la ilegalidad de la determinación adoptada por el funcionario judicial investigado**, sino porque no es cierto que la Fiscalía de segunda instancia haya resuelto la apertura de la investigación con base en la misma evidencia con la que contaba el aquí acusado al calificar el mérito del sumario».

PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración: no aplica a decisiones derivadas de una apreciación razonable o plausible del derecho o las pruebas || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** la omisión de valorar las pruebas en su conjunto no necesariamente implica que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley (NUEVO) || **SENTENCIA - Absolutoria:** atipicidad de la conducta

«Ahora, al estudiar los argumentos expuestos por el acusado en contraste con los hechos demostrados y las pruebas allegadas a la

instrucción, **la Sala encuentra ajustada la decisión de preclusión de la investigación** en favor de los sindicatos, como pasa a exponerse:

No existe discusión en cuanto a que el alcalde JNPM, [...] contrató a la ARS SALUD VIDA, representada por JCLA, para el aseguramiento de la población vulnerable de ese municipio (1973 afiliados) como beneficiaria del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, durante el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2002 al 31 de marzo de 2003. Prestación para la que, a su vez, la ARS SALUD VIDA contrató con la IPS PROMOSALUD LTDA., representada por SPGH (según contratos visibles a folios 64 y 67 y el Informe de Policía Judicial N° 753) .

Igualmente, para el cumplimiento del mismo objeto, obran dos contratos suscritos entre el municipio y la EPS SELVASALUD S.A., representada por CSJA, con el fin de asegurar en total 2213 afiliados (189 y 2024, respectivamente) del 1° de abril al 30 de septiembre de 2003 (folios 33 y 34), efecto para el cual la EPS también contrató a la IPS PROMOSALUD LTDA. (folios 35 a 37).

[...] De acuerdo con las anteriores descripciones, queda claro que dichos pagos no se realizaron por concepto del segundo contrato entre la alcaldía con la EPS SELVASALUD S.A., no solo por su vigencia (desde el 1° de abril de 2003), sino por el número de beneficiarios: el convenio fue de 2213 afiliados, mientras que las cuentas de cobro y facturas refieren 1973.

Empero, contrario a lo afirmado por la fiscalía y el Tribunal, el expediente si da cuenta de la existencia de tres contratos que soporta las cuentas de cobro, facturas y pagos por los servicios prestados durante los meses de febrero y marzo de 2003 por la EPS SELVASALUD S.A. a la población [...].

[...] Documentos frente a los que le causa extrañeza a la Sala que no se hayan sido valorados pese a que fueron acopiados con todo el expediente desde la investigación N° 143408 a través de inspección judicial y traídos a este proceso como objeto de estipulación probatoria, por tratarse de los elementos de juicio con los que contaba el funcionario para emitir la decisión tildada de prevaricadora.

[...] Luego, si había prueba que corroboraba la versión suministrada por JNPM en su indagatoria, lo que conlleva a predicar que no existió una apropiación indebida de los recursos de la administración. De manera que **no existía mérito para acusar sino que debía ordenarse, como en efecto lo dispuso el ex fiscal HHB, la preclusión de la investigación**, ante la inexistencia de la conducta típica y ausencia de responsabilidad de los indiciados (art. 39 Ley 600 de 2000).

Por último, **debe tenerse en cuenta que la omisión de valorar las pruebas en su conjunto no necesariamente implica que la decisión, desde la perspectiva material, sea manifiestamente contraria a la ley** (CSJ SP, 8 de may. 2017, rad. 48199). Pues aunque el enjuiciado olvidó analizar los últimos contratos a los que se ha hecho alusión pese a que hacían parte del expediente –se desconoce el motivo–, a partir de esa realidad procesal, **aquí se estableció que en todo caso la preclusión era procedente, lo que conlleva a predicar que su providencia no puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley.**

Desde esa perspectiva, **se revocará el fallo** de primera instancia **y**, en consecuencia, **se absolverá a HHB del delito de prevaricato por acción.»**

(Textos resaltados por la Relatoría)

EXTINCIÓN DE DOMINIO - RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

La competencia está regida por la ley vigente y su aplicación es inmediata, sin que opere fenómeno semejante al de su prórroga

Al desatar la colisión planteada entre dos Juzgados Penales del Circuito Especializados de

Extinción de Dominio, la Sala estimó necesario recoger el *precedente* reciente, para precisar que no hay lugar a *abstenerse* de resolver el conflicto de competencia, en casos en los que el ente instructor adecuó su trámite a la directriz jurisprudencial establecida en providencia AP1890-2015 y con anterioridad a los parámetros expuestos en la decisión AP5012-2018. En este sentido, recordó que la competencia se rige por la ley vigente y su

aplicación es inmediata, por lo que no es posible afirmar que opere la figura relativa a su prórroga. Consecuentemente, en el presente asunto se pronunció, asignando la competencia conforme al factor territorial.

AP3516-2019 (55913) del 21/08/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Régimen de transición: los procesos en que se haya proferido resolución de inicio con base en las causales de la Ley 793 seguirán rigiéndose por ésta, aplica únicamente frente a las causales de extinción de dominio, no respecto al régimen de competencia || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** reglas de aplicación establecidas por la Corte Suprema de Justicia || **EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1708 DE 2014) - Régimen de transición:** no hay lugar a abstenerse de resolver el conflicto de competencia, cuando el ente instructor realizó la adecuación del trámite con base en la directriz jurisprudencial de la providencia AP1890-2015 y con anterioridad al criterio establecido en la decisión AP5012-2018 || **EXTINCIÓN DE DOMINIO - Régimen de transición:** la competencia está regida por la ley vigente y su aplicación es inmediata, sin que opere fenómeno semejante al de su prórroga || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior

«El legislador, a través de la expedición de la Ley 333 de 1996, el Decreto Legislativo 1975 de 2002, la Ley 793 de 2002, -que a su vez fue objeto de varias modificaciones, de las cuales sobresalen las introducidas por las Leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011-, y el actual Código de Extinción de Dominio, Ley 1708 de 2014, ha regulado el trámite de dicha acción.

La última normativa compiló la regulación sobre la materia e introdujo variaciones sustanciales al procedimiento, así como un régimen de principios generales, con la pretensión de construir un auténtico sistema de normas para el ejercicio del mecanismo de extinción del

derecho de dominio (Corte Constitucional, sentencia C-958-2014).

Su artículo 218 derogó *"expresamente las Leyes 793 y 785 de 2002, Ley 1330 de 2009, así como todas las demás leyes que las modifican o adicionan, y también todas las leyes que sean contrarias o incompatibles con las disposiciones de este Código"*.

Como excepción a la derogatoria, el inciso segundo del referido precepto señala: *"Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 de la Ley 793 de 2002, y los artículos 9º y 10 [de] la Ley 785 de 2002, seguirán vigentes"*.

A su vez, el canon 217 de la mencionada ley estableció un **régimen de transición** en los siguientes términos:

"Los procesos en que se haya proferido resolución de inicio con fundamento en las causales que estaban previstas en los numerales 1 al 7 de la Ley 793 de 2002, antes de la expedición de la Ley 1453 de 2011, seguirán rigiéndose por dichas disposiciones."

De igual forma, los procesos en que se haya proferido resolución de inicio con fundamento en las causales que estaban previstas en el artículo 72 de la Ley 1453 de 2011, seguirán rigiéndose por dichas disposiciones."

Esta Corporación así se pronunció con relación a dicho tópico (**CSJ AP1890-2015, 16 abr. 2015**, rad. 45775):

"El aludido régimen de transición solamente está referido a las causales de extinción de dominio, legalmente contempladas al dictarse la resolución de inicio; y no comprende las restantes instituciones sustanciales o procesales contenidas en las diferentes normas que han regulado el tema. En consecuencia, en la actualidad la ley vigente es la 1708 de 2014, salvo por las excepciones a las que se ha hecho referencia, dentro de las cuales no se encuentran las disposiciones atributivas de competencia." [negrilla original del texto]

Conforme a ese **criterio jurisprudencial, la competencia para conocer de la fase de juzgamiento dentro del trámite de la acción de extinción de dominio se determina con fundamento en las previsiones de la Ley 1708 de 2014**, mientras que en relación con los asuntos atinentes a **las causales** a partir de las cuales se puede promover ese mecanismo, **continúa aplicándose la normativa anterior.**

Lo anterior, no obstante, fue modificado en providencia CSJ AP, 21 nov. 2018, rad. 52.776. La nueva hermenéutica de la disposición en referencia establece que las **reglas para determinar la competencia en casos de extinción de dominio son las siguientes:**

“(i) Los procesos de extinción de dominio iniciados durante la vigencia de la Ley 793 de 2002 deberán agotarse íntegramente con apego a esa normatividad.

“(ii) Los procesos de extinción de dominio iniciados durante la vigencia de la Ley 1453 de 2011 deberán agotarse íntegramente con apego a esa normatividad.

“(iii) Los que hayan comenzado luego de la promulgación de la Ley 1708 de 2014 se regirán por esta codificación, y también se adelantarán con apego a ésta aquéllos que, aun habiendo iniciado antes de su entrada en vigor, tengan origen en una causal de extinción de dominio distinta de las señaladas en los numerales 1° a 7° del artículo 2° de la Ley 793 de 2002, o diferente de las establecidas en el artículo 72 de la Ley 1453 de 2011.”

En virtud de ello, **si el proceso inició en vigencia de la Ley 793 de 2002, la actuación debe agotarse en su integridad conforme a esa legislación.** Hipótesis que se presenta en el asunto bajo examen.

En tal sentido, **esta Colegiatura en casos similares al que hoy ocupa su atención , decidió abstenerse de resolver el conflicto de competencia entre Juzgados de la naturaleza y ordenó la devolución de la actuación a la Fiscalía General de la Nación para que se ejecutara completamente el procedimiento indicado en el artículo 13 de la anterior normatividad,** con las modificaciones contenidas en la Ley 1453 de 2011 [por haberse iniciado el trámite en vigencia de la misma], pues no se abrió el proceso a pruebas, ni se corrió traslado para alegar y por consiguiente, tampoco se dictó la *«resolución declarando la procedencia o improcedencia de la acción de extinción de dominio»*, como pasos preliminares al envío de las diligencias al funcionario de conocimiento.

Esa postura, sin embargo, debe recogerse para el asunto objeto de estudio y para todos aquellos donde en cumplimiento de la directriz del 16 de abril de 2015, el ente

instructor haya realizado la adecuación del trámite al estipulado en el actual Código de Extinción de Dominio, con anterioridad al nuevo criterio de noviembre de 2018, pues no se puede atribuir dicha carga a esa entidad cuando se encontraba atendiendo lo que en su momento se había establecido por este Tribunal de cierre.

En ese orden de ideas, no se admite lo manifestado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de Cali, pues si bien es cierto la actuación inició al amparo de la anterior legislación, **la competencia está regida por la ley vigente y su aplicación es inmediata, sin que opere fenómeno semejante al de su prórroga** (CSJ AP2833-2017, 3 may. 2017, rad. 49968)».

EXTINCIÓN DE DOMINIO (LEY 1849 de 2017)

- **Funcionario competente:** Juez Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio del lugar donde se ubica el bien

«[...] en cuanto al servidor judicial que debe asumir por el factor territorial la fase de juzgamiento y la emisión del consecuente fallo, el artículo 35 ibídem, modificado por el canon 9° de la Ley 1849 de 2017, dispuso lo siguiente:

“Corresponde a los Jueces del Circuito Especializados en Extinción de Dominio del Distrito Judicial donde se encuentren los bienes, asumir el juzgamiento y emitir el correspondiente fallo.

Cuando haya bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez del distrito que cuente con el mayor número de jueces de extinción de dominio.

Cuando exista el mismo número de jueces de extinción de dominio en distintos distritos judiciales se aplicará lo previsto en el artículo 28 numeral 7 del Código General del Proceso. La aparición de bienes en otros lugares después de la demanda de extinción de dominio no alterará la competencia.

Si hay bienes que se encuentran en su totalidad en territorio extranjero, serán competentes en primera instancia los Jueces del Circuito Especializados en Extinción de Dominio del Distrito Judicial de Bogotá.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tendrá competencia para el juzgamiento en única instancia de la extinción de

dominio de los bienes cuya titularidad recaiga en un agente diplomático debidamente acreditado, independientemente de su lugar de ubicación en el territorio nacional.” [subrayado en esta oportunidad]

En el presente asunto, el inmueble objeto de la acción de extinción de dominio, se encuentra ubicado en el municipio de El Cerrito, Valle del Cauca.

El ya señalado Acuerdo PSAA16-10517, en su artículo 2° consigna:

“Competencia Territorial. La competencia territorial de los Distritos Especializados de Extinción de Dominio quedará establecida de la siguiente manera: Distrito de Extinción de Dominio: Cali. Sede de los Juzgados: Cali.

Competencia territorial en los distritos judiciales de: Cali, Buga, Mocoa, Pasto y Popayán.”

Como en el presente conflicto no se discute la localización del bien, sino la norma aplicable para avocar el conocimiento del proceso, de lo expuesto en los acápites que anteceden se sigue que la determinación a adoptar es **atribuir el conocimiento** del presente trámite al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Extinción de Dominio de la capital del Valle del Cauca, con fundamento en el artículo 35 de la Ley 1708 de 2014, por ende, a dicho despacho se remitirá el expediente, para lo de su cargo. Esta determinación será informada al homólogo Segundo de Bogotá».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS
Constituyen un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso

Al inadmitir la demanda de casación por indebida sustentación, la Corporación tuvo ocasión de precisar, frente a algunas de las alegaciones del recurrente relacionadas con la *marginalidad extrema* como diminuyente punitiva, que tal circunstancia constituye un concepto de naturaleza jurídica, cuya determinación en cada caso concreto debe ser abordado por el juzgador, en tanto que el perito no puede suplir tal juicio de derecho. Así, en el asunto objeto de impugnación la confluencia de las citadas situaciones fue descartada jurídicamente por los jueces de instancia, sin que el censor hubiera fundamentado algún error reconocible por vía del recurso extraordinario, que permitiera cambiar el sentido de la decisión.

AP3161-2019 (51706) del 05/08/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE CASACIÓN - Técnica || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - No se configura ||

SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS - Constituyen un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso || **PRUEBA PERICIAL - Apreciación probatoria:** corresponde al juez || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de psicología forense || SITUACIONES DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS** - No se configuran || **DEMANDA DE CASACIÓN** - Inadmisión por indebida sustentación

«[...] el demandante también cuestiona la comprensión -general y abstracta- de la norma que consagra la **marginalidad** como diminuyente punitiva. Y esto, naturalmente, **desborda** los presupuestos lógicos de sustentación de un cargo por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho consistente en **falso juicio de identidad**.

Pero la inadmisibilidad de la demanda no deriva únicamente de las insuficiencias formales anteriormente detectadas. En el fondo, es evidente que los reclamos carecen de fundamento y se basan en una indebida lectura de las razones probatorias consignadas en la sentencia impugnada. El censor pasa por alto que en el recurso extraordinario de casación no le es dable, sin más, presentar una lectura probatoria diversa a la construida en las instancias, para que aquélla sea acogida por la Corte. La demanda debe mostrar la configuración de algún error demandable en casación para derrumbar los pilares argumentativos en que se funda la decisión

cuestionada, a fin de provocar un sentido distinto de la resolución judicial y, ahí sí, proponer a la Corte una fórmula distinta de resolución.

Y en esa tarea, entre otras exigencias, es requisito esencial que la censura, en un primer momento, identifique y presente una reseña fidedigna de los fundamentos de las sentencias impugnadas, pues de lo contrario mal podría quebrantar sus bases argumentativas. Si los reproches se basan en el ataque a razones que no fueron expuestas por los jueces de instancia o no controvierten suficientemente los motivos de la decisión confutada, la censura será estéril desde el plano sustancial, como quiera que no se puede derrumbar una estructura argumentativa si no se quebrantan sus cimientos (atinencia) de manera tal que las conclusiones no puedan ya soportarse (suficiencia).

Bajo esa óptica, los reclamos se ofrecen desatinados, en la medida en que parten de proposiciones que no integran las sentencias impugnadas, al tiempo que resultan escasos para provocar una decisión disimil, por cuanto la censura no controvierte las razones que conforman la estructura probatoria en que se cimienta la condena.

A la hora de acreditar la supuesta distorsión del testimonio, el libelista destacó que, contrario a lo afirmado por los falladores, el psicólogo LVL le diagnosticó al señor PL una discapacidad intelectual leve y lesiones en la zona genital, a causa de un accidente sufrido en su niñez, circunstancias que ocasionaron aislamiento y falta de interacción con cierto tipo de juegos, sobre todo en lo que tiene que ver con “*el contacto con niñas o mujeres*”, constituyéndose de esa manera “*marginalidad de interacción*”.

No obstante, de una detenida lectura de las sentencias impugnadas se extrae que **los falladores de instancia no cercenaron ni distorsionaron el testimonio** del perito VL. Esas conclusiones, que para el censor fueron inobservadas, sí fueron tenidas en cuenta tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia. Cuestión diferente es que los falladores las valoraron de una manera diversa a la pretendida por el demandante, descartando, en el plano jurídico, las exigencias necesarias para configurar la aludida circunstancia de menor punibilidad.

En ese entendido, no es que los juzgadores hubieran hecho abstracción de la discapacidad intelectual leve y las perturbaciones a nivel genital presentes en el acusado, sino que, en su criterio, **tales circunstancias no permiten afirmar que aquél se encontraba en marginalidad extrema al momento de cometer la conducta** ni que ésta se vio influenciada por el tipo de marginación de que trata la norma, para constituirse en fundamento de menor punibilidad.

[...] **el reproche por falso juicio de identidad es manifiestamente infundado**, en la medida que es desarrollado a partir de una indebida comprensión de la estructura argumentativa de las sentencias de instancia.

Lo anterior deja en evidencia, además, que bajo la etiqueta de un falso juicio de identidad - reproche que carece de fundamento-, el censor presenta a la Corte una valoración probatoria alternativa para demandar la absolución del procesado, a partir de tales planteamientos. Mas no hay lugar a predicar la configuración de un error de hecho cuando simplemente se oponen apreciaciones subjetivas contra los razonamientos probatorios efectuados por el juez o la postulación de críticas a la actividad valorativa, formuladas con la amplitud propia del ejercicio de contradicción de las instancias y sin el debido planteamiento. Ello conduce a la **inadmisión del recurso de casación** (CSJ AP 16 jun. 2010, rad. 33.697).

Con todo, es insostenible atribuir la falta de aplicación del art. 56 del C.P. a una **apreciación incompleta del dictamen rendido por el psicólogo VL**, pues los enunciados fácticos echados de menos por el libelista, contrario a lo afirmado por éste, incluso fueron fijados textualmente en el fallo de primer grado, el cual integra la unidad decisoria atacada en casación. Así puede advertirse cuando el a quo alude a una -leve- marginación social en el acusado, acompañada de una mengua en su capacidad cognitiva:

[...] Empero, tanto para el a quo como para el ad quem, esa marginación, teniendo en cuenta que el señor PL no tenía menguada su capacidad cognitiva en un grado superlativo, carece del grado extremo requerido por el art. 56 del C.P. para atenuar la pena.

[...] Lo cierto es que, para los juzgadores, pese a sus dificultades de interacción sexual, JAPL no

fue segregado por la sociedad debido a su problemática fisiológica o al trauma mental que pudo ocasionar el accidente [...]

[...] el juzgado puso de presente que, en estricto sentido, en la actuación no se probó que las mujeres rechazaran sexualmente al procesado, pero tal premisa de hecho no fue refutada por el censor. Al respecto, el a quo da cuenta de que *“no se probó el repudio por el sector femenino hacia él, de hecho, sus amigos lo invitaron a un prostíbulo y él mismo tomó la decisión de irse de allí”*. Sin embargo, como destacó el Tribunal, optó por el abuso orientado a la selección de una víctima infante.

Salta a la vista, entonces, que lo realmente cuestionado por el demandante es la comprensión del concepto normativo de **marginalidad extrema**, contenido en el art. 56 del C.P., que concluyó en una negativa en la aplicación de la diminuyente punitiva. Mas **la censura está huérfana de cualquier disquisición** en el plano hermenéutico, **que permita cuestionar la corrección del entendimiento evidenciado por los juzgadores para descartar en el acusado una condición de marginalidad extrema.**

El demandante se equivoca al entender que el perito *“estableció”* la **“marginalidad”** en el procesado. Al alegar que el sicólogo emitió un *“concepto de tipo jurídico, pero que dentro de la parte psicológica tiene un impacto a nivel de toda su interacción, que es el concepto de marginalidad”*, la censura **pasa por alto que esa condición** -así como sucede, por ejemplo, con la inimputabilidad- **es un concepto de naturaleza jurídica que ha de ser determinado por el juez en cada caso**, apoyado en las pruebas pertinentes, **sin que el perito sea el llamado a suplir ese juicio jurídico**, para “diagnosticar” al respecto.

A la censura subyace un entendimiento de la norma diverso al aplicado por los juzgadores: mientras en las sentencias se comprende la **marginalidad extrema** como un fenómeno sociológico que depende de ciertos factores de marginación por la pertenencia de una persona a un determinado grupo social -excluido o discriminado-, el demandante pretende que aspectos individuales -fisiológicos y psicológicos-

que dificultan la interacción sexual sean incluidos dentro de los factores fijados en el art. 56 del C.P. para atenuar la pena.

Empero, la sustentación del reclamo es igualmente insuficiente para abordar el asunto desde la óptica de la violación directa de la ley sustancial, pues no sólo se echa de menos un ejercicio de interpretación normativa -en el plano general y abstracto- suficiente para sostener por qué los individuos con disfunciones sexuales podrían constituir un grupo social marginado y que ese tipo de exclusión pueda influir directamente en la ejecución de la conducta punible, sin tener la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, sino que, en todo caso, mal podría admitirse un reproche por violación directa cuando el censor cuestiona la base fáctico-probatoria de la decisión (al alegar un supuesto falso juicio de identidad).

Aunado a lo anterior, la refutación también se torna insuficiente, como quiera que, al negar la condición de marginalidad extrema en el acusado, debido a que éste se encontraba integrado a la sociedad en múltiples facetas de la vida cotidiana, el Tribunal adecuó las ya conocidas condiciones de disfuncionalidad sexual en las circunstancias genéricas de menor punibilidad previstas en el art. 55 num. 4 y 9 del C.P., sin que la censura explique por qué la norma llamada a aplicarse en la individualización de la pena era el art. 56 ídem, con preponderancia sobre las antedichas causales.

En consecuencia, no habiéndose presentado los reclamos en casación con respeto de los estándares mínimos para su estudio de fondo, **es innegable su indebida fundamentación.** Ello constituye **razón suficiente para inadmitir la demanda.** Además, la Sala no advierte la presencia de supuestos justificantes para superar los defectos del libelo con el propósito de decidirlo de fondo o emitir un pronunciamiento oficioso en casación, de conformidad con el art. 184 inc. 3° del C.P.P.».

(Textos resaltados por la Relatoría)

CONDUCTA PUNIBLE - ANTIJURIDICIDAD
La afectación al bien jurídico no guarda relación con el fenómeno jurídico de la prescripción

Al inadmitir la demanda casacional, la Sala encontró necesario precisar, frente a los argumentos del impugnante, que el tema alusivo a la *afectación del bien jurídico protegido* dentro de la teoría dogmática de la conducta punible, no tiene ninguna relación con el fenómeno jurídico de la *prescripción*. Adicionalmente, recabó las diferencias existentes entre la *acción de cobro coactivo* y la *acción penal*, así como frente a las figuras prescriptivas de cada especialidad, y evocó el principio de no retractación respecto del allanamiento a cargos que, en el caso concreto, fue exteriorizado por el sentenciado en relación con el delito de *omisión del agente retenedor o recaudador*.

AP3166-2019 (53823) del 05/08/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Modalidades: técnica en casación || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - No se configura** || **CONDUCTA PUNIBLE - Antijuridicidad:** la afectación al bien jurídico no guarda relación con el fenómeno jurídico de la prescripción || **PRESCRIPCIÓN - Acción penal:** diferente a la prescripción de cobro coactivo || **ACCIÓN DE COBRO COACTIVO - Naturaleza y características** || **ACCIÓN DE COBRO COACTIVO - Finalidad** || **ACCIÓN PENAL - Diferencia con la acción de cobro coactivo**

«[...] de acuerdo con el **artículo 181-1, la casación procede por** falta de aplicación, aplicación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

Esta causal en la que el recurrente inscribe el único cargo, conlleva la carga de precisar si el reparo obedece a: **i)** la falta de aplicación o exclusión evidente, que ocurre cuando el juez no da aplicación a la norma que regula el caso

concreto, porque la ignora o la desconoce; **ii)** la aplicación indebida, que tiene lugar cuando los supuestos que contempla el precepto no coinciden con la situación fáctica procesalmente reconocida o **iii)** la interpretación errónea, que se presenta cuando el funcionario judicial acierta en la selección de la disposición, pero le da un alcance que no tiene.

Encuentra la Corte que **la disertación ofrecida** como sustento de la inconformidad **no evidencia** objetivamente **vicios determinantes de una declaración contraria a derecho**, requisito lógico formal sin el cual la Sala carece de habilitación legal para revisar los fundamentos del fallo censurado en procura de hacer efectivos los fines inherentes a este recurso extraordinario, según reiterada jurisprudencia de la Corporación.

Sea lo primero señalar que habiendo terminado la actuación por el **allanamiento del procesado**, quien contó con la asesoría de quien hoy hace las veces de demandante, éste **no propuso en las instancias ninguna solicitud acerca de la antijuridicidad de la conducta** imputada a MA. Solo en la demanda de casación menciona en forma ambigua e imprecisa tal situación, haciéndola consistir **'en la prescripción de la acción de cobro fiscal'**.

En efecto, aunque el actor anuncia la violación directa de la ley por omisión en la aplicación del artículo 11 del Código Penal, denominándolo falta de lesión al bien jurídico que ampara el tipo penal de omisión de agente retenedor, no presenta argumento alguno a partir del cual demuestre que la conducta aceptada por LEMA en la audiencia de formulación de imputación es atípica ante la ausencia de lesión al bien de la administración pública.

Si bien al principio de su alegato parece que la queja se dirige a la violación directa de la mencionada norma, su reclamo se desvía hacia el reconocimiento de la prescripción de la acción penal, aduciendo unos presupuestos que no guardan fidelidad con la actuación procesal, y menos con los requisitos previstos en la ley sustantiva en relación con la extinción de la potestad punitiva del Estado debido al transcurso del tiempo.

En todo caso, **la propuesta del actor, según la cual, producto de la 'prescripción de la acción de cobro coactivo', surge la antijuridicidad del tipo penal**, lejos de

demostrar que estructura un yerro del fallo que deba corregirse en sede de casación, **solo representa su opinión personal, sin que tan particular postura encuentre sustento en la teoría dogmática de la conducta punible**, ni en la noción de lesividad, **puesto que el impacto en el bien jurídico que se afecta con el accionar, ninguna relación guarda con el fenómeno jurídico de la prescripción.**

Más aún, **confunde los términos de la prescripción de la acción de cobro coactivo administrativa o judicial** que como facultad exorbitante ostenta la DIAN frente a las acreencias fiscales de las que es titular, tal y como se estudió por esta Sala en la SP8463-2017 (radicación 47446), **con la prescripción de la acción penal** derivada en general de los delitos y que se encuentra regulada en los artículos 83 y sucesivos de la Ley 599 de 2000.

El mecanismo de cobro coactivo, cuya finalidad se asemeja a la acción ejecutiva, es un instrumento del cual la ley dotó a algunas entidades de la administración pública, entre ellas a la DIAN, para ejercer directamente el cobro forzoso de las deudas fiscales que tiene el deber de recaudar, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. (CSJ SP8463-2017, 14 jun. Radicado 47446).

Este mecanismo autónomo que encuentra regulación en el Estatuto Tributario, tiene como fin el cobro de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales (art. 823 E.T), **mientras que la acción penal investiga la conducta desplegada por el agente retenedor o recaudador.** [...]».

OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Elementos: sujeto activo, retenedor, servidor público || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR -** Delito de conducta instantánea y de resultado || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR -** Consumación || **PRESCRIPCIÓN -** Término a tener en cuenta a partir de la formulación de la imputación || **PRESCRIPCIÓN -** No se configura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Preacuerdos y negociaciones: Principio de no retractación || **CASACIÓN -** Principio de inescindibilidad: sentencias de primera y segunda instancia; unidad jurídica || **CASACIÓN -** Es deber del

casacionista desvirtuar el acierto y legalidad de la sentencia || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«[...] siendo acciones diferentes, autónomas e independientes, cada una cuenta con su regulación. Para el caso del **proceso penal, se extingue** en un tiempo igual, cuando es privativa de la libertad, al máximo de la pena prevista para el delito, sin que en tal caso pueda ser inferior a cinco años ni exceder de veinte, salvo los casos expresamente excepcionados en la norma (Ley 599 de 2000, artículo 83, incisos 2° y 3°).

Además, según el aludido precepto, cuando la conducta punible es cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o por un particular que ejerza de manera transitoria o permanente aquéllas - como para este delito lo es el agente retenedor- ese lapso se incrementa en una tercera parte (esto según el citado artículo, vigente al tiempo de los hechos, antes de la reforma de la Ley 1474 de 2011, artículo 14).

El comentado lapso ha de computarse con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 84 del Código Penal, las que aplicadas al **tipo penal de omisión de agente retenedor o auto-retenedor**, por tratarse de un **delito de conducta instantánea y de resultado**, permiten concluir que la conducta se consuma y se torna ilícita cuando el pago del respectivo tributo no se verifica dentro de los dos meses siguientes a la fecha de exigibilidad establecida por el fisco.

En ese orden de ideas, en este asunto el período más antiguo en los que se omitió el pago del correspondiente recaudo de la retención, con base en la formulación de imputación, a la que se allanaron los procesados, es el 2° y 3° del año 2013, esto es, los meses de febrero y marzo de ese año, fecha a la que deben sumarse los dos meses de gracia señalados en el tipo penal (artículo 402 de la ley 599 de 2000) a fin de concretar el momento a partir del cual se consumó la acción omisiva, que para ese preciso evento sería el mes de junio de 2013.

De acuerdo con lo anterior, el delito en cuestión está sancionado con una pena privativa de la libertad de nueve (9) años, lapso que debe incrementarse en una tercera parte atendida la condición especial del sujeto activo, el término de prescripción es de doce (12) años, surge

evidente que contabilizado ese lapso desde la fecha últimamente precisada hasta el momento de formulación de la imputación, ocurrida el 26 de julio de 2017, para ese momento no se había cumplido el término previsto en la ley para el decaimiento de la potestad punitiva del Estado frente a ese específico acto omisivo, y menos respecto de los sucedáneos que por obvias razones se consumaron en fechas posteriores.

No sobra señalar que entre la fecha de la formulación de la imputación (26 de julio de 2017), momento en el que se interrumpe el cómputo del plazo prescriptivo de la acción penal y comienza a correr de nuevo por un período igual a la mitad del inicialmente indicado (6 años), y el del fallo de segunda instancia (proferido el 25 de abril de 2018), tampoco se alcanzó el límite temporal para la configuración del fenómeno que infundadamente reclamó el censor a través de la demanda estudiada.

En síntesis, advierte la Sala que el demandante, además de no demostrar la existencia de yerro alguno en el fallo recurrido, **pretende desconocer los efectos vinculantes del allanamiento a cargos**, mediante la presentación sesgada de la actuación y los supuestos facticos aceptados por su prohijado,

incurriendo de esa manera en una inaceptable y proscrita retractación.

De otra manera, no se explica que después de que su representado aceptara la responsabilidad en la comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, en sede de casación presente argumentos dirigidos a desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta.

Conforme con lo expuesto, el recurrente no demostró la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia contenida en **las sentencias de primera y segunda instancias**, las cuales, al coincidir en el mismo sentido **forman una unidad jurídica inescindible** que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la **doble presunción de legalidad y acierto** que la cobija, razón por la cual, **se impone la inadmisión de la demanda**, como lo dispone el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322)».

(Texto resaltado por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - DEFENSA TÉCNICA

Es viable la designación de un defensor de oficio, cuando el inculcado puede asumir los costos de un abogado de confianza y no procede a ello

En la sentencia, a través de la cual se *casó oficiosamente* el fallo impugnado, para ajustar a la legalidad la pena accesoria de *Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas*, la Sala desestimó previamente la solicitud de invalidación de la actuación incoada por el recurrente, tras identificar como jurídicamente atendible la designación de un defensor de oficio en aquellos eventos en que el procesado puede asumir los costos de un abogado de confianza y no procede a ello. Acotó la Corporación, que la determinación del juzgador en tal orientación, no afecta el derecho a la defensa técnica, en el entendido de que la

labor de la defensoría pública está dirigida a quien carezca de condiciones económicas o sociales para proveerla.

SP2998-2019 (50042) del 31/07/19

Magistrada Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez: deberes, garantizar los derechos del procesado || **DEFENSORÍA PÚBLICA** - Determina si por la situación económica del procesado se hace necesario la asignación de un defensor público || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Defensa técnica:** defensor de oficio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Defensa técnica:** es viable la

designación de un defensor de oficio, cuando el inculcado puede asumir los costos de un abogado de confianza y no procede a ello || **NULIDAD - Defensa técnica:** no se configura

«Con relación a la segunda censura, en la cual el impugnante solicitó la **nulidad derivada de la violación al derecho de defensa** porque el juez designó un defensor de oficio, encuentra la Corte que, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo, **si el defensor de confianza omite justificada o injustificadamente la asistencia a las audiencias** y con ello se dilata de manera indebida el curso del proceso, **corresponde al juez tomar los correctivos necesarios para garantizar, sin interrupción, la defensa técnica del investigado, entre los cuales se encuentra la designación de un abogado de oficio**

No en vano en el fallo de primer grado, a partir de las inasistencias del abogado de confianza del acusado, se registró lo acontecido en el juicio oral cuando concurrió a declarar BMM y fue necesario designar un **defensor de oficio** para, a partir de ello, disponer la compulsión de copias contra el referido profesional ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

Adicionalmente, el demandante no señaló, ni la Sala vislumbra, cuál fue el efecto perjudicial concreto derivado de la designación del defensor de oficio ante la inasistencia del abogado de confianza

Ahora, como también el casacionista **refirió que no debió designársele un defensor de oficio, sino uno público**, pues el primero desapareció con el avenimiento del sistema penal acusatorio, es pertinente señalar que el artículo 118 de la Ley 906 de 2004 establece: *“La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública”*, a su vez, el artículo 303-4 de la misma legislación establece como derecho del capturado *“designar y entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública proveerá su defensa”*.

[...] **la asunción de la defensa por parte de la Defensoría Pública no corresponde a una labor sucedánea automática frente a la ausencia de abogado de confianza**, en cuanto **es preciso**, para ser beneficiario de tal servicio de asistencia legal por parte del Estado, **no**

estar en condiciones económicas o sociales para proveer la defensa de sus derechos, **de ahí que no se descarte la designación de un defensor de oficio cuando, a pesar de que el inculcado pueda asumir los costos de un abogado de confianza, no proceda a ello.**

Así las cosas, la designación de un abogado de oficio por parte del juez de primer grado ante las inasistencias del abogado de confianza de JCA, no solo no corresponde a un proceder arbitrario o caprichoso, sino que, por el contrario, se ajusta a su deber legal y constitucional como garante de los derechos fundamentales, en este caso del acusado, a fin de materializar su derecho a la defensa técnica.

El cargo **no prospera**».

INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Legalidad de la pena || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **CASACIÓN OFICIOSA** - Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas || **CASACIÓN OFICIOSA** - Dosificación punitiva

«En la parte considerativa de la sentencia de primer grado, luego de efectuarse el ejercicio de tasación de la pena principal, dispuso el juez que JCA sería sometido a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término, esto es, por 480 meses, sanción que efectivamente incluyó en la parte resolutoria de tal providencia.

A su vez, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal redosificó la pena de prisión tasándola en 462 meses de prisión y confirmó en lo demás la decisión impugnada.

Ahora, como la comisión del delito tuvo lugar el 8 de diciembre de 2008, no hay duda que para la dosificación de la pena accesoria los juzgadores debieron tener en cuenta no sólo el inciso 3 del artículo 52 de la Ley 599 de 2000, sino que les correspondía integrar su texto con lo dispuesto en el artículo 51 del mismo estatuto, el cual señala que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración máxima de 20 años.

Así las cosas, **observa la Sala que la citada sanción accesoria impuesta a AB desborda el límite máximo establecido por el legislador**, pues si bien el artículo 52 del estatuto penal

dispone que tendrá la misma duración de la pena de prisión a la cual accede y hasta una tercera parte más, a continuación dicho precepto señala que en todo caso no podrá “exceder el máximo que fija la ley”, es decir, los 20 años establecidos en el artículo 51 ejusdem.

De lo expuesto resulta razonable concluir que los falladores no dieron aplicación al artículo 51 de la Ley 599 de 2000, pese a ser el precepto llamado a regular la imposición de tal pena accesoria, con lo cual quebrantaron el derecho fundamental al **debido proceso** del acusado, en cuanto atañe a ser juzgado “conforme a leyes preexistentes” (inciso 2 del artículo 29 de la Carta Política), pues fue impuesta una sanción que desborda los límites cuantitativos

dispuestos por el legislador en la codificación sustancial vigente.

Entonces, se impone **casar oficiosa y parcialmente el fallo** de segundo grado, en orden a restaurar el derecho fundamental vulnerado, en el sentido de **modificar el quantum de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, para fijarlo en 20 años, conforme a las previsiones del artículo 51 de la citada legislación punitiva».

(Texto resaltado por la Relatoría)

ACCIÓN DE REVISIÓN - HECHO Y PRUEBA NUEVOS

Cuando se acredita que el procesado era menor de edad y fue juzgado y condenado como adulto

La Sala declaró *fundada* la causal de revisión, referida a la aparición o surgimiento de nuevas pruebas y/o hechos no conocidos al tiempo de los debates, luego de establecer que el sentenciado fue juzgado y condenado por el delito de *homicidio agravado*, bajo la condición de tratarse de una persona adulta, pese a que para la época de la conducta punible contaba con quince años de edad. En tal sentido, precisó el concepto de *imputabilidad diferenciada*, predicable de los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad. De este modo dispuso dejar sin valor y efecto el fallo condenatorio, así como la libertad inmediata del procesado y la remisión del asunto al Juez Promiscuo de Familia, conforme a la competencia que regía para el momento de materialización del comportamiento.

SP1805-2019 (50611) del 22/05/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos: requisitos || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** cuando se acredita que el procesado era menor de edad y fue juzgado y condenado como adulto || **LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - Imputabilidad diferenciada:** respecto de adolescentes entre los 14 y 18 años de edad || **INIMPUTABILIDAD - Evolución jurisprudencial** || **INIMPUTABILIDAD - Edad:** inferior a los 18 años, no constituye supuesto o causal

«Se demanda la revisión de la sentencia que condenó a HVV por el delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo, bajo la premisa de que **fue investigado y juzgado como adulto, cuando debió serlo por la justicia de menores** porque contaba con solo 15 años de edad cuando se ejecutaron las conductas punibles que se le atribuyen (21 de agosto de 1999).

El artículo 220 del C.P.P./2000 describe las hipótesis en que una sentencia ejecutoriada, como es la demandada, se torna en manifiestamente injusta y, por ello, habilitan su revisión, previa remoción de la fuerza de cosa juzgada que la ampara.

Una de esas causales de revisión se configura «*Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su*

inimputabilidad» (numeral 3, ibidem). Es decir, según este precepto, la decisión judicial es revisable siempre que exista un hecho o prueba que, en primer lugar, sean novedosos porque se conocen con posterioridad al juicio, y, en segundo lugar, tengan la eficacia suficiente para establecer la irresponsabilidad o inimputabilidad del sentenciado.

Pues bien, la Corte ha sostenido, de manera reiterada, que **el supuesto consistente en que una prueba nueva acredite que un menor de edad fue juzgado y condenado por el procedimiento y los jueces reservados por las leyes penales para las personas adultas, se adecua a la precitada causal de revisión** porque es una situación que **incide**, necesariamente, **en la imputabilidad del condenado**.

Sin embargo, a diferencia de algunas decisiones emitidas en la primera década del presente siglo, en las que se consideró que el menor de edad era una especie de inimputable por inmadurez psicológica, como rezago del derogado Código del Menor (art. 165); en la sentencia SP, jun. 29/2011, rad. 35681, se corrigió tal postura, especialmente con fundamento en las prescripciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, para reconocer que **los adolescentes, entre los 14 y los 18 años de edad, ostentan una condición de «imputabilidad diferenciada»**.

Los principales fundamentos de esa aclaración jurisprudencial fueron los siguientes:

... la minoría de edad (por lo menos a partir de los catorce años) no implica una deficiencia total en el individuo para comprender la ilicitud de su comportamiento o para adecuarlo conforme a esa comprensión. En otras palabras, no es posible sostener que todos los menores son inimputables en materia penal en razón de una supuesta o presunta inmadurez psicológica. Veamos:

En un principio, la capacidad para responder por las infracciones a la ley penal en las que los menores eran autores o partícipes se asumía desde una perspectiva paternalista, pues el Estado los ubicaba en la categoría de inimputables inmersos en una situación irregular y, debido a ello, buscaba brindarles un tratamiento especial con fines de protección.

Actualmente, la opinión dominante en el derecho contemporáneo considera que, a partir de cierta edad (que en nuestro país es a los catorce años),

los menores no sólo son titulares de derechos con capacidad para ejercerlos por sí mismos, sino que a la vez deben responder ante el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, por lo que podrían estar sometidos al poder punitivo del Estado en los eventos en que cometan violaciones a la ley penal, pero siempre bajo el criterio de imputabilidad diferenciada, es decir, de aquella en la que se tiene en cuenta tanto sus condiciones personales como el grado de evolución de sus facultades, en aras de imponerles una medida, no asimilable al tradicional concepto de pena, que pretenderá reintegrarlos a la sociedad.

(...).

En el Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor, se preservó la filosofía de la doctrina tutelar,..., como se deriva de lo dispuesto en el artículo 30, en el que el legislador previó nueve circunstancias totalmente incompatibles por las cuales se consideraba al joven en situación irregular; entre ellas, la de haber realizado una conducta punible o la de contribuir a su ejecución.

Así mismo, dicha normatividad contemplaba en su artículo 165 que, para tales efectos, los menores de edad debían ser tenidos como inimputables:

«Inimputabilidad del menor de dieciocho años. Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años».

Con la entrada en rigor (gradual y sucesiva) de la Ley 1098 de 2006 (o Código de la Infancia y Adolescencia) se asimilaron los conceptos que acerca de la responsabilidad penal de los menores y de su imputabilidad diferenciada habían desarrollado los tratados e instrumentos internacionales. (...).

(...).

De esta forma, el modelo adoptado por el sistema penal para adolescentes de Colombia es uno de los que en la doctrina se han denominado de responsabilidad, es decir, que corresponde a un procedimiento independiente, especializado y autónomo, revestido con la garantías básicas del debido proceso, a la vez que reforzado con otras de índole especial, en el que el adolescente es susceptible de ser declarado responsable por la realización de una conducta punible de graves connotaciones, pero con la particularidad de que la consecuencia jurídica adoptada por el funcionario no puede ser catalogada como pena

en un sentido tradicional del término, sino como una medida que tan sólo pretende ser educativa y busca su reintegro a la sociedad.

Para terminar, en la misma decisión, de una parte, se advirtió que, no obstante se aclaraba que **la edad inferior a los 18 años no constituía un supuesto o una causal de inimputabilidad**; en todo caso, **la protección del interés superior del menor justificaba la procedencia de la revisión de la sentencia por la vía de la causal tercera**. Y, de la otra, se reiteró la postura que ya se había expresado en la SP, jul. 11/2007, rad. 25056, en cuanto a que el carácter novedoso de la minoría de edad no se desdibujaba si en el proceso, a pesar de haberse ventilado, *«materialmente no fue valorada ni tenida en cuenta por los falladores»*

ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos: cuando se acredita que el procesado era menor de edad y fue juzgado y condenado como adulto || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben tener el carácter de novedosas || **PRUEBA DOCUMENTAL - Partida eclesiástica:** autenticidad || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria** || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** sobrevivientes || **EDAD - Demostración** || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES - Competencia:** juez de menores o promiscuo de familia

«En esa actuación se tuvo como hecho probado que el sindicado nació el 13 de mayo de 1981, por lo que, al tiempo de las conductas punibles, era mayor de edad. Este dato, ciertamente, fue aportado por aquel mismo en la diligencia de indagatoria reiterándolo en la audiencia de juzgamiento, y es el mismo que aparece consignado en el registro civil de nacimiento con indicativo serial [...] y NUIP [...], así como en la tarjeta de preparación de la cédula nro. [...].

[...] Los medios probatorios que a continuación se señalan no fueron conocidos ni, por ende, debatidos en el proceso penal seguido contra «DVV», por lo que su **carácter novedoso** es evidente. Inclusive, el acta religiosa que se mencionará en primer lugar, aunque es preexistente a aquella actuación (14 de abril de 1984) no fue allegada porque los sujetos procesales, incluido el mismo sindicado, y los funcionarios judiciales carecían de la información necesaria para establecer su existencia o ubicación. Además, como se pudo

ver en el anterior acápite, a pesar de que en el proceso algunos medios cognoscitivos indicaron la minoría de edad del sindicado, en contravía del registro civil de nacimiento tramitado por orden de un fiscal, esa incoherencia no fue debatida ni abordada por los jueces.

[...] de las **pruebas sobrevivientes** que se acaba de enlistar las dos primeras son las fundamentales: **la partida de bautismo y el testimonio** de LMVG, porque las demás, esto es el registro civil de nacimiento y las decisiones judiciales, derivan o se soportan, esencialmente, en aquélla.

De entrada, se advierte que **la autenticidad del documento eclesiástico es irrefutable** porque fue obtenido en una inspección judicial practicada por la Jueza [...] Penal del Circuito [...], en desarrollo de la comisión que con ese objetivo ordenó esta Corporación. En esa diligencia, además, se recibió declaración jurada al presbítero VHOG, quien hizo constar, por escrito, que aquél era *«fotocopia del libro original»* y, luego, explicó que *«el sacerdote que firma da fe que lo que está transcrito en la hoja es fiel copia de lo que está escrito en el libro de bautismo...»*, tal y como lo hizo también en la certificación de la partida nro. [...] del 26 de diciembre de 2017, aportada por el demandante.

De otra parte, a más de que **la veracidad del contenido de la certificación del bautismo** de HVV no fue cuestionada o tachada, no puede olvidarse que la misma fue elaborada en el año 1984 por un representante de una institución religiosa (Pbro. AOA) que ningún interés podía tener en actuaciones judiciales aún inexistentes; por lo que, aquélla es digna de credibilidad. Por si fuera poco, las demás pruebas incorporadas en el presente trámite, inclusive algunas obrantes en el proceso penal, respaldan su mérito

[...] Con el testimonio de LMVG, se ratificó: (i) que es la madre de HVV y JOV el padre; (ii) que su hijo nació el 18 de marzo de 1984; y (iii) que bautizó a su hijo ese mismo año, en el municipio [...], y que sus padrinos fueron AG y N «C» (en la partida el apellido es «F»).

Además, la declarante aportó un dato que refuerza el crédito de la referida fecha de nacimiento, cual es que el aquí demandante es el tercero de los tres hijos que tuvo con JOV, después de N y AM. Entonces, si éstos nacieron el 15 de octubre de 1980 y el 13 de julio de

1982, respectivamente, según consta en las certificaciones de sus partidas de bautismo, aportadas con la demanda, es claro que la fecha de nacimiento de H no podía ser el 13 de mayo de 1981, como se estableció en el proceso penal, sino una a partir del año 1983.

[...] **Las pruebas nuevas allegadas en el trámite de la acción de revisión**, en especial la partida de bautismo de HVV y el testimonio de su madre LMVG, **acreditan que aquél nació el 18 de marzo de 1984; por lo que, cuando ocurrieron las conductas punibles que se le atribuyen (21 de agosto de 1999) tenía 15 años de edad.**

Siendo así, **conforme lo establecía el entonces vigente Código del Menor (art. 165), el procesado era «penalmente inimputable» y, en consecuencia, debía ser juzgado por «los Jueces de Menores o los Promiscuos de Familia... con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad» (art. 167 íbidem)».**

ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos: se configura || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** efectos, evento en que se declara fundada la causal || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** efectos, se declara sin valor la sentencia y se ordena la remisión del proceso al juez competente || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Libertad**

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del C.P.P./2000, **se declarará sin valor la sentencia de segunda instancia proferida el**

21 de febrero de 2011 por el Tribunal Superior [...], mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado [...] Penal del Circuito Especializado de esa misma ciudad, en el proceso nro. [...], en el sentido de condenar al accionante como coautor de un doble homicidio agravado.

Además, **se ordenará la devolución del proceso al Juzgado** [...] Penal del Circuito Especializado [...], de donde provino, **para que, a su vez lo remita al Juez Promiscuo de Familia de esa ciudad** -reparto- y éste reponga, desde su inicio, el proceso seguido contra de HVV por el delito de homicidio agravado, en concurso homogéneo.

Por último, **se decretará la libertad inmediata del accionante**, la que no estará sujeta al pago de caución según los derroteros trazados desde el fallo de revisión proferido el 24 de septiembre de 2002 (rad. 14298), reiterados en los del 12 de noviembre de 2003 (rad. 19010) y 11 de julio de 2007 (rad. 25056).

Ahora bien, la liberación del procesado sólo se hará efectiva si no es requerido por virtud de proceso diferente, como parece serlo porque en la demanda de revisión se informa que aquél también se encuentra ejecutando la pena que le fue impuesta en el proceso nro. [...].

(Texto resaltado 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