



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado ponente

SP 16558-2015

Radicación N° 44840

(Aprobado Acta No. 428)

Bogotá D.C., diciembre dos (2) de dos mil quince (2015).

VISTOS

Celebrada la audiencia de sustentación oral, procede la Sala a proferir fallo con ocasión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO* contra la sentencia del 13 de agosto de 2014, a través de la cual el Tribunal Superior de Bogotá modificó el fallo proferido el 9 de junio anterior por el Juzgado Quinto Penal del Circuito, también de la misma sede, que condenó al mencionado como autor responsable de los delitos de tráfico de influencias de servidor público y cohecho impropio.

HECHOS

La situación fáctica base del proceso se declaró por el *ad quem* de la siguiente manera:

2. Los hechos tuvieron lugar en el año 2009 cuando RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO se desempeñaba como concejal de Bogotá, quien utilizando influencias derivadas de su cargo ante el director de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, Iván Alberto Hernández Daza, en provecho propio y de terceros contratistas consiguió que la entidad pública lo favoreciera ilícitamente con el nombramiento de personas por él recomendadas en cargos de la citada Unidad; igualmente, utilizó su calidad de concejal capitalino para que fueran beneficiados indebidamente en procesos licitatorios los contratistas Emilio Tapias Aldana y Héctor Julio Gómez González.

3. La actuación aquí desplegada se desarrolló mediante acuerdos previos entre el acusado CAMACHO CASADO y los concejales Hipólito Moreno Gutiérrez y Orlando Parada Díaz, a quienes el Alcalde Mayor Samuel Moreno Rojas les había delegado materialmente la designación del Director de la citada unidad.

4. También indican las diligencias que en el año 2010 el procesado CAMACHO CASADO determinó a Iván Alberto Hernández Daza para que recibiera de Javier Mejía Bernal, representante legal de la empresa Patria S.A., quien tenía participación en las licitaciones 007, 008, 021 de 2009 y 078 de 2010, la suma de cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$450'000.000,00), de los cuales el acusado recibió como aporte a su campaña la suma de trescientos millones de pesos

(\$300'000.000,00), y ciento cincuenta millones de pesos (\$150'000.000,00) ingresaron al patrimonio de Hernández Daza.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación contra *RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO* por los delitos de tráfico de influencias de servidor público y cohecho impropio, los cuales aceptó, al tiempo que el despacho judicial se abstuvo de imponer en su contra medida de aseguramiento.

A efectos de surtir el control de legalidad a la manifestación de allanamiento, el asunto se asignó al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta misma capital, quien le impartió aprobación y, acto seguido, dispuso la realización de la audiencia de individualización de pena y sentencia.

El 19 de junio de 2014 se dio lectura a la sentencia anticipada, por medio de la cual se condenó a *CAMACHO CASADO* a las penas principales de cuarenta (40) meses de prisión, multa equivalente a setenta y seis punto seiscientos sesenta y cinco (76.665) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cincuenta y cinco (55) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como autor penalmente responsable de las conductas punibles de tráfico de influencias de servidor

público y cohecho impropio. Así mismo, le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra la anterior determinación, los representantes de la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público y de las víctimas interpusieron recurso de apelación, motivo por el cual se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, en sentido de modificarla, fijando las penas en sesenta y nueve (69) meses y dieciocho (18) días de prisión, multa de ciento veintiocho punto cuatro (128,4) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos por el lapso de ciento cinco (105) meses y dieciocho (18) días. A su vez, le impuso la pena de inhabilitación intemporal para el ejercicio de funciones públicas y para celebrar contratos de manera personal o por interpuesta persona con el Estado y revocó la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le negó la prisión domiciliaria.

Inconforme con lo decidido, el defensor del sentenciado interpuso recurso extraordinario de casación, el cual sustentó oportunamente presentando la respectiva demanda, donde formula tres cargos. El libelo fue admitido, por lo que realizada la correspondiente audiencia de sustentación, se procede a emitir el fallo de rigor.

LA DEMANDA

Postula tres censuras contra el fallo impugnado. En las dos iniciales -siendo la primera principal y las restantes

subsidiarias- el actor acude a la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley sustancial y, en la última, a la primera del mismo precepto, por violación directa.

Previamente a desarrollarlas, el demandante precisa el alcance de la impugnación en orden a que se case la sentencia del Tribunal y se profiera fallo de reemplazo *“que reviva la legalidad, vigencia y cumplimiento de la decisión de primera instancia”*.

En el **primer reparo**, sustentado en la causal de violación indirecta de la ley sustancial, señala que se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia en relación con los soportes materiales y argumentales *“que tuvo en cuenta el fallador de primera instancia para la individualización de la pena, pues ignora la existencia de razonables y plausibles motivaciones”*, lo cual condujo a la interpretación errónea del artículo 61 de la Ley 599 de 2000.

Así, tras evocar pasajes del fallo de primer grado apuntala que no puede atribuírsele estar fuera de los ámbitos punitivos de movilidad, pues allí se fijaron con absoluta claridad las circunstancias de menor punición que el *ad quem* acusa de inexistentes e inmotivadas, sin que se hubieran omitido los principios de las sanciones penales referidos a la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad del artículo 3° de la Ley 599, pues se hizo expresa ponderación sobre la gravedad de la conducta, el daño

creado, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena de los artículos 4º y 61 de la misma codificación, resultando aleccionadora sobre el particular la sentencia SP 5420, de 30 de abril de 2014, radicado 41350, de esta Colegiatura.

En ese orden y de la mano de esta última decisión recuerda que aunque el artículo 59 *ibídem* obliga al juez a incluir en la sentencia “una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”, ello no significa que tenga el deber de analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de los factores previstos en los incisos 3º y 4º del artículo 61 del Código Penal, por cuanto basta que la cuantificación de la pena, dentro del ámbito de movilidad legalmente establecido, se sujete a las particularidades de cada asunto, pudiendo el juez al motivarla por esas mismas circunstancias destacar la importancia de unos criterios por encima de otros.

En tal virtud, será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los parámetros incorporados en los incisos 3º y 4º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 atinentes a la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad.

Tanto es así que, recalca, la doctrina desde un punto de vista epistemológico ha dicho que tales aspectos de ponderación, en tanto eminentemente valorativos, no pueden ser objeto de verificación ni de refutación por parte del superior jerárquico, ni de cualquier otro tipo de control

más allá del cumplimiento del deber de motivar, así como de ceñirse en la sustentación a los criterios previstos en la ley, postura que fue acogida por la Corte en el fallo CSJ SP, 20 feb. 2008, rad. 21731.

En este orden de ideas, transcribe un aparte del primer fallo citado conforme al cual *“le resultaría imposible a la Sala desarrollar tesis jurisprudenciales con base en la aplicación estricta de los criterios del artículo 61 del Código Penal, para que los jueces impongan políticas u obedezcan a tendencias punitivas en la dosificación de la pena”*.

De ser así, aduce, se limitaría al funcionario de tal manera que se lo sustraería en la práctica no solo a hacer justicia en el caso concreto, sino que además se afectarían gravemente los principios de independencia y autonomía judicial del artículo 230 de la Constitución Política, al imponer en todos los casos los parámetros de la sentencia CSJ. SP, sep. 27 de 2012, rad. 37322, como lo hizo el Tribunal.

Adicionalmente, agrega, una interpretación de ese talante contraviene los propósitos de la Ley 906 de 2004 y la aplicación en el Título II de los preacuerdos y negociaciones entre Fiscalía e imputado de los artículos 348 y ss., pues resulta incongruente pretender la aplicación de una justicia premial, que requiere ponderación de lo necesario, proporcional y razonable en el específico rango de lo punitivo, y la maniobrabilidad en el contexto de lo

consensuado, cuando previamente se quiere imponer una política sobre la dosificación punitiva.

Una tal postura también arrebató sentido a los reintegros, a la reparación integral, al perdón y al arrepentimiento, a los buenos antecedentes, a la presentación voluntaria, a los esfuerzos para evitar una injusta sindicación de terceros, etc. -realidades debidamente reconocidas en este breve proceso-, que el legislador ha valorado útiles para conducir criterios de menor punibilidad que respondan a los fines de la pena, pues *“los destinatarios de las normas pronto comprenderán que, al va y ven (sic) de la subjetividad judicial, sólo les espera, indefectiblemente, una pena correspondiente al extremo máximo del cuarto mínimo o del cuarto correspondiente según el caso”*.

Por otro lado, del cuerpo de la decisión del H. Tribunal, añade, se extrae que no hubo valoración de la evidencia probatoria, descociéndose la existencia de plausibles razonamientos motivacionales del Juzgado en la fijación de la pena, que podían ser saneados acudiendo a la evidencia probatoria ventilada y aducida en el proceso relevante para esa tarea, *“pero el H. Tribunal también omitió el examen del inventario probatorio, para privilegiar su criterio subjetivo y las analogías in malam partem, en desprecio de la legalidad y la favorabilidad. Para acreditarlo basta el cotejo insinuado frente a las carpetas del juzgado y el registro de la audiencia del 8 de mayo de 2014, en la cual*

se desarrollaron los contenidos prescritos por el artículo 447 procesal, individualización de la pena y sentencia”.

Así, en primer lugar, frente a lo consignado en el minuto 30:30 de dicha audiencia, cuando el Fiscal Delegado, en uso de la palabra, ponderó las calidades personales, familiares, sociales y políticas del señor *RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO*, resaltando que en su labor en el Concejo y en la administración pública siempre se caracterizó por el fortalecimiento de las comunidades de escasos recursos, el mejoramiento de su calidad de vida y los proyectos de inversión social, sin que obren cuestionamientos contra su actividad pública - aparte, obviamente, del presente- y, por el contrario, resaltando su dedicación a los proyectos de interés para la comunidad.

En segundo orden, respecto a lo dicho por el mismo funcionario al minuto 30:57, al admitir que el señor *CAMACHO CASADO* “*se presentó voluntariamente a la Fiscalía para resolver su caso desde el mes de junio de 2013 (Aquí debemos advertir que la imputación se realizó el 14 de enero de 2014 y las primeras piezas probatorias incriminadoras en su contra sólo empiezan a materializarse desde el mes de julio de 2013, con los interrogatorios y entrevistas a Hipólito Moreno, Iván Hernández, Manuel Hernández y Rogelio Ardila)*”.

En tercer lugar, en cuanto a lo también dicho por el fiscal al minuto 31:23, al aducir que existe un principio de

oportunidad en beneficio de CAMACHO CASADO, “en cumplimiento de una matriz de colaboración para el esclarecimiento de otros delitos contra la administración de justicia. (Acreditado además con el documento del 18 de octubre de 2013, en el despacho de la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, donde se suscribió "Acta de asistencia y acuerdos mínimos entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado ANDRÉS CAMACHO CASADO")...”.

En cuarto término, en torno a lo admitido por el mismo funcionario en el minuto 32:08, acerca de que el concejal CAMACHO CASADO renunció a su curul en el Concejo y a su partido político el 4 de octubre de 2014 “(Es decir, mucho antes de su imputación en enero 14 de 2014). Con lo cual reducía los efectos nocivos para la administración Distrital”.

En quinto orden, con respecto a lo admitido por el mismo funcionario al minuto 32:28 en el sentido de que operó el reintegro de los 300 millones de pesos recibidos para gastos de su movimiento político; esto, con relación al delito de cohecho impropio, para lo cual se constituyó un título judicial, como igual procedió Iván Hernández Daza respecto de los restantes 150 millones por él recibidos.

En sexto orden, en virtud de lo afirmado por el procesado en el minuto 52:14 al admitir públicamente su responsabilidad, reconociendo un error que le significó punición social y la picota pública operada por los medios y

el fin de su carrera política, *“disponiendo su alma contrita para anunciar la reorientación de su vida y el emprendimiento rectificador de nuevos proyectos de vida al lado de su familia”*.

Y, por último, ante lo manifestado en el minuto 1:15:21 por la defensa, quien en uso de la palabra reiteró el reconocimiento, desde la imputación y formulación de la acusación y en esa audiencia, *“de la concurrencia de tres circunstancias de menor punibilidad, correspondientes a los numerales 1º, 6º y 7º del artículo 55; todas acreditadas y admitidas por las partes e intervinientes en el proceso. Y en cambio la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 ib.). Advirtió, igualmente, que los dineros recibidos y constitutivos del delito de cohecho impropio, correspondían al inciso segundo del artículo 406 del Código Penal, es decir, que no se recibieron en el ejercicio mismo del cargo, lo cual es relevante a la hora de fijar la pena. Pero además, que dicha suma de 300 millones de pesos nunca hizo parte del patrimonio del Estado, pues se recibió de manos un particular y de su patrimonio. Y sobre el delito de tráfico de influencias se destacó, de manera suficiente y sin oposición, que si bien se presentó a unos contratistas para que fuesen beneficiados a la hora de otorgar contratos, ese resultado nunca se produjo, luego el daño fue apenas potencial, un nivel de lesividad claramente disminuido”*.

De esa forma encuentra que la pretensión de basarse en la simple naturaleza del delito por el que se condena o en el criterio personal según el cual se estima como más

adecuado y procedente fijar el extremo máximo del cuarto mínimo como apropiado fundamento para la adecuación punitiva viola la legalidad y el debido proceso, *“pues ni es esa la base normativa para proceder, ni esas las plausibles justificaciones de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (art. 3º penal) que dan soporte epistemológico a los Fundamentos para la individualización de la pena, del artículo 61 penal). Esta invitación a lo irrazonable no es lo que define la actuación del juez, ni atiende a las Funciones de la pena (art. 4º penal)...”*.

Si el Tribunal, concluye, hubiera realizado un juicioso cotejo de los contenidos del fallo de primer grado y valorado el soporte probatorio incorporado en desarrollo de la actuación, no habría incurrido en violación indirecta de la ley, por error de hecho, por falso juicio de existencia sobre las evidencias y sobre las adecuadas pautas de decisión y justificación de la pena imponible al sentenciado, conforme a los artículos 3º, 4º y 61 del Código Penal, operadas por el *a quo*.

De no incurrirse en dicho error, la decisión de segunda instancia habría sido la de ratificar el fallo impugnado en su legalidad, en su vigencia y en su cumplimiento, en lo que atañe a los parámetros de dosificación punitiva

En el **segundo cargo**, presentado como subsidiario del anterior, con fundamento en la misma causal y error de valoración probatoria, el libelista muestra su inconformidad

con la decisión del *ad quem* por medio de la cual redujo el monto de descuento punitivo derivado del allanamiento a los cargos del sentenciado CAMACHO CASADO del 50% al 40% al estimar que el *a quo* no valoró el mayor o menor desgaste de la administración de justicia y las pruebas con que contaba respecto de la responsabilidad del encartado en los hechos.

Sin embargo y aun cuando encuentra que el fundamento epistemológico del Tribunal es correcto, el referente probatorio empleado no existe en los términos citados por el fallo atacado, dándose a la tarea de presumir o suponer la existencia de soportes probatorios que acreditan que la aceptación de cargos se debió a los casi cuatro años de investigación que adelantó la Fiscalía desde el momento de comisión del ilícito, por lo que sin duda el ente acusador contaba con suficientes y contundentes elementos de juicio que comprometían su responsabilidad en los hechos objeto de investigación, los cuales permitían, con alto grado de probabilidad, dictar condena en su contra.

Lo anterior, dice, por cuanto no es cierto que la aceptación de cargos, preliminar y como expresión de parte, del día 18 de octubre de 2013 en el “Acta de Asistencia y Acuerdos Mínimos entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado ANDRÉS CAMACHO CASADO”, luego ratificada en las audiencias de imputación de enero 14 de 2014 y audiencia de verificación de allanamiento a cargos e individualización de la pena y sentencia del 8 de mayo de

2014, estuviera precedida de una investigación de cuatro años, desde el momento de la materialización de la conducta punible.

Como bien lo admite la Fiscalía, dice el casacionista, pues así está consignado en el acta que aportó el defensor en la audiencia del artículo 447 y en audiencias previas, *RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO* compareció a la Fiscalía desde el mes de junio de 2013 con el fin de enterarse sobre la existencia o no de una indagación en su contra y, una vez se confirmó la existencia del proceso, durante varias sesiones de trabajo acompañado de su defensor, se conversó para procurar una solución judicial, justa, legal y oportuna a su caso y con su directa participación, acordándose que *CAMACHO CASADO* se allanaría a los hechos que le imputara la Fiscalía General de la Nación.

Así se ratificó en el escrito de acusación con allanamiento a cargos fechado el 15 de enero de 2014, y suscrito por el doctor *Juan Vicente Valbuena*, Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, con el cual se formalizó la acusación en contra de *CAMACHO CASADO*, advirtiéndose, en el folio cuatro, que la base probatoria de los cargos por tráfico de influencias de servidor público y cohecho impropio, lo constituyen los interrogatorios y entrevistas de los señores *Hipólito Moreno*, de 30 de julio de 2013; *Iván Hernández*, del 18 y 30 de julio y 22 y 26 de agosto de 2013; *Rogelio Ardila*, de 25 de septiembre de 2013 y *Manuel Sánchez Castro* del 23 de julio de 2013, como lo

ratificó el fiscal en las referidas audiencias de imputación e individualización de pena y sentencia.

Lo cierto es que, afirma el libelista, ante los rumores de prensa CAMACHO CASADO se hizo presente ante la Fiscalía averiguando por la existencia de la investigación mucho antes de que existieran formalmente los interrogatorios y entrevistas de los testigos antes citados, de modo que una evidencia real de cargo sólo nació a la vida jurídica en los meses de julio y agosto de 2013, ratificada con el preacuerdo entre Iván Hernández y la Fiscalía General de la Nación, del 23 de diciembre de 2013, donde ratifica sus cargos de incriminación en contra de CAMACHO CASADO. Por consiguiente, *“es, entonces, evidente que la evidencia es posterior a su presentación y apenas simultánea con sus compromisos hacia la administración de justicia”*.

A su juicio, entonces, se extrae que CAMACHO CASADO tuvo disposición para contribuir en la solución de su caso, en los términos del artículo 348 y ss. procesal, *“antes de que existieran incriminaciones concretas en su contra”*, y siempre tuvo la intención de allanarse a los cargos actuando consecuente con ello, *“pero además, que su decisión libre y voluntaria de solución a su caso por vía de allanamiento, se acompañó de una contribución eficaz para el esclarecimiento de otros delitos contra la administración pública, en el marco de un principio de oportunidad y matriz reservada de colaboración”*.

Bajo ese panorama, asegura, el Tribunal incurrió en el yerro invocado al suponer o presumir una prueba que no obra en la actuación y decidir, con fundamento en ello, reducir la rebaja por allanamiento, imaginando que la investigación en cuestión había perfeccionado por cuatro años las evidencias en contra del acusado y que éste, al aceptar los cargos, lo hacía sin ofrecer beneficio alguno a la administración de justicia, no solo en ahorro de recursos económicos, sino probatorios, cuando, contrariamente, su actitud para asumir sus responsabilidades fue notablemente precoz, y se acompañó de un programa de colaboración que ha beneficiado el esclarecimiento del llamado carrusel de la contratación y el reintegro de las sumas de dinero recibidas ilícitamente.

Si el Tribunal, culmina, se hubiese preocupado por valorar las evidencias probatorias que real y materialmente han compuesto la investigación y el proceso como las fechas en que la fiscalía pudo obtenerlas, en contraposición a aquellas otras imaginadas y supuestas, habría admitido que, para este caso concreto, las expectativas procesales logran plenitud frente a los presupuestos epistemológicos que él mismo cita, *“y en tal caso, no habría revisado el monto de rebaja en el 40%, en vez del 50% otorgado por el juez de conocimiento, dado que éste último es proporcional, necesario y razonable, atendiendo los principios y fines de la pena, apoyado en la evidencia cierta y aportada. Yerro con el cual el H. Tribunal ha vulnerado el derecho material que le asiste al señor CAMACHO CASADO de acceder a una pena legal y a una rebaja por allanamiento que corresponda a esa*

plenitud”.

Por lo expuesto, solicita casar parcialmente el fallo impugnado.

En el **tercer y último cargo** planteado en el libelo, el demandante alega que se incurrió en violación directa de la ley sustancial, al negarse a su prohijado los subrogados penales de suspensión de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, por interpretación errónea de las normas llamadas a regular los principios de legalidad y favorabilidad, consignados en el artículo 29 de la Constitución Política y 6° de la ley procesal, lo cual ocasionó falta de aplicación de la Ley 1709 de 2014.

Para el actor, el Tribunal se equivoca cuando por favorabilidad descarta la aplicación de la última ley referida, porque para ello utiliza un razonamiento incongruente e inconsecuente. Igualmente, cuando califica la aplicación de la Ley 1709, para este caso concreto, como un "*verdadero exabrupto*" por la "*creación de una lex tertia*", "*pero en ningún momento argumenta qué valora como una lex tertia; en qué momento el a quo lo ha calificado como lex tertia y le da aplicación; no sustenta porqué ese ejercicio sería incompatible con la legalidad y la favorabilidad; y cómo es que la aplicación de la ley 1709 deriva en una lex tertia y porqué ella no es más favorable. No se aprecia una adecuada justificación de sus decisiones, pues emplea un razonamiento precario, en tanto sólo dispone de la conclusión, pero no ofrece las premisas que le dan sentido*".

Ante la ausencia de razones que permitan la impugnación, procede entonces a exponer “*la derivación hermenéutica que podría operarse bajo un adecuado reconocimiento de la favorabilidad*”, empezando por evocar los conceptos de legalidad, favorabilidad y *tempus regit actum*, para luego referirse a la *lex tertia* como opción judicial y así señalar que, en este caso, el *a quo* “*no le ha dado el trato de una lex tertia*” al artículo 29 de la Ley 1709 de 2014.

En tal sentido, pregona que la pena impuesta por el *a quo* fue de prisión y no excede los cuatro años, por lo que se cumple el requisito objetivo de su numeral primero y, en cuanto a su numeral segundo, destaca que el implicado no tiene antecedentes penales y que, según esa disposición, no debe tratarse de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, en cuyo caso el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral primero.

En relación con esto último advierte que claramente se trata de una norma de remisión, cuyo contenido original en la última ley en cita no preveía el artículo 68 A, el cual fue adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, consignada en el Diario Oficial del 28 de julio de 2007, a su vez modificado por el 28 de la Ley 1453 de 2011, que ya no solo alude a la ausencia de antecedentes en los cinco años anteriores, sino que además introduce un listado de delitos con el que amplía la regla de exclusión de los subrogados,

entre los cuales se encuentra el tráfico de influencias imputado, e incluye un parágrafo conforme al cual la norma restrictiva no opera cuando se aplica el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

Luego, dice, el llamado Estatuto Anticorrupción o Ley 1474 de 2011, en su artículo 13, reitera la exclusión de beneficios en los delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción, pero igualmente recoge en el último inciso su inaplicabilidad para los eventos en los cuales se acude al principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

De esta manera, sostiene, se ha debido considerar que el artículo 68 A es una norma complementaria que ha experimentado un tránsito legislativo *“que hace relativo su ámbito de validez temporal y cambiante sus presupuestos sustanciales respecto de las exclusiones a los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad (que realmente son diferentes formas de complemento normativo), pero también a la inaplicabilidad de dichas exclusiones tratándose de preacuerdos o allanamiento a cargos, como el que hoy nos ocupa”*.

En tal sentido recuerda cómo los eventos por los cuales se motivó el preacuerdo, que a su turno determinó que CAMACHO CASADO se allanara a los cargos, refieren a hechos ocurridos a finales del año 2009 -respecto del tráfico de influencias- y abril de 2010, en cuanto al cohecho

impropio, por lo que el operador judicial ha debido partir del principio *tempus regit actum*, según el cual todo acto o conducta debe regirse por la ley vigente en su tiempo, regulado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política y, como norma rectora, en el 6° de la Ley 906.

Y si bien, precisa, como norma general está prohibida la aplicación extraactiva de la ley, sea ella retroactiva o ultraactiva, *“la excepción ofrece cumplimiento a otro postulado, el favor rei o principio de favorabilidad (Art. 29 C.N), en tanto se predica que coexisten diferentes normas aplicables al asunto, considerando el momento de ocurrencia de la acción punible y hasta el momento del fallo”*.

En este caso, indica, en consideración al momento en que se materializa la conducta imputada y objeto de condena, concurren tres leyes aplicables al caso, las cuales se ocupan, con diferente presupuesto normativo, del artículo 68 A (Ley 1142 de 2007 y Leyes 1453 y 1474 de 2011); sin embargo, *“no son normas que arbitrariamente son convocadas para componer una tercera ley -lo cual es la mayor falacia que pronuncia la H. Sala en su fallo-, sino de normas que indefectiblemente deben considerarse para definir, por expresa solicitud del artículo 29 de la Ley 1709, el complemento normativo que desate la interpretación y aplicación misma de la Ley”*.

En consecuencia, corresponde al juez, y a quien revise su actuación, definir cuál de ellas resulta aplicable

teniendo en cuenta la norma remisiva del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, pero teniendo como presupuesto hermenéutico el *favor rei*, resultando evidente en este caso que el dilema tiene resolución a favor del artículo 68 A contenido en la Ley 1142 de 2007, por ser la normativa vigente al momento de la acción penal, es decir, norma aplicable y en sí misma más favorable, dado que solo considera como presupuesto de exclusión la existencia de antecedentes penales en los últimos cinco años para no conceder el beneficio, *“aspecto que no es oponible al señor CAMACHO CASADO, pues sus antecedentes son intachables”*.

En esa medida encuentra que se habilita perfectamente el otorgamiento del subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena a favor de su prohijado en tanto que la norma remisiva del numeral segundo del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 se complementa con una de las normas vigentes (Ley 1142) entre el momento de la acción punible y el momento del fallo, aprobando su concesión.

Sin embargo, señala, aún si se optara por la aplicación de las Leyes 1453 y 1474 de 2011, igualmente son susceptibles de merecer aplicación favorable, pues la norma remisiva se complementa con el listado de delitos de exclusión, lo que momentáneamente hace parecer nugatoria la tarea, pero luego, cuando se confronta el parágrafo de la Ley 1453 y el inciso final de la 1474, se advierte que el subrogado se habilita, pues la prohibición indicada por la

conurrencia de los delitos listados no tiene consideración tratándose de preacuerdos, negociaciones, allanamientos y principios de oportunidad.

El mismo ejercicio hermenéutico, añade, hubiera permitido dar aplicación de la Ley 1709 concediendo en favor del implicado la prisión domiciliaria, sin que sea relevante la pena asignada por el *a quo* o por el *ad quem*, pues ambos están en los rangos objetivos de punibilidad para acceder al beneficio, *“Sin embargo, en consideración del favor rei, es evidente que, preservada la vigencia, validez y cumplimiento del fallo de primera instancia, se optaría por la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Ahora, tratándose de un evento en el cual se casa parcialmente el fallo de la H. Sala Penal del Tribunal, avalando la redosificación punitiva que ejecutó, aún puede accederse a la prisión domiciliaria por cumplimiento de los presupuestos objetivos del artículo 23 de la Ley 1709, que adicionó el artículo 38B a la ley 599 de 2000, dado que en la sentencia se condena por delitos (Tráfico de influencias de servidor público y cohecho impropio) que tienen una pena mínima de prisión inferior a ocho (8) años de prisión. Con relación a la remisión al artículo 68 A, se opera el mismo procedimiento hermenéutico precedente, fijando en el tránsito de legislaciones (Ley 599 de 2000, Ley 1142 de 2007, Leyes 1453 y 1474 de 2011 y 1709 de 2014. Así se materializa la legalidad y favorabilidad mandatorios para el operador judicial, dando aplicación a la Ley 1709 de 2014, sin conformar una lex tertia, sino complementando el artículo 23 de esta Ley”*.

En ese orden, además, también nace la necesidad, conforme a lo planteado en este cargo, de acudir al recurso con el fin de unificar la jurisprudencia respecto de la novísima aplicación favorable de la Ley 1709 de 2014 y, al tiempo, reivindicar el derecho material de RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO a disponer de una hermenéutica que haga efectivo el principio de favorabilidad, dando aplicación a la Ley 1709, habilitante, en el caso concreto, del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o de la prisión domiciliaria, *“pues es evidente conforme a lo expuesto en precedencia que de haber operado una correcta interpretación de la ley y las pautas jurisprudenciales se habría mantenido la intangibilidad del fallo de la primera instancia”*.

En esas condiciones, depreca casar parcialmente el fallo impugnado.

INTERVENCIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. *El demandante (defensor de RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO):*

En términos generales reitera los argumentos del primer cargo, complementándolo solo en el sentido de que si el Tribunal hubiera realizado un juicioso cotejo de los fundamentos del fallo del *a quo* en relación con la evidencia recaudada para individualizar la pena, habría

concluido que el Ministerio Público y la representación de las víctimas no tenían derecho de postulación para interponer la alzada, pues solo la ilegalidad o la violación de derechos fundamentales la habilitaban, por lo que ha debido mantenerse indemne la pena y la autonomía del *a quo* en su determinación.

Con respecto a las censuras segunda y tercera, insiste en lo expuesto en el libelo, cuestionando nuevamente el rol que dentro de la sistemática procesal adversarial han tomado Ministerio Público y víctimas atentando contra su naturaleza, como aquí ocurrió al concederse la apelación que promovieron contra el fallo de primera instancia.

2. No recurrente (Fiscalía):

En relación con el primer reparo advierte que no se configura el yerro de valoración probatoria alegado por la defensa, pues se trata de un tema de disparidad de criterios, encontrándose que el del Tribunal fue fruto de una discrecionalidad razonada acorde con los postulados constitucionales y legales. En ese orden encuentra que el cargo no está llamado a prosperar.

En torno al segundo pregon a similar situación, pues la concesión de una menor rebaja por allanamiento a cargos obedeció también a la discrecionalidad que la ley otorgó al juzgador, de modo que la exposición de otro criterio por el Tribunal denota simplemente una disparidad inviable de discutir en esta sede.

En este caso, asegura, el Tribunal en la justipreciación del monto de reducción acudió a un hecho notorio vinculado con el inicio del llamado carrusel de la contratación cuyo origen data del año 2009 y si bien es cierto las pruebas más contundentes en contra de CAMACHO CASADO se lograron hacia el mes de junio de 2013, la investigación se había iniciado desde mucho antes, por lo que el *ad quem* en su ponderación lo que quiso racionalmente fue reconocer ese esfuerzo desplegado por la Fiscalía, sin que se hubiese incurrido en tergiversación de los hechos.

Respecto del tercer cargo opina que tampoco procede casar el fallo. Tras explicar el denominado fenómeno de la *lex tertia* a la luz de lo dicho en algunas decisiones de esta Sala, advierte que sus elementos en este caso no se configuran, debiendo por tanto, a efectos de determinar la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, establecer la ley aplicable, que en este caso es la 1709 de 2014 que los prohíbe expresamente cuando se trata de delitos contra la Administración Pública.

3. No recurrente (Ministerio Público):

Inicialmente advierte que son varios los problemas que se plantean en la demanda. Así, en primer lugar, si el juzgador de segunda instancia puede dosificar la pena cuando encuentra que debe imponerse una sanción mayor; en segundo, si la sentencia SP sep. 27 de 2012, rad. 37322 crea una regla de tasación punitiva y desestimula las figuras de los preacuerdos, allanamientos, actitudes

postdelictuales favorables de los procesados y viola principios del sistema penal acusatorio; en tercero, si se apreció erradamente por el *ad quem* la prueba para deducir una larga investigación con posibilidades claras de condena que le permitió atemperar la rebaja por allanamiento del 50 al 40% y, en cuarto, cuál es la ley aplicable en este caso para determinar el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Bajo esa metodología, frente a la primera inquietud indica que en este caso le asistía al Tribunal la facultad y el deber de revisar la dosificación punitiva por la preeminencia de los derechos de las víctimas, los intereses generales de la legalidad, la defensa del patrimonio público y para honrar los derechos a la verdad y justicia; además, porque el objeto de apelación contra el fallo de primer grado fue precisamente la dosificación punitiva.

En ese orden estima que el primer cargo no está llamado a prosperar.

En cuanto a la segunda problemática indica que la valoración que de las especiales afectaciones a bienes públicos de relevancia que la Corte plantea en la sentencia SP, sep. 27 de 2012, rad. 37322 pone de manifiesto que con las conductas lesivas de la administración pública se resquebraja la confianza depositada por la ciudadanía en el accionar de los servidores públicos, lo cual justifica un reproche mayor en los extremos máximos del cuarto respectivo.

Dicha apreciación, añade, no hace más que patentizar el daño causado en estos eventos de corrupción acorde con los lineamientos del legislador en la tasación de la pena y no desdibuja el propósito perseguido con las figuras de los allanamientos o acuerdos del sistema acusatorio, sin que sea de obligatorio cumplimiento, pues aquí el Tribunal la tomó como referencia para fortalecer su postura en pos de fundamentar el incremento realizado; por tanto, ese elemento constitutivo del mismo cargo tampoco está llamado a prosperar.

En relación con el tercer problema indica que en el *sub judice* si bien los hechos ocurrieron entre el 2009 y 2010 y la imputación en noviembre de 2013, no todo ese tiempo estuvo enmarcado por actos de investigación que demandaron cuatro años; así mismo, resulta evidente en los elementos de convicción aportados en este procedimiento abreviado que las actuaciones de CAMACHO CASADO coadyuvaron a la Fiscalía en la concreción del cargo llegando a colaboraciones efectivas que dieron lugar al reconocimiento del principio de oportunidad respecto de otras conductas por él cometidas y que se presentó voluntariamente al ente acusador para adelantar acuerdos antes de que se perfeccionaran los cargos en su contra, lo cual debe valorarse debidamente.

Y si bien en este evento la Fiscalía sí contaba con elementos suficientes para sustentar un juicio con probabilidad de condena, la colaboración del implicado fue suficiente y oportuna, y no estuvo enmarcada en una tortuosa investigación de más de cuatro años, motivo por el cual considera que el segundo cargo debe prosperar y, de

esa forma, reconocer en favor de *CAMACHO CASADO* una disminución del 50% por su allanamiento a los cargos.

Sobre el cuarto problema delimitado opina que ya sea que se parta de la pena impuesta por el Tribunal o se acoja la propuesta del Ministerio Público de conceder la rebaja del 50% por el allanamiento sobre esa misma sanción, el cargo se torna intrascendente porque la pena resultante es superior al presupuesto objetivo establecido en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 o al de la Ley 1709 de 2014.

De ese modo, la propuesta solo resultaría idónea si se mantiene la pena establecida por el *a quo* inferior a 48 meses de prisión.

En dicho evento, como los hechos ocurrieron entre el 2009 y el 2010, la ley vigente era el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 con la prohibición impuesta en su artículo 68 A, introducido por el 32 de la Ley 1142 de 2007; sin embargo, en tal *interregno* una nueva ley otorgó beneficios que necesariamente han de ponderarse como materialización del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y 6° del Código Penal.

La Delegada del Ministerio Público refiere al artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el aludido 63 original, manteniendo la concesión del subrogado para cuando la pena impuesta es inferior a 48 meses sin considerar el presupuesto subjetivo si la persona no tiene antecedentes dentro de los 5 años anteriores.

Sin embargo, añade, durante ese mismo lapso rigió otra norma también benéfica para el procesado como lo fue el artículo 13 de la Ley 1453 de 2011 que modifica el 68 A, donde si bien no se permite el beneficio para los delitos contra la administración pública, excluye la prohibición para los eventos de aplicación del principio de oportunidad, preacuerdos y allanamientos, la cual necesariamente debe aplicarse, pues en el Derecho colombiano no está prohibido el fenómeno de conjugación, conjunción o combinación ante la sucesión de disposiciones vigentes en el tiempo, siempre y cuando el precepto se tome completo.

En ese orden, añade, es posible integrar el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 con el 13 de la Ley 1453 de 2011 procediendo así al reconocimiento del subrogado en favor de CAMACHO CASADO, solo si, insiste, se mantiene la pena fijada por el *a quo*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Primer cargo (violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad):

Previo a dar respuesta al planteamiento del cargo es necesario dejar en claro que su admisión obedeció a la necesidad de abordar algunos puntos de importancia para el desarrollo de la jurisprudencia, constituido en uno de los fines del recurso extraordinario de casación conforme al artículo 180 del ordenamiento procesal.

Advertido lo anterior, cabe reseñar que, como bien lo destaca la representante del Ministerio Público en su intervención durante la audiencia de sustentación del recurso de casación, son varias las problemáticas que suscita esta primera censura formulada por el defensor.

Así, será necesario pronunciarse acerca de (i) la facultad de la segunda instancia y del Tribunal de casación para revisar los criterios de dosificación punitiva para fijar la sanción dentro del cuarto correspondiente, esto es, concretamente, los del tercer y cuarto inciso del artículo 61 del C.P., y de las partes e intervinientes para promover recursos en relación con ese específico aspecto; (ii) el carácter vinculante de los parámetros establecidos en la sentencia CSJ. SP, sep. 27 de 2012, rad. 37322 y si en verdad la pauta fijada en el precedente riñe con la dinámica del sistema acusatorio; (iii) la viabilidad de plantear errores de valoración probatoria en relación con los aspectos debatidos en la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 del estatuto procesal y, finalmente, (iv) la configuración del yerro de valoración probatoria invocado para el caso concreto.

En ese orden, por consiguiente, la Sala asumirá su estudio.

(i) Facultad de la segunda instancia y del Tribunal de Casación para revisar los criterios de dosificación punitiva de los incisos tercero y cuarto del art. 61 del C.P., y de las partes e intervinientes para

promover recursos en relación con ese específico aspecto:

El libelista inicialmente plantea que el Tribunal no tenía potestad, conforme doctrina especializada y las sentencias CSJ SP, feb. 20 de 2008, rad. 21731 y CSJ SP, CSJ SP, abr. 30 de 2014, rad. 41350, para auscultar tales aspectos del fallo de primera instancia; así mismo, como también se pregona en las mismas decisiones, la Corte tampoco puede imponer un criterio apreciativo al respecto so pena de vulnerar la autonomía e independencia del funcionario judicial reglada en los artículos 228 y 230 de la Carta Política. Por lo mismo, según lo complementa en la audiencia de sustentación, carecían de interés el Ministerio Público y la representación de las víctimas para cuestionar ese aspecto mediante el recurso de apelación que promovieron contra el fallo de primer grado.

Ciertamente, en la primera sentencia citada, que se yergue en el pilar de la argumentación del actor y en donde se cita la misma fuente doctrinaria aludida por él, se sostiene:

*[C]uando la Corte en la decisión en comento aludió al deber de motivar la sentencia sin prescindir del llamado *thema probandi*, lo que quiso decir era que el funcionario judicial, además de las valoraciones jurídicas que fueren del caso, tenía la obligación de obrar en tal sentido a la hora de apreciar la realidad de los enunciados fácticos con relevancia jurídica acerca de los cuales los sujetos procesales predicen su falsedad o veracidad y cuya*

base objetiva e ineludible lo constituyen los medios de prueba que hacen parte de la actuación.

Por el contrario, cuando el juez tiene que fundamentar de manera explícita los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (tal como ahora lo prescribe el artículo 59 de la ley 599 de 2000), no realiza juicios de índole fáctica, sino que en un principio establece los límites punitivos que el principio de legalidad de la pena le impone y, a partir de ahí, dispone de lo que en la teoría del garantismo penal se denomina poder judicial de connotación con miras a individualizar la pena que corresponda, en atención a la valoración que efectúe de los hechos que ya consideró demostrados cuando apreció la prueba que condujo a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado:

“Una vez aceptada conforme a ciertas interpretaciones y pruebas la verdad jurídica y fáctica de una imputación dada, ¿cuáles son los criterios pragmáticos a los que el juez debe atenerse en la decisión sobre la [...] la cantidad [...] de la pena? [...] A diferencia de la denotación, que permite una comprobación empírica apta para fundar decisiones sobre la verdad o sobre la falsedad, la connotación requiere sin embargo, inevitablemente, juicios de valor: en cuanto basados en referencias empíricas, en efecto, los juicios de ‘gravedad’ o ‘levedad’ de un hecho suponen siempre, como se dijo, valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Es claro que los criterios de valoración que presiden la connotación y la comprensión son innumerables y variados. El art. 133 del código penal italiano, por ejemplo, indica una larga serie de éstos: la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro ocasionado, la intensidad del dolo o el grado de la culpa, los motivos para delinquir, el carácter del reo, sus antecedentes personales, sus modelos de vida, sus condiciones individuales, familiares y sociales. Se trata de indicaciones sin duda útiles para orientar al juez sobre los elementos a tener en consideración. Estos criterios, aunque numerosos y detallados, no son sin embargo exhaustivos: por su naturaleza la connotación escapa en efecto a una completa predeterminación legal. Y sobre todo, a causa de su inevitable carácter genérico y valorativo,

carecen de condiciones para vincular al juez, al que sin embargo se remiten siempre los juicios de valor sugeridos por aquéllos”¹.

En este orden de ideas, refulge que el reproche formulado por el demandante, en el sentido de que el Tribunal de Medellín empleó en la sustentación de la imposición de la pena juicios de tipo dogmático o valorativo, ni siquiera constituye una anomalía para efectos de la debida motivación de la sentencia, pues como se acabó de explicar ésta no implica el uso de criterios verificables o refutables, ni tampoco está sujeta a una nueva apreciación de lo que fue el objeto de prueba, sino a la valoración sobre la gravedad o levedad de lo que a esa altura del fallo ya se había concluido que era la verdad fáctica y jurídica de la conducta imputada. (destacado fuera de texto).

No obstante, también ha encontrado la Corte que en la ponderación de tales factores, por ser de índole constitucional y de protección de derechos fundamentales, debe obrar una motivación que se corresponda con la ley y la jurisprudencia, como así lo resaltó en la siguiente determinación:

Es deber de la Corte recordarle al Juez Colegiado que en punto de los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, previstos en el artículo 54 y subsiguientes de la Ley 599 de 2000, que éstos son de estirpe constitucional y de absoluta protección con categoría de derechos fundamentales; por tal motivo, la pena de prisión que los funcionarios impongan, en ejercicio de sus funciones, por la constatación de pruebas concluyentes sobre la certidumbre del acto antijurídico y de la responsabilidad del inculpado; tendrán en todo lugar y en cualquier caso que respetar irrestrictamente la ley y el

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 404-405.

desarrollo de la jurisprudencia, por cuanto, los razonamientos esgrimidos por la judicatura en el proceso de especificación de la sanción, así como los parámetros para la determinación de los extremos mínimos y máximos, aunados a los fundamentos de la pena; jamás se pueden socavar so pretexto que las partes no recurrieron tal eventualidad: como garantía que es, deberá siempre ampararse (destacado fuera de texto, CSJ AP, abr. 14 de 2010, rad. 33460).

Merced a ese deber que le asiste al funcionario de motivar su decisión respecto a los criterios aplicados de individualización de pena, es que necesariamente dimana la posibilidad de impugnar para las partes e intervinientes habilitados cuando no se está conforme con lo expuesto, por tratarse de un tema, se repite, de índole constitucional y de protección de derechos fundamentales; ello en la medida, claro está, que el discurso de disenso apunte hacia esa demostración.

Así lo prevé el legislador en el artículo 59 del Código Penal, al señalar que *“toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”*, de lo cual, obviamente, no están excluidos los criterios de individualización de los incisos tercero y cuarto del artículo 61 *ibídem*, contrariamente a lo afirmado de forma tajante por el libelista a partir de la descontextualización que hace de la providencia CSJ SP, CSJ SP, abr. 30 de 2014, rad. 41350.

Tanto ello es así que en múltiples oportunidades esta Colegiatura, a solicitud de alguna de las partes y muchas veces de oficio, ha casado decisiones de segunda instancia por ausencia absoluta de motivación, concretamente respecto de los criterios previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P, alusivos a la mayor o menor gravedad de la conducta, al daño real o potencial creado, a la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, a la intensidad del dolo, a la preterintención o la culpa concurrentes, a la necesidad de pena y a la función que ella ha de cumplir en el caso concreto (inciso tercero) y en la tentativa por no analizar el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y, en la complicidad, el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda (inciso cuarto), ante lo cual ha enmendado el dislate fijando la pena en el mínimo del cuarto respectivo. Así, recientemente, se puede constatar en CSJ. SP, sep. 23 de 2015, rad. 38076; SP, sep. 16 de 2015, rad. 46485; SP, jun. 24 de 2015, rad. 40382 y SP, feb. 12 de 2014, rad. 30183, entre muchas.

Ahora bien, el simple imperativo de motivar las decisiones necesariamente lleva como contrapartida la posibilidad de interponer recursos en contra de lo motivado o argumentado, o garantizar el ejercicio del derecho de contradicción, pues de nada serviría conocer los fundamentos de una decisión si no pueden controvertirse como única forma de contrarrestar la arbitrariedad judicial, además de otros propósitos que también se logran a través del cumplimiento de dicha exigencia en el marco de un

Estado Social de Derecho. Por tal razón, se puede afirmar con TARUFFO que:

La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión.

Estos principios generales son válidos también en referencia a la valoración de las pruebas y al juicio sobre el hecho. No cabe duda, en realidad, de que también la motivación sobre los hechos es necesaria, como la motivación sobre el derecho aplicado, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas² (subrayas fuera de texto).

Precisamente en un esfuerzo por justificar la adscripción hacia el anunciado modelo de Estado, el artículo 230 de la Constitución Política colombiana estipula que los jueces están sometidos al imperio de la ley, al cabo que el 229 garantiza a los asociados el acceso a la administración de justicia. Por su parte, el artículo 29 *ejusdem* prevé que las actuaciones de esta índole se surtan conforme a un debido proceso, en cuyo interior puedan ejercer debidamente el derecho de defensa, teniendo como una de sus manifestaciones más importantes el derecho de contradicción, entendido, según este texto constitucional, como la facultad de “*presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria*”.

² TARUFFO, Michele, “La Prueba de los Hechos”. Editorial Trotta, 2002, Madrid, pág. 435.

Todo ese cúmulo de garantías se cristaliza, si y sólo si, el funcionario judicial expone las razones o argumentos en los cuales se basa para adoptar sus decisiones, como igual lo reconocen instrumentos internacionales ratificados por Colombia, por ejemplo, en el literal a) del numeral 3° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968) y el b) del numeral 2° del artículo 8° de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972).

El imperativo de motivar las decisiones para los jueces, además, cumple un doble papel, según lo tiene dicho esta Colegiatura (CSJ SP, sep. 28 2006, rad. 22041):

“(i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal ad quem; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional”.

Sobre el tema, BESIO HERNÁNDEZ³, ilustra sobre la transición vivida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en materia de cuantificación y cualificación de la pena, con evidentes aproximaciones a la evolución de la jurisprudencia colombiana, pues en sus inicios operaba una especie de discrecionalidad absoluta del funcionario

³ BESIO HERNÁNDEZ, Martín, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia (Esp.), 2011. Págs. 501 y ss.

judicial, pero luego se abrió paso la necesidad de realizar un examen frente a la racionalidad de lo argumentado para conjurar la arbitrariedad. Expone el autor:

El razonamiento precedente da cuenta de que la ausencia absoluta de motivación de la pena impuesta no se estimaba como susceptible de infringir norma legal alguna, por lo que se excluía su control por la vía casacional, en la medida además de que la falta de explicitación de los motivos de la decisión de pena (la ausencia de motivación) no se consideraba arbitraria, pues de ello no se podía deducir ("como aventuradamente hace el recurrente") que no se consideraron los criterios legales de medición penal. En otras palabras, pareciera asumirse que los jueces siempre obraron en conformidad a las pautas legales de cuantificación, aun cuando no explicitaran un razonamiento en ese sentido.

Esta tendencia judicial, con todo, comienza a terminar con la conocida STS de 25-02-1989, que la doctrina entiende constituyó el primer paso para la posibilidad efectiva de revisión en casación de la medición de la pena⁴. En palabras de Zugaldía Espinar, comentador de dicha sentencia en su momento, "[c]on la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1989, por consiguiente, parece haberse abierto una importante vía para conseguir que la regla 4ª del artículo 61, en particular, deje de ser 'pura retórica bien intencionada', y para conseguir también, con carácter general, que el tema de la individualización judicial de la pena pierda sus aspectos y contornos emocionales (irracionales o preventivos generales) para convertirse en un problema de la razón práctica, elevándose así el grado de

⁴ Así, entre otros, Fernández, "Del arbitrio y de la arbitrariedad..." p. 112-113; Jorge Barreiro, "La motivación...", p. 90; Ramos Tapia, "El control del arbitrio...#", p. 615, not 7; Castello Nicás, "Arbitrario judicial y determinación...", p. 20-21.

racionalidad al que desde hace mucho tiempo parece estar inexorablemente abocado"⁵.

En ese cometido, el autor identifica unos estándares de control de motivación e individualización de la pena encaminados a *“verificar de modo general la razonabilidad del proceder del tribunal de instancia y no podría fiscalizar la corrección de la pena efectivamente impuesta. Se trata, en definitiva, de que se entienda que la individualización ya sea cuando: (1) el tribunal de instancia se separa completamente en la medición penal de los criterios legales previstos al efecto; (2) cuando la discrecionalidad o arbitrio se torna en arbitrariedad o en irracionalidad; o (3) en hipótesis de absoluta falta de motivación de la sanción impuesta siempre que la ausencia de motivación no sea susceptible de ser subsanada por el Tribunal Supremo a través de los datos que consten en la sentencia y que permitan concluir que la pena no es "arbitraria"...”*⁶.

En definitiva, para el mismo autor, son tres los criterios que a la luz de jurisprudencia actual del Tribunal Superior Español posibilitan el control judicial al proceso de individualización de la pena; de esa manera, cuando:

(1) No se explicita en la sentencia el razonamiento a través del cual se decide la pena impuesta, esto es, en hipótesis de ausencia absoluta de motivación.

⁵ Zugaldía Espinar, “El derecho...”, p. 139.

⁶ Obra citada, pág. 505.

(2) Cuando existe un razonamiento explicativo de la decisión de pena, pero dicho razonamiento (motivación) resulta incorrecto, ya sea porque se aparta de los criterios legales de cuantificación de la pena o porque razonando a su respecto realiza una errónea aplicación o interpretación de aquellos.

(3) Cuando la pena específica impuesta resulta arbitraria o absurda, única hipótesis en que se controla el quantum de la condena⁷.

La misma línea de pensamiento ha seguido esta Corporación al indicar que la medida de control sobre el proceso de individualización de pena radica en el examen de su razonabilidad, en consonancia con los criterios atinentes a la necesidad, proporcionalidad y las funciones que cumple, como así incluso se plasma en el fallo citado por el actor CSJ SP, abr. 30 de 2014, rad. 41350, en donde se abordó con amplitud el tema de la dosificación punitiva, aludiendo igualmente a la también ya citada SP, feb. 20 de 2008, rad. 21731.

No obstante, la lectura del defensor tergiversa el trasfondo de la decisión al dejar de lado su contexto global, pues si bien allí se reconoce, coherentemente con algunos precedentes, que el funcionario judicial goza de cierto grado de discrecionalidad para individualizar la pena dentro del cuarto respectivo y que, por tanto, *“le resultaría imposible a la Sala desarrollar tesis jurisprudenciales con base en la **aplicación estricta** de los criterios del artículo 61 del Código Penal, para que los jueces impongan políticas u obedezcan a*

⁷ Íb. Pág. 509.

tendencias punitivas en la dosificación de la pena”, a la par se sostiene que los funcionarios judiciales deben proceder en esa labor conforme a criterios razonables, véase:

Adicionalmente, en la providencia CSJ SP, 10 jun. 2009, rad. 27618, la Sala, frente a un cargo por violación directa de la ley sustancial debido a la interpretación errónea del inciso 3º del artículo 61 del Código Penal vigente (según el cual los jueces no podían aumentarle al mínimo del cuarto escogido dieciséis -16- meses, porque «al valorar la intensidad del dolo lo hicieron de forma genérica y no concreta»), reafirmó dicha facultad discrecional del juez (aunque regulada, razonable y motivada) para efectos de la determinación de la pena:

Como el legislador prevé las consecuencias para la realización de cada tipo penal al contemplar la clase de sanción y fija a su turno los criterios que ha de atender el operador judicial para su dosificación, esto es, la cantidad o grado a imponer, el proceso dosimétrico debe descansar en dos pilares fundamentales: la discrecionalidad reglada y el sustento razonable, aspectos con los cuales se busca sembrar parámetros de proporcionalidad en la concreción de la sanción al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación, pues los criterios plasmados permitirán su ataque igualmente argumentado en aras de establecer la respuesta correcta a lo debatido.

Así, el artículo 59 de la Ley 599 de 2000 señala de modo imperativo que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, además, el artículo 61 establece una restricción a la discrecionalidad del juez en el proceso de individualización de la misma al indicar la forma como debe dividir objetivamente el marco punitivo –que resulta de la diferencia entre el límite mayor y menor– en cuartos: mínimo, en caso de no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo presentarse estas últimas; medios, cuando simultáneamente concurren unas y otras; y máximo, si confluyen únicamente agravantes.

Esa determinación del ámbito punitivo de movilidad es subsiguiente a la adecuación típica del comportamiento, la cual permite establecer los

*límites previstos por el legislador, es decir, a este estadio se llegará siempre que el supuesto de hecho de la circunstancia moduladora de la punibilidad no haya sido considerado como causal agravante o atenuante del tipo básico ante la prohibición de doble incriminación **y, una vez determinado el cuarto correspondiente, con claros criterios de proporcionalidad** se debe considerar la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la entidad de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, así como la necesidad y función de la pena. (destacado fuera de texto).*

Es que, si se mira con detenimiento el *integrum* de la decisión, se logra determinar que el menoscabo a los principios de autonomía e independencia judicial de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política frente al funcionario que individualiza la pena con fundamento en los criterios previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P., obedece a la imposibilidad de establecer pautas fijas o rígidas en torno a tales criterios -o de aplicación estricta, como se destacó de esa decisión- por lo que “*será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los aludidos parámetros*”⁸, lo cual por manera alguna descarta el despliegue de un control sobre la razonabilidad empleada en tal proceso que involucre, de contera, el escrutinio acerca de su necesidad, proporcionalidad y si cumple con sus funciones establecidas legalmente.

Ello se corrobora con lo que se sostiene más adelante en la misma sentencia cuando se enfatiza que dicha ponderación debe estimar las particularidades y circunstancias de cada

⁸ *Ib.*Pág. 44.

caso en especial y así colegir que “[e]sta discrecionalidad razonable y razonada del juez para individualizar la pena **conforme a las circunstancias particulares de cada asunto** también debe extenderse, en los eventos de concurso, a la determinación del incremento a la pena más grave”⁹ (destacado fuera de texto).

Es más, a continuación, en la misma providencia, se sientan pautas ilustrativas en orden a señalar que el número de conductas concurrentes o concursales con la Ley 599 de 2000 ya no configura un criterio independiente para individualizar la pena, como estaba previsto en precedencia, y que su valoración corresponde al momento en que se aplica el incremento por razón del concurso del artículo 31 *ibídem*. Tal análisis dentro de esa misma sentencia evidencia un claro ejemplo en el que se analiza la razonabilidad y legalidad del criterio aplicado por la instancia.

De ahí que, en la decisión en comento, se concluyera -aspecto omitido por el censor- que:

Aun en el evento de que, en el fallo impugnado, el Tribunal hubiera valorado por su propia cuenta los aspectos de ponderación previstos en el Código Penal, bien fuera para imponer el máximo solicitado, o para incrementar la pena en un monto que no satisficiera a los demandantes, ello en todo caso corresponde a un tema que, en la medida en que se haya sustentado de manera suficiente y según los factores indicados, no es susceptible de ser abordado en casación.

⁹ *Ib.* Pág. 47.

En efecto, si los funcionarios de instancia observaron en este sentido los deberes de motivación, así como de sujeción a los criterios previstos por la ley y la jurisprudencia, le resulta imperativo a esta Sala, aun si considerara que los homicidios de M.M.N. y M.M.G.G. debieron haber reflejado mayor rigurosidad en la fijación de la pena, respetar el arbitrio razonable y sustentado de los jueces en tal sentido.

La estricta observancia a esta discrecionalidad reglada del funcionario no responde a un capricho o postura absurda desarrollada por la Sala, sino a la imposibilidad de establecer controles más rigurosos a la apreciación de unos factores que, en tanto predominantemente valorativos (como se adujo 3.3.4), dependen del particular criterio de los funcionarios que conocieron el asunto en las instancias.

Es cierto que el Tribunal puede imponer su visión sobre la del a quo acerca de la fijación de la pena, siempre y cuando ello no le acarree para el caso concreto el desconocimiento de otras garantías judiciales (como el principio de limitación de la segunda instancia o la prohibición de reforma en perjuicio). Pero a la Corte en sede del recurso extraordinario no le está permitido obrar de idéntica manera, pues al no constituirse la casación en una tercera instancia, su procedencia está ligada a la demostración de un error en el fallo de segundo grado, ya sea de trámite o de juicio. Y otorgarle prevalencia a diferentes o ‘mejores’ criterios para la individualización de la pena no implica brindarle al inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 el alcance normativo que merece o el verdadero sentido que ostenta (que sería el yerro por violación directa aducido por los recurrentes). Tan solo significa que en la definición del asunto persisten opiniones distintas a las de los funcionarios competentes¹⁰ (destacado fuera de texto).

¹⁰ Págs. 62 a 64 ib.

Y precisamente en este primer cargo lo que se debate es si el Tribunal obró conforme a derecho al modificar los criterios de individualización empleados por el *a quo* en detrimento del procesado CAMACHO CASADO, al escudriñar en torno a la necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la pena, atendiendo a parámetros establecidos previamente por la jurisprudencia de la Corte, examen que se realizó sin las cortapisas de la prohibición de la *reformatio in pejus*, pues la impugnación fue promovida por Fiscalía, Ministerio Público y la representación de las víctimas, y respetando su competencia funcional, pues precisamente esos fueron los tópicos abordados por los apelantes.

En consecuencia, no es la mera disparidad conceptual entre uno y otro funcionario sobre esos aspectos lo que se ventila, como erradamente lo sostiene el representante de la Fiscalía en su intervención durante la audiencia de sustentación, pues ello impediría su estudio en sede de casación, sino si el Tribunal al modificar el fallo en lo tocante a la punibilidad, lo hizo para rescatar la razonabilidad en el proceso de individualización de la pena.

Desde esa perspectiva, esto es, aquella según la cual el *ad quem* modificó la pena en aras de salvaguardar los referidos postulados, se puede concluir que el Tribunal estaba facultado para revisar los criterios empleados por el *a quo* en el proceso de individualización de la pena y, por lo mismo, también a los impugnantes en apelación les asistía legitimación para promover la impugnación vertical, en

tanto cuestionaron precisamente su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Esto último cuando se advierte que la potestad de impugnar sobre lo relacionado con el monto de la pena no está en cabeza exclusiva de la defensa, pues también dimana para la Fiscalía, en virtud del rol que desempeña; del Ministerio Público, si lo que persigue es la defensa del orden jurídico o la preservación de las garantías fundamentales, y de las víctimas, como acertadamente lo acota la Procuradora Delegada, por estar de por medio su derecho de acceso a la justicia.

En efecto, las víctimas al instaurar el recurso de apelación contra el fallo de primer grado advirtieron que los criterios utilizados no se compadecían con la gravedad de la conducta, por estar ante un caso de corrupción de inmensas proporciones que generó un enorme daño patrimonial al erario y una gran afectación a la credibilidad de la ciudadanía en sus representantes.

En ese orden, no es viable sostener, se insiste, como lo pregonaba el demandante en la audiencia de sustentación, que no le asistía ni al Ministerio Público ni a las víctimas legitimación para interponer la alzada contra el fallo de primer grado, pues a más de que su inconformidad se centraba en el monto de la pena, punto sobre el cual estaban plenamente autorizados por tratarse de una sentencia terminada anticipadamente por vía del allanamiento de CAMACHO CASADO a los cargos

imputados, clamaban al unísono por la defensa del orden jurídico y los derechos de las víctimas.

En cuanto a estas últimas, destáquese cómo el derecho a reclamar justicia aludido que en ellas recae, implica la imposición de una sanción condigna a la afectación causada (cfr. CSJ. SP, abr. 27 de 2011, rad. 35947¹¹), el cual se ve seriamente comprometido cuando se advierte que escudándose en su discrecionalidad el funcionario judicial impone el mínimo de pena, desconociendo los criterios de dosificación punitiva previstos en el inciso tercero del artículo 61 del C.P., de forma, por demás, arbitraria.

El derecho a la justicia que asiste a las víctimas, como con amplitud lo tiene decantado la Sala, surge como desarrollo de la propia Constitución Política¹², la jurisprudencia constitucional¹³, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹⁴.

¹¹ En dicha decisión se definió el derecho de las víctimas a obtener justicia como aquel encaminado a que *“la conducta delictiva no quede en la impunidad, **se le imponga al responsable la condigna sanción** y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento”* (destacado fuera de texto).

¹² Entre otros, artículos 2, 13, 29, 93, 23, 86, 87, 228 y 229 de la Carta Fundamental.

¹³ Cfr. sentencias C-412/93, C-275/94, C-554/01, C-1149/01, C-228/02, C-580/02, C-004/03, C-979/05, C-1154/05, C-370/06, C-454/06 y C-209/07.

¹⁴ Literal (a) del numeral 3º del artículo 2º, párrafo 3º del mismo precepto, párrafo 5º del artículo 9º y párrafo 6º del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que tratan del recurso efectivo, reclamación e indemnización apropiada. Artículos 1º, 2º, 8º y 25 de la Comisión Americana de Derechos Humanos.

Sobre ese basilar derecho de las víctimas, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-228 de 2002, al realizar un recuento sobre su reformulación, lo siguiente:

*En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, **la sanción justa de los responsables**¹⁵ (destacado fuera de texto).*

El derecho a obtener una sanción justa o condigna frente al perpetrador del delito victimizante, atendiendo a la afectación sufrida, compagina con la noción más amplia del derecho a la justicia en sentido de que la conducta no quede impune, como ocurre cuando la sanción no se corresponde o no es proporcional al daño que se ha ocasionado.

¹⁵ Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Ver también, Stephens, Beth. Conceptualizing Violence: Present and Future developments in International Law: Panel 1: Human Rights and Civil Wrongs at Home and Abroad: Old Problems and New Paradigms: Do Tort Remedies Fit the Crime?. En 60 Albany Law Review 579, 1997.

Con la misma tónica, en la sentencia C-979 de 2005 el órgano límite de la jurisdicción constitucional refirió a los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, al señalar que:

*Este sentido de la norma resulta en efecto contrario no solamente a los deberes de investigación que en materia de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario le impone al Estado colombiano, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, sino que restringe, de manera injustificada, el ámbito de protección de los derechos de las víctimas y perjudicados de estas conductas, con el alcance que la jurisprudencia de esta Corte les ha dado, en particular su derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia. Derechos que como se indicó se encuentran asociados de manera estrecha al deber de las autoridades de investigar **y sancionar de manera seria** e independiente estos crímenes. (destacado fuera de texto).*

Luego, en la sentencia C-454 de 2006, el mismo Tribunal en aras de delimitar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, precisó lo siguiente:

*Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar **y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos**; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso (destacado fuera de texto).*

Más recientemente, en el C-579 de 2013, sobre el mismo punto, advirtió:

*De esta manera, **el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.** Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: **(i)** el deber del Estado de investigar **y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos;** **(ii)** el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; **(iii)** el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso (destacado fuera de texto).*

Por último, todavía más cercana, en la sentencia C-180 de 2014 la Corte Constitucional abordó la temática concerniente al derecho a la justicia de las víctimas, indicando:

***Derecho a la Justicia.** Su garantía impone al Estado la obligación de investigar, juzgar y condenar a **penas adecuadas a los responsables de las conductas delictivas y evitar la impunidad.** Encuentra fundamento en el artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4, 5 y 6 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, los artículos 1, 3, 7-10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, los artículos 1, 3, 7-10 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los artículos 18 y 24 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos*

Humanos relativos al derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos mediante los recursos ágiles y efectivos.
(subraya fuera de texto).

En los anteriores términos, queda claro que si efectivamente hace parte de los derechos de las víctimas obtener justicia en el proceso penal para que al perpetrador del delito se le imponga una sanción condigna, adecuada, justa o seria, deviene indiscutible la posibilidad de promover impugnación cuando advierten que ello no se garantiza con la establecida.

Esta postura, por demás, es consonante con el despliegue que a los derechos de las víctimas ha dado esta Colegiatura en su más reciente jurisprudencia.

Así, en CSJ. AP, nov. 11 de 2009, rad. 32564, donde se discutía sobre si a la representación de las víctimas le asistía interés para controvertir una sentencia condenatoria en lo tocante con la revocatoria de la prisión domiciliaria, se da por sentado que esa temática difiere de la posibilidad con que cuenta el mismo interviniente para propender por la imposición de una pena mayor, y que, necesariamente, para discutir dicho aspecto debe acreditar el perjuicio directo que tal decisión le ocasionó, véase:

En este caso, el representante de la víctima no aboga por una modificación en la atribución penal o por la imposición de una sanción mayor para S.M., sólo repara en el otorgamiento de la prisión domiciliaria, sin preocuparse por acreditar el perjuicio o agravio directo que le causa la forma como consideró el juzgador

se debía ejecutar la pena de prisión impuesta, que en vez de intramural se cumpliera domiciliariamente.

Efectivamente, no explica si con la impugnación extraordinaria, busca obtener la verdad, la justicia o la reparación, ni dedica espacio para demostrar que al otorgarle la prisión domiciliaria al inculcado, los derechos de la entidad bancaria que representa resultaron afectados. (Destacado fuera de texto).

Más explícita sobre el particular resulta la providencia SP, dic. 6 de 2012, rad. 36771, en la que, ventilándose el mismo tópico, valga reiterar, específicamente la facultad de la parte civil (se trataba de un asunto regido por la Ley 600 de 2000) para disentir sobre la concesión del sustitutivo de la prisión domiciliaria para un condenado, se deja en claro que no es cuestionable la posibilidad de dicho sujeto procesal para reclamar una pena mayor:

Según el demandante, el Tribunal desconoció el alcance de los artículos 186 y 204 de la ley 600 de 2000, cuando desató el recurso de apelación contra la sentencia interpuesto por la Fiscalía y la parte civil, sujetos procesales que carecían de interés para impugnar el otorgamiento a la acusada de la prisión domiciliaria.

Es principio de derecho procesal general, que la interposición de los recursos legales se vincula con el interés jurídico para ejercitarlos, el cual surge para el sujeto procesal que sufre agravio concreto con la decisión cuya revocatoria o reforma pretende con la impugnación.

El mismo encuentra desarrollo legal en el artículo 186 de la ley 600 de 2000, de acuerdo con el cual “los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico”, el cual a su vez

permite distinguir entre quien está legitimado para actuar en el proceso de quien lo está en la causa.

Como el agravio o perjuicio inferido por la decisión judicial a la parte es la causa que la legitima para recurrirla, debe determinarse la existencia del nexo o vínculo entre aquella con el contenido de la sustentación para establecer el interés jurídico del sujeto procesal.

De otro lado, el interés jurídico constituye el límite de la competencia del superior, la cual se extiende únicamente a los aspectos que se encuentran estrechamente vinculados con el objeto de la impugnación, artículo 204 de la misma ley, debido a que nadie acude a los recursos para desmejorar su situación sino para buscar que el agravio causado con la decisión recurrida sea reparado.

De ese modo, tiene razón el recurrente al advertir que la parte civil carecía de interés jurídico para solicitar la revocatoria de la prisión domiciliaria otorgada en la sentencia de primera instancia a la procesada, por ser un asunto que no guarda relación con él.

En efecto, a partir de la sentencia C-228 de abril 3 de 2002, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 137 de la ley 600 de 2000, bajo el entendido que la parte civil además del derecho al resarcimiento del daño causado con la conducta punible, le asiste los de obtener la verdad de los hechos y de que se haga justicia.

Desde entonces, se reconoce que las víctimas o perjudicados con el delito, además del derecho a participar dentro del proceso penal, tienen el de impugnar las decisiones para lograr la protección judicial efectiva de sus derechos.

De modo, que aun cuando el resarcimiento económico dejó de ser el único interés de la parte civil, su legitimación en el proceso penal a partir de su derecho a la verdad y la justicia, surge de la acreditación de un daño o agravio así este no sea de carácter patrimonial, en la medida que esos derechos no son absolutos.

La Sala ha dicho que “si la parte civil apela un fallo de carácter condenatorio invocando la necesidad de que se ampare su derecho a la verdad o a la justicia, es apenas natural que precise cuál es el agravio concreto que tal determinación le ha causado, es decir, cómo el fallo sancionatorio afecta uno de aquellos derechos, puesto que, como también es de elemental rigor entender, en principio una determinación de dicha naturaleza está llamada a realizar esos intereses superiores que podrían legitimar su intervención procesal”¹⁶.

Ahora bien, también se ha dicho que el fallo condenatorio colmaría las expectativas de la parte civil, pero que si este no satisface sus intereses de verdad y de justicia, tendría interés jurídico para pedir su modificación en aspectos que pudieran causarle agravio, como aquellos relacionados con la forma de atribución de responsabilidad o con una sanción mayor¹⁷ (subrayas y negrilla fuera de texto).

Finalmente, en la reciente decisión SP, oct. 14 de 2015, rad. 42388, trámite también regido por la Ley 600 y en el cual se abordó la misma temática en torno al interés de la parte civil para impugnar el otorgamiento de la prisión domiciliaria al condenado, no solo se transcribe la providencia anterior sino que, siguiendo la misma línea argumental expuesta en los precedentes, se concluye que

¹⁶ Casación, agosto 10 de 2006; radicación 22289.

¹⁷ Auto de casación, noviembre 11 de 2009; radicación 32564.

para alegar ese tema necesariamente la parte civil o la representación de las víctimas, según se trate, debe acreditar el perjuicio concreto que dicha decisión comportó frente a sus derechos a la verdad y la justicia:

Acorde con lo anotado, se tiene que en el presente asunto, desde la presentación de la demanda de constitución de parte civil, el apoderado del Instituto de los Seguros Sociales anunció que además de buscar el resarcimiento económico, propendería también por los derechos “a obtener justicia y verdad, dentro de una concepción amplia de protección de sus derechos”.

En esa medida, no habría discusión, en principio, frente a la posibilidad de impugnar los aspectos inherentes a las consecuencias punitivas del delito.

Sin embargo, revisado su memorial de impugnación de la sentencia de primera instancia, encuentra la Sala que no ilustra acerca del perjuicio o agravio causado con el otorgamiento de la prisión domiciliaria, en tanto, sus afirmaciones concernientes a que es posible que el sindicato evada el cumplimiento de la pena, además de genéricas no cuentan con respaldo probatorio.

Por lo demás, está claro que esos son factores objetivos que debió tomar en consideración el funcionario judicial al momento de determinar la viabilidad o no de conceder el mecanismo sustitutivo en cuestión. Por ello, si de verdad el representante de la parte civil buscaba entronizar una crítica seria a la sentencia, era menester abordar de lleno los argumentos que soportaron la citada decisión en aras de establecer su contrariedad con la norma o vicios propios del mecanismo casacional.

Desde esa perspectiva -y tal como ocurrió en el precedente de la Sala anteriormente traído a colación-, la parte civil carece de

interés para impugnar la decisión de disponer la ejecución de la pena de prisión en el domicilio del procesado, lo cual le impedía al Tribunal Superior de Santa Marta ocuparse de la misma.

En síntesis, se tiene que le asiste razón al actor cuando acusa a esa Corporación de haber violado directamente la ley sustancial, por la interpretación errónea de los artículos 186 y 204 de la Ley 600 de 2000.

El anterior recuento jurisprudencial permite concluir lo siguiente: (i) la Sala tiene sentado que asiste interés a la víctima cuando aboga por una pena mayor, como ocurre en el evento *sub exámine*, posición coincidente con la de la Corte Constitucional, conforme se destacó en precedencia, cuando advierte que el derecho a la justicia que les atañe conlleva el de la imposición de una sanción justa, adecuada o seria y (ii) ante la posibilidad que le asiste al mismo interviniente de impugnar la concesión de la prisión domiciliaria al condenado, se le impone la obligación de acreditar el perjuicio concreto que tal determinación contrajo en el marco de sus derechos a la verdad y justicia, siendo esta la razón específica, acorde con los precedentes analizados, que condujo a declarar su carencia de interés para impugnar ese aspecto.

Ahora, aún si se exigiera de la víctima que ante la petición de incremento de pena expusiera el perjuicio o agravio directo que en el marco de sus derechos a la verdad y justicia produjo la decisión controvertida, se tiene que en el caso *sub judice* ello fue debidamente acreditado, pues al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el

fallo de primera instancia indicó que la dosificación del *a quo* no consultó con los criterios establecidos en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, resultando, como consecuencia de ello, una sanción a todas luces irrisoria desconocedora de su derecho a la justicia, que no se compadece con la gravedad de la conducta, alejada de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad y de los fines de la pena, amén de desconocer precedentes de esta Corporación, en tanto se está en presencia de un caso de corrupción de inmensas proporciones que generó inconmensurable afectación a la credibilidad de la ciudadanía hacia sus representantes.

Superado este punto controvertido por la defensa, es necesario abordar el concerniente a si a la Sala de Casación Penal de la Corte le es permitido sentar pautas interpretativas en torno a los criterios de los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P., tal como lo plantea el defensor con fundamento en las multimencionadas sentencias CSJ SP, feb. 20 de 2008, rad. 21731 y CSJ SP, CSJ SP, abr. 30 de 2014, rad. 41350.

Pues bien, a esta Corporación, como Tribunal de Casación, sin duda le está deferida la facultad de sentar pautas interpretativas en torno a los criterios de individualización de pena de los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P., como quiera que son conceptos legales que deben servir de guía a los funcionarios judiciales.

En ese orden de ideas, ha sido frecuente que la Corte haya fijado patrones para determinar cuándo la conducta reviste una mayor o menor gravedad dependiendo, por ejemplo, de la afectación al bien jurídico tutelado (CSJ. SP, agos. 17 de 2005, rad. 23458 y SP, sep. 9 de 2009, rad. 21200, entre otras); en punto del daño real o potencial causado (CSJ. SP, mar. 24 de 2010, rad. 31560 y SP, may. 5 de 2010, rad. 32712); en torno al grado de culpabilidad (SP, oct. 29 de 2008, rad. 24582 y SP, may. 15 de 2008, rad. 33118) y en derredor de la necesidad de pena (SP, ago. 14 de 2013, rad. 37915), criterios todos que hacen parte de los factores que conforme a la normativa en cita fundamentan la individualización de la pena y se espera que los operadores judiciales de inferior categoría los respeten.

Empero, no se trata, como lo indica el libelista, de que tales criterios interpretativos, como sucede respecto de cualquier materia sometida a conocimiento de esta Colegiatura, desplacen inexorablemente la independencia y autonomía del funcionario en abierta transgresión de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, pues cada caso debe sopesarse individualmente acorde con sus especiales características, pero sí que cuando obedezcan a un similar patrón de conducta, como en el *sub exámine*, correspondiendo los distintos asuntos al denominado “cartel de la contratación de Bogotá”, se sigan los lineamientos decantados por esta Colegiatura, como bien lo hizo el Tribunal al ajustar la pena a las directrices que frente a asuntos previos fallados por la misma modalidad

delictiva se adoptaron por la Corte¹⁸, pues lo contrario generaría desigualdad.

Una hermenéutica restrictiva, en la que no se puedan desarrollar conceptos legales como los de los incisos tercero y cuarto del multicitado artículo 61 del C.P., reñiría abiertamente con el rol de la Corte como Tribunal de Casación, conforme al numeral 1° del artículo 235 de la Carta Fundamental, tanto por su función de unificación y desarrollo de la jurisprudencia, como por la asignada de manera tradicional en pro de garantizar la igualdad y coherencia del derecho objetivo *“a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia, a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado”*¹⁹, también llamada nomofilaquia²⁰.

Por otra parte, recuérdese cómo, a la luz de lo expuesto por el alto Tribunal Constitucional, el precedente de autoridad obliga al funcionario de nivel inferior, quien para apartarse deberá exponer las razones de su disenso (Sentencia Corte Constitucional T-309 de 2012).

Insístase en que el apartamiento a los criterios sentados en la jurisprudencia constituye, como incluso se

¹⁸ Particularmente a lo plasmado por la Sala en SP sept. 27 de 2012, rad. 37322.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero, “La Casación Civil”, T. III, citado por PÉREZ VIVES, Álvaro, “Recurso de Casación en materias Civil, Penal y del Trabajo”. Editorial Temis, Bogotá, 1996, págs. 33 y ss.

²⁰ Aun cuando según algunos autores la realidad ha precipitado el fracaso de esta función del recurso extraordinario. Así, vb.gr. FERRAJOLI, Luigi, en su ponencia “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, publicada en la Revista “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/B, págs. 445-456.

destacó de las decisiones ya citadas CSJ AP, abr. 14 de 2010, rad. 33460 y SP, abr. 30 de 2014, rad. 41350, un factor para colegir la falta de razonabilidad del criterio empleado y, *contrario sensu*, colegir su arbitrariedad, máxime cuando expresamente no se señalan los motivos que llevaron a distanciarse de la pautas fijadas por la Corte.

Elucidados los puntos materia de debate, y conforme a la metodología anunciada, corresponde ahondar sobre si el juzgador colegiado de segundo grado al modificar la pena y proceder conforme a las directrices determinadas en el fallo CSJ SP sep. 27 de 2012, rad. 37322 para imponer la pena en el monto máximo del primer cuarto y no el mínimo como lo hizo el *a quo*, actuó conforme a derecho o si incurrió en los errores valorativos que le adjudica el opugnador.

(ii) Carácter vinculante de los parámetros establecidos en la sentencia CSJ SP sep. 27 de 2012, rad. 37322 y su incidencia frente a la dinámica del sistema acusatorio:

Para empezar, bien está traer a colación los argumentos sentados en aquella oportunidad por la Corte cuando individualizó la pena, en un asunto también relacionado con el llamado “cartel de la contratación” en Bogotá, cuyo trámite se surtió por la Ley 600 de 2000 y en donde el sentenciado por igual se acogió a una forma de terminación anormal del proceso (sentencia anticipada).

Así, dijo la Sala en dicho trámite de única instancia seguido en contra de un congresista, respecto del delito que se estimó como más grave (enriquecimiento ilícito), lo siguiente:

Igualmente, se precisa que en el acta de aceptación de cargos, que para estos casos equivale a la resolución de acusación, no se imputó circunstancia genérica de agravación punitiva, por el contrario, como circunstancia de menor punibilidad se anotó la prevista en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal, derivada de la ausencia de antecedentes penales, lo que lleva a concluir que la pena debe individualizarse en el primer cuarto, es decir entre setenta y dos (72) meses y ochenta y cuatro (84) meses de prisión.

Ahora bien, G.A.O.B. en un ataque frontal a la administración pública, violó la misión constitucional encomendada y a través del abuso indebido de su cargo de congresista, por demás depositario de la confianza pública, procedió a desplegar sus influencias para desviar el curso normal de la contratación de obras públicas de Bogotá con el fin de obtener el cuantioso provecho económico que se le había ofrecido a cambio. Traicionó de esta forma la representación pública depositada por sus electores. Puso su cargo al servicio de protervos intereses particulares sin importarle el grave daño que ocasionaba a la comunidad, que ha debido pagar en tiempo y sobrecostos la debacle de una nefasta contratación de obras públicas indispensables y urgentes para mejorar la crítica movilidad de la ciudad capital.

Ese agravio, que atenta contra la administración pública, deslegitima no sólo a quienes representan los intereses de los gobernados en la rama legislativa, sino colocan en serio desprestigio la actividad estatal en el desarrollo de obras

públicas que deben estar inspiradas en los principios de confianza, honradez, honorabilidad, transparencia y oportunidad para todos. Tan desviado proceder genera un clima de incertidumbre en el desarrollo de las demás actividades, pues dudará la ciudadanía que esos altos y nobles fines sean la guía de la contratación pública.

*En consecuencia, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta punible, el daño real ocasionado y la intensidad del dolo (art. 61 de la Ley 599 de 2000), lo que conllevó a afectar seriamente la credibilidad en la Administración Pública, la pena de prisión que se impondrá por este delito **será el extremo máximo del cuarto mínimo**, es decir ochenta y cuatro (84) meses, o lo que es igual, siete (7) años. (Destacado fuera de texto).*

Por su parte, en relación con la conducta concurrente, obligada como estaba la Sala conforme a lo establecido en los artículos 60 y 61 del Código Penal, así como a su reiterada jurisprudencia sobre el particular, a individualizar la pena separadamente por cada conducta delictiva concurrente (entre otras, CSJ. SP, 24 abr. 2003, rad. 18556), dispuso que:

Considerando los mismos aspectos atinentes a la gravedad del hecho, el daño causado a la comunidad con la conducta, pues su intermediación no lo fue por causas justas y loables, sino para lograr (i) que un proceso de contratación como el que se adelantaba para la construcción de la Troncal de Transmilenio sobre la Calle 26 en Bogotá, que en otro escenario hubiera sido declarado desierto, resultara exitoso en beneficio de torcidos intereses privados y (ii) que el Contralor de Bogotá omitiera ejercer su control sobre la ejecución de esas mismas obras y se consolidara el pago de las comisiones prometidas, incluyendo la

suya, todo lo cual evidencia el total abandono de los valores superiores que deben guiar a la administración pública.

*Es por ello que teniendo en cuenta tales aspectos conforme al artículo 61 de la Ley 599 de 2000, la pena de prisión para cada uno de estos delitos **amerita el máximo del cuarto mínimo**, esto es sesenta (60) meses de prisión, o lo que es igual, cinco (5) años. (Destacado fuera de texto).*

A esta altura es oportuno advertir que esta ponderación no se plasmó exclusivamente en la sentencia referida por el Tribunal y los impugnantes, sino que se aplicó, bajo similares términos, en otra proferida por esta Sala también dentro de un trámite de única instancia igualmente concerniente al carrusel de la contratación en el distrito capital contra un congresista y regido bajo la égida de la Ley 600 de 2000, aunque su culminación obedeció a las vías ordinarias del proceso.

Como en aquella oportunidad de la misma manera se verificó un concurso de conductas punibles (concusión, interés indebido en la celebración de contratos y tráfico de influencias), se realizó el ejercicio dosimétrico de la pena de forma individual, y una vez seleccionado el cuarto respectivo, en cuanto a la primera modalidad delictiva, se precisó lo siguiente:

En orden a individualizar la pena en el respectivo cuarto, atendiendo a los aspectos señalados en el inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, la Corte encuentra que la mayor gravedad de la conducta concusionaria realizada por N.I.M.R. se

revela a partir de que siendo Senador de la República, defraudó las expectativas depositadas por la comunidad en él, y en lugar de utilizar su investidura en la búsqueda del bien común, la empleó para cometer delitos.

Igualmente, aparece demostrado que para la ejecución del comportamiento previsto en el artículo 404 del Código Penal, N.I.M.R. se valió del constreñimiento representado en la amenaza de intervenir indebidamente ante la administración Distrital para afectar los intereses del Grupo Nule, contratista de la Capital de la República, si no cedía ante sus pretensiones de que le asignaran unas zonas para la instalación de estaciones de combustibles a su esposa, lo que denota una especial modalidad de conducta que merece un mayor reproche.

Ahora, como no vaciló en usar la violencia psicológica y utilizar su cargo y posición en la sociedad como instrumento para conseguir su protervo designio, en desmedro de los valores que honran el desempeño del servidor público, no cabe duda que ello evidencia una mayor intensidad del dolo, pues estaba decidido a lograr, a cualquier precio, sus propósitos criminales, sin importarle el perjuicio que con ello le causaba a la ciudad de Bogotá.

*En consecuencia, los aspectos reseñados, a los cuales se suman la seria afectación de la credibilidad en la Administración Pública, conducen a imponer por este delito una pena de prisión **igual al extremo máximo del cuarto mínimo**, es decir, de ochenta y cuatro (84) meses, o lo que es igual, siete (7) años. (Destacado fuera de texto).*

En relación con el segundo delito concursal, vale decir, interés indebido en la celebración de contratos, con argumentos similares, una vez ubicado en el cuarto correspondiente, se precisó:

En esa medida, la conducta de N.I.M.R. afectó profundamente el bien jurídico de la administración pública, dado que se trataba de un cuantioso y trascendente proyecto de rehabilitación de la malla vial de la Capital de la República, que implicó el desconocimiento de los principios generales de la contratación, especialmente de los de igualdad, moralidad, transparencia, imparcialidad y selección objetiva, que deben guiar los procesos contractuales estatales, de donde queda acreditada la mayor gravedad de su conducta.

Valerse de terceras personas para determinar la realización de la conducta con el evidente propósito de no verse relacionado directamente, así como para mantener un control sobre la delincuencia, son expresiones de una mayor planeación encaminada a lograr el éxito de su designio criminal y, por ende, una modalidad que demanda una condigna sanción.

Esa manera de proceder sin reparar en las consecuencias que sobrevendrían para la Capital al amañar la escogencia del contratista y, por tanto, privar a la ciudad de Bogotá de la mejor propuesta en el desarrollo de las obras públicas de la rehabilitación de su malla vial, expresan una mayor intensidad del dolo.

*Es por ello que teniendo en cuenta tales aspectos, señalados en el inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, la pena de prisión para este delito **amerita el máximo del cuarto mínimo**, esto es, setenta y dos (72) meses de prisión, o lo que es igual, seis (6) años. (Destacado fuera de texto).*

Y, con respecto al último delito concurrente, esto es, tráfico de influencias, acotó:

El comportamiento realizado por N.I.M.R. sin lugar a dudas fue grave, pues deslegitimó no solo a quienes representan los intereses de los gobernados en la rama legislativa, sino que colocó en serio desprestigio la actividad estatal en el desarrollo de sus labores constitucionales, pues se espera que la ciudadanía confíe en sus servidores que se presume están guiados e inspirados por los principios de honradez y honorabilidad.

De otra parte, se observa que N.I.M.R. abusó de su cargo y de la preponderancia que la sociedad le había confiado al haberlo elegido como Senador de la República, quien influyó indebidamente en una servidora pública que fungía como cabeza de una institución central de la Capital del país encargada de su desarrollo urbano, menospreciando así el interés superior de la administración pública, como también los principios de la moralidad y la probidad que orientan el ejercicio de aquella.

Ahora, a N.I.M.R. no le bastó con influenciar a los servidores públicos del IDU, sino que con el objetivo de asegurar que al grupo Nule se le asignaran contratos en la licitación 06 de 2008, determinó la realización de otra conducta punible, con lo cual se evidencia una superlativa voluntad orientada a efectivizar sus ilícitos propósitos.

*Es por ello que teniendo en cuenta los aspectos consagrados en el inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 que preceden, la pena de prisión para el delito de tráfico de influencias **se tasa en***

el máximo del cuarto mínimo, esto es, sesenta (60) meses de prisión, o lo que es igual, cinco (5) años. (Destacado fuera de texto).

Pues bien, en el caso de la especie, el Tribunal, acogiendo los planteamientos de la sentencia CSJ SP sep. 27 de 2012, rad. 37322, cuestionó el procedimiento empleado por el *quo* al haber fijado como pena el mínimo del cuarto seleccionado. Esto advirtió dicha corporación:

En el presente asunto, razón le asiste al Ministerio Público y las víctimas en sus reproches al fallo de primer grado, porque el juzgador no respetó los parámetros y fundamentos de individualización de la pena, concretamente, porque una vez establecido el primer cuarto, como espacio temporal en el que se fijaría la pena, se limitó a señalar que la conducta resultaba merecedora de innegable reproche; sin embargo, reconoció que las circunstancias de menor punibilidad le resultaban altamente favorables, sin que se observe específicamente a cuáles hacía referencia el fallador y por qué motivos.

Esta posición llevó al juez de primera instancia a mantener la pena en el extremo mínimo, omitiendo considerar los fundamentos para la individualización de la sanción establecidos en el artículo 61 del Código Penal, entre ellos la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo, el daño causado con la conducta y la función que debe cumplir la pena, que sin duda, tal y como lo anuncia la jurisprudencia, lo habilitaba para apartarse de tal límite. Sumado lo anterior, ha sido la Corte Suprema de justicia la que en casos similares, tal y como lo trajo a colación el Ministerio Público, ha estimado que resulta adecuado y procedente que, cuando se atente de manera

grave contra la Administración Pública, el juzgador se mueva hacia el extremo máximo del cuarto mínimo²¹:

(...)

38. Como en el presente asunto se observa la ejecución de conductas extremadamente graves, actos que implicaron bochornosas actuaciones en perjuicio de la administración capitalina por cuenta de un concejal, inaudito resulta que la judicatura termine premiando a delincuentes de tal monta, con argumentos vacíos y alejados de la realidad.

39. Es inadmisibile que los jueces patrocinen la impunidad, así esta sea parcial, porque no otra cosa ocurre cuando ante tan nocivas conductas desplegadas por servidores públicos, se les termina gratificando con una pena mínima, ni siquiera comparable con la que diariamente se impone a los responsables de conductas insignificantes y cuya antijuridicidad es más que cuestionable.

Luego, al individualizar la pena en concreto y considerar que el delito más grave de los concursales era el de tráfico de influencias de servidor público, el colegiado de segundo nivel adujo:

Del mismo modo, teniendo en cuenta los aspectos consagrados en el citado artículo 61, inciso 3º, se encuentra que factores determinantes a tener en cuenta son la gravedad de la conducta, el daño real ocasionado a la administración pública, la intensidad del dolo y la función que en concreto ha de cumplir la pena.

²¹ A continuación, procede a citar la parte pertinente de la sentencia CSJ SP sep. 27 de 2012, rad. 37322.

Así, respecto a la gravedad de la conducta se tiene que el concejal CAMACHO CASADO no solo influenció a otros funcionarios para obtener indebidamente puestos públicos y prebendas políticas, sino que a su patrimonio ingresó una fuerte suma de dinero que fue utilizada para sostener los gastos de su campaña, cuya procedencia, sin duda, devenía de la contratación que tantas veces favoreció, dejando de un lado al conglomerado social -que juró defender cuando asumió la función pública-, para poner sus intereses particulares por encima del bienestar de la comunidad que lo eligió para que lo representara, circunstancia que sin duda denota un alto grado de reproche.

El daño real ocasionado a la administración pública también se hace latente en esta clase de conductas toda vez que el procesado, en últimas, se apropió de dineros del erario público defraudando las arcas del Estado, aprovechándose de su posición frente a la colectividad, por lo que sin duda, la intensidad del dolo fue mayor, al no escatimar esfuerzo alguno para causar el descalabro económico al erario.

Finalmente, en cuanto a las funciones de la pena resulta viable que la comunidad asuma que ciertos hechos punibles que lesionan sus intereses más preciados, como la administración pública, merecen un tratamiento severo que no sólo expíe la conducta del autor, en tanto retribución justa, sino que además, como prevención especial, lo disuada de la comisión de nuevos hechos punibles, de modo que no quede en aquella sensación alguna de impunidad o de un trato desproporcionado, por lo que con el propósito de cumplir las señaladas funciones, y dada la conducta que reflejó en los acontecimientos delictivos, imposible resulta deducir que no colocará en peligro a la sociedad, en la que ocupaba una privilegiada posición por su cargo, por lo que la pena a imponer inicialmente será de 84 meses de prisión, multa de 174 s.m.l.m.v. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 96 meses.

De lo anterior queda suficientemente claro que el *ad quem*, en el asunto de la especie, al modificar la proporción dentro del cuarto elegido para imponer el máximo y no el mínimo establecido en la ley como lo hizo el inferior, procedió conforme a la legalidad de la pena, pues estos criterios, aunque de algún modo discrecionales, no lo son de forma absoluta, sino por esencia reglados, como lo reseñó la Corte en las decisiones aludidas en el acápite previo, atendiendo parámetros que, incluso, ya se habían sentado para asuntos de la misma naturaleza, lo cual imponía una carga para quien se apartara de ellos en orden a sustentar la postura contraria, lo que se echa de menos en las precarias motivaciones del *a quo*.

Ahora bien, aunque en sentido estricto no hay un mandato general de imposición interpretativa en las dos decisiones de la Corte, sí se establecen pautas concretas que determinan la suma gravedad de la conducta, el daño real causado a la administración pública, la necesidad de pena acorde con sus funciones para los comportamientos delictivos relacionados con el carrusel de la contratación de Bogotá, muy al margen de las apreciaciones particulares que confluieron para cada caso en concreto en pos de evidenciar la intensidad del dolo con que actuaron lo sentenciados, pautas que conducen inexorablemente a alejarse del extremo mínimo del cuarto seleccionado para salvaguardar el derecho a la igualdad y materializar el principio de proporcionalidad.

En ese orden, la Corte reitera, como lo dejó plasmado en las dos decisiones remembradas, que el lamentable suceso del “carrusel de la contratación” en la capital del país constituyó una afrenta de enormes proporciones contra el bien jurídico de la administración pública, máxime cuando provino de dignatarios de alta jerarquía en quienes la comunidad tenía cifradas altas expectativas de vocación de servicio, mediando la apropiación de cuantiosos recursos destinados a obras de infraestructura de gran envergadura indispensables para conjurar la problemática del tránsito y calidad de vida en la capital y no para el provecho personal.

Sumado a estos aspectos, que denotan la gravedad de la conducta, se configuró incuantificable deterioro en la confianza depositada por la ciudadanía hacia sus representantes, concretamente de los habitantes de la capital de la república, adicional al enorme menoscabo patrimonial derivado de sobrecostos en las obras que debían desarrollarse, con evidente desprecio hacia los principios que rigen la contratación pública.

Bastaba ello, aun si se ponderaran otros factores en favor del procesado, para distanciarse del mínimo de pena aplicado por el *a quo* y aproximarse hacia el extremo máximo del cuarto de dosificación, pues cada caso, como con antelación se precisó y a ello atañe la discrecionalidad a la que ya se aludió, debe evaluarse por separado, en la medida en que no se trata de establecer automáticamente que siempre deba imponerse el máximo de pena.

Empero, lo que aquí sucede es que existiendo una evidente similitud entre el asunto que se juzga y los fallados previamente por la Corte, deviene un diagnóstico similar bajo las premisas ya sentadas en la jurisprudencia en relación con los factores aludidos. Es más, podría decirse que en este caso el reproche emerge mayor, pues a diferencia de los anteriores donde se juzgaba a congresistas, aquí se examina la conducta de un concejal de la capital en quien recaía mayor compromiso frente a los intereses de la ciudad, para cuya defensa y realización fue elegido popularmente.

Ahora, plenamente investido de facultad el *ad quem* para revisar los fundamentos que sobre el particular expuso el juez de inferior jerarquía, con miras a determinar, conforme a los reclamos de las víctimas y del Ministerio Público, si los criterios aplicados del inciso tercero del artículo 61 del C.P. consultaban con la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y funciones de la pena, encontró ostensibles falencias que no podía soslayar e imponían su corrección.

Así, es cierto que el sentenciador de primera instancia no obstante anunciar que en la individualización concreta de la pena atendería los principios referidos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y de anunciar que la conducta merecía innegable reproche, máxime cuando se perpetró por un servidor público elegido popularmente quien debió dirigir su gestión en beneficio de la comunidad y no de su propio interés, objetivamente sobredimensionó la

conurrencia de circunstancias de menor punibilidad a su favor, las que ni siquiera mencionó, porque a su modo de ver evidenciaban en este caso una “simple manifestación primaria” del escándalo de corrupción del “carrusel de la contratación”, concepto que tampoco explicó, para a partir de ahí, de forma poco razonable, desproporcionada y contraria a los fines de la pena, imponer el mínimo dentro del primer cuarto de dosificación punitiva.

También lo es que el *a quo* en su lacónica motivación, como lo precisó el Tribunal, no justipreció debidamente los criterios de gravedad de la conducta, daño real causado, intensidad del dolo y las funciones de la pena, conforme con las directrices delimitadas en asuntos similares por la Corte, dislate frente al cual el Tribunal no podía pasar desapercibido, sino que estaba compelido a activar los correctivos necesarios, sin que haya procedido de forma arbitraria o caprichosa en la modificación de la pena, pues, a diferencia del juez de primer nivel, expuso motivos razonables, legales y proporcionales, de la mano con la necesidad y funciones de la pena y con la jurisprudencia de la Sala, que justificaban imponer el máximo monto dentro del cuarto aludido.

Por otro lado, cuando la Corte en los dos asuntos anteriores relacionados con el “carrusel de la contratación” impuso el máximo de pena dentro del cuarto respectivo, por manera alguna, como erradamente lo entiende el recurrente, impuso una especie de camisa de fuerza para que ante casos de la misma índole concernientes a tal

fenómeno en la capital el país, ineludiblemente deba fijarse ese mismo monto, pues cada caso, se itera, debe analizarse de forma individual, pero sí sentó un criterio en torno a la gravedad de esas conductas y en cuanto al daño real que ocasionaron, el cual difícilmente, salvo argumentación contraria plausible, permitirán la fijación, como aquí se hizo por el juez singular, del mínimo de pena.

Ante esa misma razón no se percibe cómo tales directrices entorpecerían la dinámica de figuras inherentes al sistema acusatorio, según lo argumenta el libelista; verbigracia, el margen de movilidad para acudir a los mecanismos de terminación anticipada vía allanamientos o preacuerdos o desmotivar el acceso a institutos postdelictuales que reporten beneficios punitivos, cuando, de una parte (i) como se ha reiterado, la hermenéutica de la Corte no debe considerarse como una imposición en sentido de que en todos los casos relacionados con el llamado carrusel de la contratación en Bogotá se deba sancionar con el máximo de la pena, sino que tales conductas son en extremo graves y reportan un daño real e intenso al bien jurídico protegido y a las víctimas; (ii) las partes al acudir a cualquiera de los mecanismos de justicia premial o postdelictuales en estos casos no deben perder de vista, de acuerdo con la ponderación efectuada por la Sala, que se trata de hechos delictivos de suma gravedad y, sobre esa base, racionalmente negociar o aceptar los cargos; así mismo, esperar beneficios proporcionales a la magnitud de tales conductas, puntos que deberá sopesar la Fiscalía en su aplicación.

Corresponde ahora determinar si el Tribunal en su justipreciación relacionada con los criterios de individualización de pena, incurrió en el yerro valorativo que le atribuye el defensor derivado de errores de hecho por falsos juicios de existencia, pero antes es necesario efectuar algunas precisiones acerca de su procedencia en cuanto a los elementos de juicio recaudados en la audiencia de individualización de pena y sentencia del artículo 447 del estatuto procesal que rige este asunto, conforme la metodología que se viene desarrollando.

(iii) Viabilidad de plantear errores de valoración probatoria en relación con los aspectos debatidos en la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 del estatuto procesal:

Por regla general, los errores de apreciación probatoria se configuran respecto de pruebas obtenidas o practicadas en el juicio oral; empero, es posible que se presenten en la audiencia aludida de individualización de pena y sentencia del artículo 447 del estatuto procesal con las limitantes que dicha diligencia tiene conforme a los alcances reseñados por la jurisprudencia.

Así, en CSJ. AP, may. 10 de 2006, rad. 25389, se precisó:

Ahora bien, en la audiencia para la individualización de la pena, acto procesal necesaria e ineludiblemente subsiguiente a la aprobación del acuerdo (artículo 351 ídem), los intervinientes

solamente pueden referirse a “las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable” y a la probable determinación de la pena y la concesión de los sustitutos de la sanción, aspectos únicos sobre los cuales el legislador admitió alguna actividad probatoria (artículo 447 ibídem).

Cierto es que, el artículo 29 de la C.P., autoriza a los intervinientes en el proceso penal a solicitar la práctica de las pruebas que resulten pertinentes y conducentes con la materia objeto de debate, pero bajo el postulado de que tal derecho se ejerza en los términos en que la ley lo establezca, pues el ejercicio de las garantías es dable dentro del marco del debido proceso y la aplicación sistemática de las disposiciones que regulan la materia.

Si el preacuerdo, como modalidad de justicia consensuada a través de un procedimiento abreviado, implica la aceptación de responsabilidad penal en forma anticipada, disponer de parte del rito procesal, renunciar al debate fáctico y probatorio y, se rige por los principios de irretractabilidad, eventualidad, preclusión y seguridad jurídica, resulta extraño a dicho mecanismo jurídico la tesis de la defensa, en el sentido de que se le desconoce el debido proceso al inculcado, al haberse negado, luego de aprobado el acuerdo, la práctica de la prueba testimonial ofrecida en la audiencia de individualización de la pena para demostrar que J.N.T.M. obró en exceso de legítima defensa, pues tal pretensión con respaldo probatorio mínimo, por lo que resultaba ajena al acto procesal cumplido, en el que por expreso mandato del artículo 447 del C.P.P. no tenía cabida dicho debate probatorio, además de que la propuesta constituía una manifiesta violación a la prohibición de retractación a la que alude el artículo 293 ejusdem.

Sobre el procedimiento a seguir y las facultades que se pueden ejercer por los intervinientes, luego de aceptada la imputación o de aprobado un preacuerdo, la Sala²², en providencia del 12 de diciembre de 2005, dijo:

En efecto, entre la acusación y la sentencia, entre ésta y los cargos aceptados, luego de aceptado el acuerdo, deviene la audiencia para la individualización de la pena en los términos del artículo 61 del código penal, de modo que ese esquema debe respetarse por el recurrente a la hora de postular los cargos.

Así, cuando el artículo 447 de la ley 906 de 2004, señala que “si se aceptare el acuerdo celebrado con la fiscalía”, el juez le concederá la palabra para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden”, se refiere a circunstancias que le permitan al juez graduar la pena en los términos del artículo 61 del código penal y no a aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno diferente, en perjuicio del mismo acuerdo”²³ (subrayas fuera de texto).

El tema atinente a las posibilidades probatorias de las partes e intervinientes en el decurso de la misma audiencia, fue ampliamente desarrollado en CSJ. SP, may. 16 de 2007, rad. 26716, por cuyos valiosos aportes e incidencia directa para resolver el punto objeto de debate, la Sala se permite reproducir *in extenso* en lo pertinente:

Pues bien, del texto que viene de transcribirse (el del artículo 447, se aclara), es importante abordar tres temas acerca de la diligencia en cuestión, alusivos al momento de su realización, su objeto y la actividad probatoria que podría llegar a demandar.

²² C.S. de J., Aut. de Cas., Rdo. 24.913.

²³ Auto del 10 de mayo de 2006, Rad. 25389.

En cuanto a la oportunidad procesal, la ley claramente diferencia dos momentos para el efecto. El primero, luego de que el juez ha anunciado el sentido del fallo condenatorio en el punto culminante del juicio oral, y, el segundo, una vez verifique el allanamiento o acepte el acuerdo celebrado con la Fiscalía, en los términos de los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En ambos casos se parte de la base de que en contra del sujeto pasivo de la acción penal se dictará sentencia condenatoria, bien porque fue vencido en el juicio oral, anuncio que hace el juez tras sopesar la prueba allegada en dicho acto y los argumentos de cierre de las partes e intervinientes, ora porque aceptó su responsabilidad en los hechos, materializada en el allanamiento o en un acuerdo que celebró con el ente instructor, aprobado por el juzgador luego de verificar, junto con la aceptación voluntaria, libre, espontánea y con cabal asesoría del defensor, que hay un mínimo de prueba a partir del cual inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327 Ib.), y que lo pactado discurre por caminos de legalidad.

De allí entonces que la prueba que se tabula en el juicio oral, apunta única y exclusivamente a determinar la responsabilidad o no del acusado en los sucesos por los cuales fue convocado al juicio, mientras que el fundamento probatorio que conlleva a avalar el allanamiento o acuerdo y emitir el subsiguiente fallo condenatorio, radica en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes aportados por la Fiscalía, sin que pueda denominárseles “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público -del cual se prescinde en estos casos-, con total respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.

Es por lo anterior que el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a

la definición de la ya decantada responsabilidad, que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de adoptar su decisión de condena, los cuales tocan con la “probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado” (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las “condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”.

(...)

Ahora bien, en la providencia citada, que es justamente la que trae a colación la delegada del Ministerio Público, se parte de la base de que es posible desplegar una actividad probatoria en sede de la diligencia para la individualización de la pena y sentencia; sin embargo, se aclara seguidamente, dicha actividad debe versar única y exclusivamente en torno a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Ello, desde luego, para que la Fiscalía y la defensa sustenten las pretensiones que a continuación formularán, en lo que respecta a la probable determinación de la pena y la concesión de subrogados.

Lo anterior es apenas obvio, habida cuenta de que hasta el momento solo se han recaudado elementos de juicio que, como se dijo antes, tocan en forma directa con la responsabilidad y más concretamente, lo que refiere a la estructura de la conducta punible en todas sus aristas. Es decir, se han recopilado y aportado suficientes medios de convicción para sustentar la condena del acusado, dentro de un específico marco de responsabilidad y acorde con una concreta adecuación típica, que no remite apenas al tipo básico sino, como se anotó atrás, a todos los factores consustanciales al mismo que tienen la virtualidad de modificar los extremos punitivos, pero en modo alguno para determinar cuál es la pena que debe aplicarse ni los

beneficios sustitutivos a que puede acceder, en ambos eventos, claro está, atendiendo a los criterios que ha establecido el legislador para su definición.

(...)

En este orden ideas, es apenas natural que en curso del juicio o del trámite previo a la aceptación del allanamiento o del acuerdo por el juez de conocimiento, no se allegue prueba atinente a los aspectos aludidos en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, contrario a lo sostenido por la Fiscalía, que entiende equivocadamente el tema cuando alude a que en el juicio se discute o demuestra lo referido a la individualización de la pena y concesión de subrogados.

En seguimiento, entonces, del principio antecedente-consecuente o preclusivo de los actos procesales, claramente establecidas en el nuevo procedimiento penal, dos etapas diferentes para demostrar y argumentar en punto de objetos disímiles, no es posible, so pena de quebrantar la estructura misma del proceso, discutir en el segundo de los hitos un aspecto que debió haber sido cubierto en el anterior.

En suma, a la diligencia propia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se arriba con una determinación concreta –por vía ordinaria o la extraordinaria de acuerdos y preacuerdos, siempre y cuando estos no contengan ya la especificación de una sanción individualizada- de los límites mínimo y máximo de pena, e incluso del cuarto dentro del cual ha de ubicarse el juez, como quiera que el relativo arbitrio otorgado al funcionario para dosificar la sanción, no supera este hito –inciso tercero del artículo 61 del Código Penal-, y a ello precisamente es que apelan las partes cuando de alegar en torno de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, se trata.

Ahora bien, no obstante lo anterior, la norma no define cómo debe desarrollarse ese despliegue probatorio y si se asumiese únicamente su tenor literal, pareciera que el único facultado para adelantar la práctica probatoria es el juez, cuando, a partir de la información que le presentan las partes, determine que sea necesario solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto. En este sentido, con total acierto, llama la atención la Fiscal Delegada al manifestar que no es lógico que la actividad probatoria se limite a lo pericial, como quiera que algunos de los aspectos que refiere el dispositivo en comento, pueden acreditarse por la vía testifical directa.

Una interpretación exegética de la norma no puede ser de recibo, pues, considera la Sala que si en desarrollo de la diligencia de individualización de la pena y sentencia, las partes presentan alegaciones en las que aluden a aspectos que pueden influir en la dosificación punitiva o en la concesión o denegatoria de subrogados, es apenas natural y obvio que se les facilite su acreditación.

*Sin embargo, debe recalcar que la actividad probatoria que así se suscite, es absolutamente informal, por manera que si “prueba” es, como ya se dijo, sólo la que se practica e incorpora en el juicio oral, **los informes a los cuales alude la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se sustentan a través de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, entrevistas o declaraciones que las partes pueden recolectar en su particular labor investigativa.***

La incorporación de dichos medios de convicción en la diligencia de individualización de la pena y sentencia, está condicionada a los parámetros generales de legalidad, licitud, admisibilidad y pertinencia, los cuales valorará el juez con base en la alegación del solicitante,

garantizando en todo momento el derecho de contradicción de la contraparte.

En todo caso, **los elementos de juicio que se ofrecen en la actuación que se analiza, tienen como finalidad específica la demostración de un argumento.** De allí entonces que su práctica e incorporación no está sujeta a las reglas determinadas por el legislador para el juicio oral, pues, se insiste, prima la informalidad y por ello es que el juez, de considerar que no es procedente allegar alguno de ellos, debe rechazarlo de plano.

Y ello no es un asunto exótico o que pueda tomarse violatorio de garantías fundamentales, como quiera que precisamente es este el tipo de práctica demostrativa que se adelanta en las audiencias preliminares -de ninguna forma sometida a los rigores técnicos de la prueba aportada en el juicio oral-, en las que, concretamente, la parte encargada de soportar la pretensión o controvertirla, allega los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que soportan su pretensión, sin que se haga necesario, como ocurre con algunos estrados judiciales, llamar a testigos para someterlos a los interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones propios, se repite, del debate público oral en el cual se determina la responsabilidad penal del acusado.

Es necesario hacer un paréntesis aquí, para significar cómo, precisamente por ocasión de esa informalidad probatoria advertida en precedencia, se registra absolutamente impropio demostrar en sede del trámite regulado en el artículo 447, asuntos de suyo problemáticos y controversiales, que guardan relación directa con el delito y las circunstancias en que se ejecutó -ora modales, ya personales-, menesterosos de prueba técnicamente recogida y controvertida, dentro de los rigores que informan el juicio oral. (Destacado fuera de texto).

La postura anterior se reiteró recientemente en CSJ. SP, sep. 3 de 2014, rad. 33409, donde se analizó si los elementos de convicción recaudados en la audiencia del artículo 447 procesal permitían la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, casándose parcialmente el fallo impugnado para dar lugar a su reconocimiento. En tal dirección, se precisó:

En este punto de la discusión, la Corte no podría avanzar en el análisis del reparo propuesto, sin dejar de denotar el innecesario desbordamiento en el ejercicio de la facultad de ordenación y dirección del proceso por parte de la juez de primera instancia al haberle negado a la defensa la posibilidad de acreditar los supuestos fácticos de la mencionada disposición, pues se observa que así procedió sin percatarse siquiera que cuando el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de individualización de pena y sentencia el juez concederá la palabra tanto al fiscal como la defensa “para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”, quienes, “si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado”, no le niega la posibilidad a las partes para que puedan aducir los elementos probatorios o evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos.

Lo expuesto resulta aún más manifiesto, si se da en considerar que el ordenamiento procesal no prevé ningún otro escenario para discutir el tema, a punto tal que incluso faculta al juez para ampliar la información requerida para tomar las determinaciones inherentes a la delicada misión de impartir justicia en el caso concreto, en desarrollo de lo cual “podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para

que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición”.

*Denota lo anterior, que ni la sentencia debe ser emitida inmediatamente a la culminación de la intervención de las partes con posterioridad al anuncio del sentido del fallo, **ni a éstas les está vedado aportarle al juez aquellos elementos de conocimiento que le permitan adoptar una decisión**, no solamente acorde al ordenamiento, sino a la realidad que cada caso ofrece, pues la administración de justicia no puede ser considerada como la realización de actos secuenciales y repetitivos, por ende alejados de la naturaleza de la función y la índole de sus destinatarios, sino que va dirigida precisamente a juzgar la conducta de seres humanos que, independientemente de la condición de culpabilidad o de inocencia en que se hallen, o la gravedad o levedad del comportamiento atribuido, merecen toda la consideración y respeto por parte de los dispensadores de justicia. (Destacado fuera de texto).*

De lo anterior se desprende con suma claridad que la posibilidad de incurrir en yerros de valoración probatoria por el funcionario judicial no se restringe al espacio procesal referente al juicio oral, pues procede también en el ámbito de la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 del estatuto procesal.

Sin embargo, es preciso dilucidar al respecto, lo cual se torna de innegable trascendencia para resolver el planteamiento ventilado por el casacionista en esta censura, que unas son las intervenciones o alegatos que en el decurso de dicha audiencia presentan las partes en relación con las condiciones individuales, familiares,

sociales, modo de vivir “y antecedentes de todo orden del culpable”, las cuales desde luego pueden ser consideradas por el sentenciador de cara a individualizar la pena una vez ha establecido el cuarto de dosificación punitiva a la luz de los multimencionados criterios de los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del Código Penal y para decidir sobre el otorgamiento de los subrogados penales al sentenciado, y otra muy distinta los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, entrevistas o declaraciones que las partes incorporan en desarrollo de la misma audiencia con el propósito de sustentar su posición.

Resulta de obviedad, por tanto, que un yerro de apreciación probatoria se estructura necesariamente respecto de esos elementos materiales probatorios, evidencias físicas, entrevistas o declaraciones que las partes introducen en la referida audiencia, respetando, como se señaló en los antecedentes traídos a colación, las exigencias generales de legalidad, licitud, admisibilidad y pertinencia, aunque con ribetes de informalidad, y no en cuanto a lo que las partes afirman o alegan sobre tales condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, que aun cuando el funcionario judicial, se insiste, podrá tener en consideración para fijar la pena o decidir sobre la concesión de subrogados en el ámbito de su discrecionalidad reglada, no tienen vocación probatoria.

El símil opera con la misma audiencia del juicio oral, pública y concentrada en cuyo desarrollo está prevista una

fase probatoria, en la que operan los principios de inmediación y confrontación (art. 16 del ordenamiento procesal) y otra de alegaciones (art. 443 *ibidem*) sin que pudiera pregonarse, bajo ninguna circunstancia, que la autoridad judicial pueda incurrir en algún error de valoración probatoria frente a lo dicho por alguna de las partes en esas intervenciones, sino, de forma exclusiva, en relación con los medios de prueba que aquellas incorporan al juicio oral precisamente con el objeto de sustentar su postura, lo cual no significa que la convicción del juez sobre la responsabilidad del justiciable no pueda forjarse a partir de lo que las partes alegan.

Con la anterior precisión se ocupará la Sala, en el siguiente acápite, de la estructuración del error de hecho derivado de falso juicio de existencia formulado por el actor.

(iv) Configuración del error de hecho por falso juicio de existencia planteado:

Según lo indica el defensor de *RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO* el Tribunal habría incurrido al modificar la pena impuesta al mencionado en siete falsos juicios de existencia por omitir:

(i) Lo consignado por el Fiscal Delegado en el minuto 30:30 de la audiencia de individualización de pena y sentencia celebrada el 8 de mayo de 2014 cuando ponderó las calidades personales, familiares, sociales y políticas del justiciable.

(ii) Respecto a lo dicho por el mismo funcionario al minuto 30:57, al admitir que el señor *CAMACHO CASADO* se presentó voluntariamente a la Fiscalía para resolver su caso desde el mes de junio de 2013.

(iii) En torno a lo aseverado por la misma parte al minuto 31:23, al aducir que existe un principio de oportunidad en beneficio de *CAMACHO CASADO*, como así aparece acreditado con el documento del 18 de octubre de 2013, donde se suscribió “Acta de Asistencia y Acuerdos Mínimos entre la Fiscalía General de la Nación y *CAMACHO CASADO*”.

(iv) En cuanto a lo admitido por el mismo funcionario en el minuto 32:08, acerca de que el concejal *CAMACHO CASADO* renunció a su curul y a su partido político el 4 de octubre de 2014, *“con lo cual reducía los efectos nocivos para la administración Distrital”*.

(v) Frente a lo admitido por el mismo funcionario al minuto 32:28 en sentido de que operó el reintegro de los 300 millones de pesos recibidos para gastos de su movimiento político; constituyéndose un título judicial, como igual procedió *Iván Hernández Daza* respecto de los restantes 150 millones por él recibidos.

(vi) Por lo afirmado por el procesado en el minuto 52:14 al admitir públicamente su responsabilidad, reconociendo su error, no obstante la censura pública y,

(vii) En virtud de lo manifestado en el minuto 1:15:21 por la defensa, quien en uso de la palabra reiteró el reconocimiento, desde la imputación y formulación de la acusación y en esa audiencia, de tres circunstancias de menor punibilidad, correspondientes a los numerales 1º, 6º y 7º del artículo 55 y la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad (Art. 58 ib.). Así mismo, que los dineros recibidos y constitutivos del delito de cohecho impropio no se recibieron en el ejercicio del cargo y que la suma recibida nunca hizo parte del patrimonio del Estado, pues provino de un particular. Y en cuanto al tráfico de influencias que su resultado nunca se produjo, luego el daño fue apenas potencial con un nivel de lesividad claramente disminuido.

Como sin dificultad se puede advertir, en su mayor parte el yerro no está construido sobre la base de cuestionar la valoración de elementos materiales probatorios, evidencias físicas, declaraciones o entrevistas que sustenten la postura de la defensa tendiente a rescatar la dosificación punitiva elaborada por el *a quo*, sino sobre afirmaciones de las partes en desarrollo de la audiencia del juicio oral referentes a los “antecedentes de todo orden del procesado”, lo cual, en *strictu sensu*, según ya se expuso, no encaja en la noción de los errores valorativos con incidencia para demostrar la ilegalidad de la decisión adoptada por el Tribunal, sino que se trata de alegaciones que justipreciará el juez al momento de individualizar la pena o para conceder subrogados penales en el marco de su discrecionalidad reglada.

No pueden ser, entonces, las afirmaciones de las partes, menos aún las de la defensa y del propio procesado, como así lo plantea el demandante en los errores sexto y séptimo, pasibles de configurar medios de convicción a su vez susceptibles de “valoración probatoria”, según se advirtió en precedencia, respecto de cuya apreciación por el juez se posibiliten errores de apreciación (de hecho o de derecho) por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial.

Simplemente son argumentos o posturas relacionadas con las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y, principalmente, como ya se dijo, referidas a “antecedentes de todo orden del culpable”, esto último como así se extrae de lo dicho por el fiscal delegado cuando exalta las calidades personales, familiares, sociales y políticas del justiciable (primer error postulado); al admitir que *CAMACHO CASADO* se presentó voluntariamente a la Fiscalía para resolver su caso desde el mes de junio de 2013 (segundo error); que existe un principio de oportunidad en beneficio de *CAMACHO CASADO* (tercer error); que renunció a su curul en el concejo y a su partido político (cuarto error) y al aseverar que operó el reintegro de los dineros recibidos (quinto error), las cuales no tienen vocación probatoria como para colegir que su omisión configure el error de hecho por falso juicio de existencia que postula el actor en esta censura.

Peor aún pueden serlo la afirmación del procesado al admitir públicamente su responsabilidad (error sexto), valga

señalar hecho procesal conocido y que motivó la competencia de los juzgadores para conocer de la sentencia emitida producto de la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación, y el argumento de la defensa expuesto durante la audiencia de individualización de pena y sentencia en el sentido de que obran tres circunstancias de menor punibilidad en favor de su prohijado, no las hay de mayor punibilidad, los dineros recibidos y constitutivos del delito de cohecho impropio no se recibieron en el ejercicio del cargo y nunca hicieron parte del patrimonio del Estado, pues provinieron de un particular, y en cuanto al tráfico de influencias, dado que su resultado nunca se produjo (error séptimo), todo lo cual claramente hace parte de un discurso de alegación, sin entidad probatoria alguna.

Cosa bien distinta, habrá de señalarse, son las referencias probatorias que sustentan la postura de las partes, como ocurre en los errores tres, cuando indica que existe un principio de oportunidad en beneficio de *CAMACHO CASADO*, acreditado con documento del 18 de octubre de 2013, suscrito en el despacho de la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y cinco, en relación con el reintegro de los 300 millones de pesos recibidos para gastos de su movimiento político, para lo cual se constituyó un título judicial.

Empero, el actor no ilustra a ciencia cierta cuándo fueron aportados tales documentos, por lo cual la construcción argumentativa es deficiente, y si bien no se advierte que el Tribunal hubiera tenido en cuenta lo

pretendido con tales documentos, esto es, corroborar la disposición de CAMACHO CASADO a colaborar con la justicia y reducir los efectos del daño ocasionado, ello hace parte de su discrecionalidad reglada que, a diferencia de la expuesta por el *a quo*, es respetuosa de los principios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y de las funciones de la pena.

Conforme a lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar.

II. Segundo cargo (subsidiario), violación indirecta de la ley sustancial, derivada de error de hecho por falso juicio de existencia:

En sentir del actor, el Tribunal incurrió en el yerro anunciado al suponer o presumir una prueba que no obra en la actuación y decidir, con fundamento en ello, reducir la rebaja por allanamiento del 50%, otorgado por el *a quo*, al 40%, al imaginar que la investigación en contra de CAMACHO CASADO se había perfeccionado durante cuatro años desde la comisión de las conductas, por lo que el ente acusador contaba con suficientes y contundentes elementos de juicio para sustentar, con un alto grado de probabilidad, la emisión de condena en su contra, cuando lo cierto es que conforme al acta que aportó el defensor en la audiencia del artículo 447 y en audiencias previas, tales elementos se concretaron a partir del momento en que el justiciable compareció voluntariamente a la Fiscalía desde el mes de

junio de 2013 con el fin de enterarse sobre la existencia o no de una indagación en su contra.

En orden a responder de fondo el planteamiento defensivo, es preciso evocar la argumentación del Tribunal sobre el particular:

50. Rebaja por allanamiento. Para efectos de determinar la justa proporción de la rebaja punitiva, los criterios de política criminal que se exponen en la sentencia T-091/06 determinan que en los preacuerdos y sentencia anticipada esta confrontación de los rangos es compatible, no solamente con una visión integrada de las normas que regulan la materia, sino con el criterio de política criminal que subyace al instituto, consistente en que el tratamiento punitivo más benigno es directamente proporcional al mayor ahorro de recursos investigativos del Estado.

51. Bajo ese marco se debe analizar el caso en particular y conforme a las características que lo rodean, pues no existen fórmulas absolutas para aplicar bajo un solo rasero el porcentaje de disminución de pena. Así en el sub examine se tiene que el sentenciado no se hace merecedor a la rebaja de pena que le fue concedida, tal y como lo indicaron los apelantes, pues si bien no fue capturado en flagrancia, la aceptación de cargos que realizó se debió a los casi cuatro años de investigación que adelantó la Fiscalía desde el momento de comisión del ilícito, por lo que sin duda el ente acusador contaba con suficientes y contundentes elementos de juicio que comprometían su responsabilidad en los hechos objeto de investigación que permitían, por tanto, con un alto grado de probabilidad, dictar condena en su contra.

52. Para la Sala, la decisión adoptada por el a quo, en el sentido de otorgar el 50% de la rebaja de la pena, resulta desacertada al

no estar en armonía con los fines del derecho penal, pues indudablemente debía valorar el mayor o menor desgaste de la administración de justicia y las pruebas con las que contaba respecto de la responsabilidad del encartado en los hechos.

53. De acuerdo con lo reseñado se debe concluir que el procesado se hace acreedor a una rebaja por allanamiento del 40% de la pena impuesta²⁴. (subraya fuera de texto).

Pues bien, asiste razón al casacionista y a la Procuradora Delegada al señalar que hacia el mes de junio del año 2013 el procesado CAMACHO CASADO acudió directamente a la Fiscalía para indagar sobre el estado de investigaciones en su contra a raíz del escándalo que surgió por el denominado “carrusel de la contratación” en la capital del país.

Así mismo, también aciertan cuando señalan que la imputación en su contra cobró fuerza con los interrogatorios y entrevistas de los señores *Hipólito Moreno*, el 30 de julio de 2013; *Iván Hernández*, del 18 y 30 de julio y 22 y 26 de agosto de 2013; *Rogelio Ardila*, de 25 de septiembre de 2013 y *Manuel Sánchez Castro* del 23 de julio de 2013, esto es, con posterioridad a las diligencias de indagación a que se ha hecho referencia realizada directamente por el procesado.

Sin embargo, el planteamiento es especulativo y por lo mismo insuficiente para denotar la inconstitucionalidad o ilegalidad del fallo sobre el punto cuestionado.

²⁴ Págs. 18 y 19 del fallo de segunda instancia.

En efecto, parte de la hipótesis según la cual la evidencia real de cargo en contra de *ROLANDO ANDRÉS CAMACHO CASADO* solo se perfeccionó desde el momento en que realizó dichas investigaciones en su contra por el denominado “carrusel de la contratación” pública en la capital del país.

Y si bien es cierto la investigación contra *CAMACHO CASADO* se agilizó a partir de ese suceso y se robusteció con los interrogatorios y entrevistas a los señores *Hipólito Moreno*, de 30 de julio de 2013; *Iván Hernández*, del 18 y 30 de julio y 22 y 26 de agosto de 2013; *Rogelio Ardila*, de 25 de septiembre de 2013 y *Manuel Sánchez Castro* del 23 de julio de 2013 por su disposición a allanarse a los cargos, ello no significa que con antelación, desde los años 2009 y 2010 cuando tuvieron ocurrencia las conductas atribuidas al exconcejal *CAMACHO CASADO* la Fiscalía no contara con contundentes elementos de juicio en su contra, como lo expuso el Tribunal para sustentar la reducción de la rebaja otorgada por la aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de imputación.

Es que, como bien lo sostuvo el Fiscal Delegado durante su intervención en la audiencia de sustentación del recurso de casación, de acuerdo con su argumentación lo que pretendió el Tribunal fue reconocer el amplio esfuerzo desplegado por el ente acusador desde el momento mismo en que se cometieron las conductas, constituyendo ello un racional argumento para justificar la determinación cuestionada.

En especial porque de acuerdo con el documento “Acta de Asistencia y Acuerdos Mínimos entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado *ANDRÉS CAMACHO CASADO*” suscrito el 18 de octubre de 2013, por el Fiscal Tercero Auxiliar Delegado ante la Corte, el procesado y su defensor²⁵, incorporado por la Fiscalía durante la audiencia de individualización de pena y sentencia, se plasma que *“RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO ha comparecido a esta Fiscalía desde el mes de junio del presente año con el fin de enterarse sobre la existencia o no de una indagación en su contra; confirmada la existencia del proceso durante varias sesiones de trabajo y acompañado de su defensor, se conversó para procurar una solución justa, legal y oportuna a su caso y con su directa participación”* (subraya fuera de texto), lo cual corrobora que existía una investigación anterior en contra del procesado a cargo de la Fiscalía.

Así las cosas, como bien lo precisó el Fiscal Delegado durante su intervención, el Tribunal, en el ejercicio de su discrecionalidad reglada, a diferencia de lo que sostiene el demandante, sí ponderó el desgaste de la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos imputados desde la comisión de las conductas, pues se tiene conocimiento que ya existía una investigación en su contra, sin incurrir en el yerro de apreciación probatoria derivado de un falso juicio de existencia, porque, se insiste, obraban elementos de juicio que sustentaban su raciocinio y no los supuso o imaginó, como lo afirma el libelista.

²⁵ Visible a folio 211 de la carpeta.

Por lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar.

III. Tercer cargo (subsidiario). Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 29 de la Constitución Política y 6° del ordenamiento procesal y falta de aplicación del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014:

Para el actor se configura el yerro pretextado frente a la decisión adoptada por el *ad quem* de negar a su prohijado el subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por interpretación errónea de las normas llamadas a regular los principios de legalidad y favorabilidad, consignados en el artículo 29 de la Constitución Política y 6° de la ley procesal, lo cual ocasionó la falta de aplicación del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 que permite en este caso su concesión, sin que sea necesario, como erradamente lo sostiene el *ad quem*, reprochando al inferior, crear una *lex tertia*.

Como bien lo adujo la Procuradora Delegada durante su intervención en la audiencia de sustentación, la preservación de la pena fijada por el Tribunal, torna intrascendente el reclamo en lo que concierne al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en tanto para la fecha de comisión de los delitos concurrentes estaba vigente el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, adicionado por el 4° de la Ley 890 de 2004, según el cual:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.

2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento. (Destacado fuera de texto).

En consecuencia, no es viable, bajo el imperio de esta norma, la concesión del subrogado por no cumplirse con el presupuesto objetivo de su numeral primero, dado que la pena impuesta a RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO es de sesenta y nueve (69) meses y dieciocho (18) días de prisión, la cual sobrepasa el *quantum* dispuesto en el numeral primero.

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, de la siguiente forma:

Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución

Política se exigirá su cumplimiento. (Destacado fuera de texto).

Empero, también es improcedente el subrogado al tenor de esta disposición. En primer lugar, porque tampoco se cumple con el presupuesto objetivo de su numeral primero, habida cuenta que la pena impuesta de la misma forma desborda los cuatro años o, lo que es igual, cuarenta y ocho (48) meses y, en segundo término, porque su numeral segundo también exige el cumplimiento de este presupuesto objetivo, por lo que no es necesario remitir al artículo 68 A, introducido al Código Penal por el 32 de la Ley 1142 de 2007, ni a sus modificaciones ulteriores a través de los arts. 28 de la Ley 1453 de 2011, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 32 de la Ley 1709 de 2014.

Ahora bien, la situación varía en relación con el sustitutivo de la prisión domiciliaria, cuya negativa, conforme lo plasmado por el Tribunal, no obedeció a la inadecuada construcción de una *lex tertia*, como se arguyó para no conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Los argumentos del *ad quem* se contraen a lo siguiente:

62. Prisión Domiciliaria. Tampoco se hace merecedor a la prisión domiciliaria, consagrada en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, debido a que no se satisface el elemento objetivo, porque la pena mínima del delito de tráfico de influencias es de 64 meses, quantum superior al establecido en el referido precepto. Adicionalmente, tampoco se cumple el factor subjetivo pues al sopesar el desempeño laboral, familiar y social,

patentizado en la gravedad del delito cometido, no permite a la Sala deducir, seria, fundada y motivadamente que no pondrá en peligro a la comunidad.

Como de forma acertada lo precisa el libelista, el Tribunal en su escueta argumentación no consideró el principio de favorabilidad por razón de la sucesión de leyes en el tiempo sobre esta materia, pues se circunscribió a analizar su procedencia a la luz de la normatividad vigente para el momento de los hechos, pero no tuvo en cuenta que el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 fue modificado por el 22 de la Ley 1709 de 2014 y que el 23 de esa misma ley adicionó el 38 B al Código Penal consagrando requisitos distintos para su concesión, normativa vigente para la fecha de emisión del fallo confutado y por ello no podía sustraerse a su análisis. Señala esta última preceptiva, lo que sigue:

Adiciónase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:

Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

- 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
- 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000.*
- 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;*
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.*

Con fundamento en esta última preceptiva, el requisito objetivo se torna más laxo que con el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, pues ahora procede para cuando el delito por el que se condena tiene prevista una pena que en su mínimo sea inferior a ocho (8) años de prisión o menos y no cinco (5) o menos como antes.

Es indudable que este primer presupuesto se cumple a satisfacción, pues los dos delitos por los que se encuentra

responsable a CAMACHO CASADO, y no solo el de tráfico de influencias de servidor público, como de forma equivocada lo señala el Tribunal, se sancionan con una pena mínima de sesenta y cuatro (64) meses de prisión (arts. 406 y 411 del C.P. modificados por el 14 de la Ley 890 de 2004).

Lo anterior conduce a analizar el siguiente condicionamiento del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, vale decir, “*que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la ley 599 de 2000*”, al que debe acudir por remisión expresa.

Pues bien, el artículo 68 A al que se hace remisión, también fue modificado por la Ley 1709 de 2014, concretamente en su artículo 32, quedando de la siguiente forma:

Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública (...)

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

Significa lo anterior que por prohibición taxativa de este precepto, al cual se acude por remisión del artículo 23 de la misma ley, no es procedente la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión cuando se trata de condena por delitos dolosos contra la Administración Pública, como en efecto lo son los dos delitos por los que se condena a RONALDO ANDRÉS CAMACHO CASADO; sin embargo, pretende el libelista se apliquen normativas anteriores a la Ley 1709 de 2014 que contenían un texto distinto del artículo 68 A del C.P, tales como los arts. 28 de la Ley 1453 de 2011 y 13 de la Ley 1474 de 2011, en virtud del principio de favorabilidad.

Previo a resolver este punto, es necesario precisar que el artículo 68 A, fue introducido al Código Penal por el 32 de la Ley 1142 de 2007, vigente para la fecha de comisión de las conductas punibles por las que se procede, pero, conforme su texto literal, ninguna incidencia tiene en torno a la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión

domiciliaria a CAMACHO CASADO, por no cumplir, según ya se dijo, el presupuesto objetivo del numeral 1° del art. 38 original del Código Penal. La mencionada disposición reza:

La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68 A el cual quedará así:

Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Ahora, en torno a la temática planteada por el libelista en cuanto a la viabilidad de integrar al texto normativo las reformas que sucedieron al artículo 68 A antes del actual artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, porque a su juicio contienen elementos benéficos para otorgar a su prohiado la prisión domiciliaria, cabe indicar que ello ya ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia de la Corte arribando a la conclusión de que adoptar una postura semejante entraña la creación de una inadecuada *lex tertia*. De esa forma se plasmó recientemente en CSJ. SP, ago. 5 de 2015, rad. 45584, donde se señaló respecto a idéntica petición del defensor:

En plena desatención a estos derroteros, el censor incursiona en un análisis subjetivo de las normas que regulan los institutos de

la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria y, bajo el argumento del tránsito de leyes que se presentó entre la fecha de los hechos y la emisión de los fallos de instancia, así como la necesidad de dar aplicación a los artículos que favorecen la situación jurídica de su defendido, termina por invocar la aplicación de una lex tertia, o combinación de preceptos, propuesta que, razonadamente, no tuvo acogida en sede de apelación por parte del Tribunal.

Al respecto, forzoso es recordar que la jurisprudencia de la Corte ha sido consistente en precisar que, ante una sucesión de leyes, la atención al principio de favorabilidad comporta para el juzgador la atención integral de la previsión más benéfica a los intereses del procesado, sin que pueda fraccionar las disposiciones en tránsito y tomar, de cada una, la parte que solo ofrece ventajas, porque sería tanto como hacer valer una norma inexistente en el ordenamiento jurídico e invadir la propia esfera del legislador.

En punto de la reforma introducida por la Ley 1709 de 2014, a los artículos 63 y 68A del Código Penal, se ha dejado establecido, de manera consistente, que "tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad"(CSJ SP, 12 mar. 2014, rad. 42623) .

(...)

La negativa del Tribunal, de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena a SAHV atiende cabalmente al análisis de las respectivas disposiciones normativas, al señalar, de un lado, que el original artículo 63 del Código Penal establecía, para

el momento de los hechos, que la pena de prisión impuesta no superara los tres (3) años de prisión, requisito objetivo que no se cumple en el sub lite y que relieves de analizar el presupuesto subjetivo, toda vez que la condena del procesado lo fue por el término de cuatro (4) años.

Y, de otro, que a igual conclusión se llega frente a los condicionamientos de la Ley 1709 de 2014, porque si bien se cumple el requisito de no superar los cuatro (4) años de prisión, no ocurre lo mismo con la exigencia prevista en el inciso segundo, que prohíbe la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

Igual ejercicio comparativo realizó frente al instituto de la prisión domiciliaria, pues el original artículo 38 del Código Penal, al exigir, como factor objetivo, que la sentencia se imponga por delitos cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, es lo cierto que el artículo 376, inciso 3º, supera ese monto, al consagrar una pena mínima de noventa y seis (96) meses u ocho (8) años de prisión.

A su turno, la nueva legislación amplía el presupuesto objetivo a ocho (8) años de prisión, pero a la vez prohíbe su concesión cuando se trata de conductas punibles como la desplegada por el procesado». (destacado fuera de texto).

Bastan los anteriores argumentos, también plasmados, entre otros, en CSJ. AP, abr. 29 de 2015, rad. 45481 y rad. 43963; SP, abr. 28 de 2015, rad. 36784; AP, mar. 11 de 2015, rad. 42895; SP, abr. 4 de 2014, rad. 41942 y AP, abr. 30 de 2014, rad. 43256, para despachar desfavorablemente las pretensiones del libelista contenidas en esta censura.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria