



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Abril 02 de 2018 n. ° 04

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas

La Sala recopila las principales directrices emanadas sobre el tema de decreto, manejo y apreciación de la prueba en la ley 906 de 2004

AP948 (51882) de 07/03/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

ANTECEDENTES

Dentro del proceso adelantado contra el señor Fiscal [...] MR, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público en contra del auto emitido el 24 de agosto de 2017, a través del cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla resolvió sobre las solicitudes probatorias hechas por las partes durante la audiencia preparatoria.

Antes de resolver, la Sala elabora un recuento de directrices sobre el tema probatorio, como elemento esencial a la hora de decretar o no las pruebas cuestionadas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: pertinencia, conducencia y utilidad, concepto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia, sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: conducencia y utilidad, sustentación en caso de oposición

«La Sala ha hecho énfasis en las diferencias entre pertinencia, conducencia y utilidad. En la

decisión CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, precisó:

“Múltiples son las decisiones de esta Corte en las que se afirma que la pertinencia tiene que ver con los hechos. Así lo establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 en cuanto señala que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.

Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará las pruebas solicitadas cuando ellas *“se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”*. En la misma línea, el artículo 376 establece que *“toda prueba pertinente es admisible”*, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales.

Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un

determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.

[...]

Finalmente, *“la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”* (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento.

En esa misma decisión, hizo hincapié en la dinámica que debe imprimirse a la audiencia preparatoria en lo que concierne a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas que las partes pretenden hacer valer en el juicio. Dijo:

“Realmente, advierte la Corte que exigir la explicación de conducencia y de utilidad para todos los medios de prueba solicitados por la parte, puede dar lugar a discursos repetitivos e innecesarios, en el mejor de los casos orientados a demostrar que la prueba pertinente por estar relacionada directa o indirectamente con los hechos que constituyen el tema de prueba, es conducente porque ninguna norma del ordenamiento jurídico prohíbe probar el hecho en cuestión con el medio elegido, ni existe alguna norma que obliga a probar ese mismo hecho con un medio de prueba determinado, y que es útil porque no puede catalogarse de superflua, repetitiva o injustamente dilatoria de la actuación. Basta con imaginar un caso donde las partes hayan solicitado un número elevado de pruebas, para calcular el costo que este tipo de metodología tendría para la celeridad del proceso, tan importante en orden a acceder a una justicia pronta y eficaz.

[...]

Así, la Sala considera razonable que la parte que solicita la prueba debe explicar su pertinencia, y que la excepcional falta de conducencia debe ser alegada por quien

considere que el medio probatorio elegido está prohibido por el ordenamiento jurídico, o que existe una norma que obliga a probar ese hecho en particular con un determinado medio de prueba. De la misma manera debe procederse cuando se alegue que la prueba solicitada por la parte carece de utilidad”».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: pertinencia

«La explicación de la pertinencia de los documentos

Según lo indicado en los acápites precedentes, para la explicación de la pertinencia de los documentos deben considerarse aspectos como los siguientes: (i) el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar; (ii) el documento debe estar suficientemente identificado; (ii) si un documento contiene varios folios, está constituido por varios discos compactos, etcétera, debe hacerse la respectiva aclaración; (iii) si el documento contiene declaraciones, deben hacerse las precisiones referidas en los numerales 7.1.2.3 y 7.1.2.4; (iv) los documentos -como cualquier otra evidencia- son independientes del informe al cual fueron anexados por el investigador; (v) debe tenerse en cuenta el concepto de mejor evidencia, analizado en el numeral 7.1.1.2; y (vi) la parte debe tener suficiente claridad sobre “qué es” el documento, según su teoría del caso, y cuál es la relación -directa o indirecta- con los hechos jurídicamente relevantes, pues solo así podrá explicar de manera sucinta y clara su pertinencia».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: incorporación, trámite || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Estipulaciones probatorias: documentos, diferencia cuando son objeto de la estipulación y cuando son soporte de la misma

«La incorporación de los documentos en el juicio oral y su relación con el adecuado descubrimiento probatorio

Este aspecto suele generar dificultades en la práctica judicial, principalmente cuando se trata de documentos voluminosos. La forma de ingresar los documentos durante el juicio oral puede acordarse y planearse en la audiencia

preparatoria, a la luz de parámetros como los que se indican a continuación:

Debe reiterarse que la correcta delimitación del documento y la suficiente claridad sobre su pertinencia son presupuestos de la adecuada incorporación de los mismos durante el juicio oral. La claridad de las partes frente a los aspectos atrás referidos debe reflejarse en la precisión del Juez al decidir sobre las pruebas admitidas, inadmitidas, rechazadas o excluidas.

Igualmente, debe considerarse que para la autenticación de un documento durante el juicio oral, que es presupuesto de su admisibilidad (salvo que se trate de documentos públicos amparados por la presunción de autenticidad, según lo establecido en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 01 Jun. 2017, Rad. 46728) deben agotarse los siguientes trámites: (i) establecer que el testigo tiene conocimiento personal y directo (Art. 402 de la Ley 906 de 2004) que le permita declarar que el documento es lo que la parte aduce según su teoría del caso, lo que ordinariamente se denomina “sentar las bases”; (ii) una vez logrado lo anterior y previa autorización del juez, la parte le puede poner de presente el documento al testigo para su identificación, previa exhibición a su contraparte; (iii) el testigo debe declarar sobre lo que el documento es; (iv) cuando lo considere pertinente, la parte puede solicitar la incorporación como prueba, lo que debe ser resuelto por el juez; y (v) una vez incorporado, el documento deberá ser leído o exhibido, tal y como lo dispone el artículo 431 *idem*, en los términos que serán precisados más adelante.

[...]

Una vez que un documento es admitido como prueba, las partes podrán utilizarlo: (i) durante el interrogatorio con el testigo de acreditación; (ii) con otros declarantes; (iii) para impugnar a los testigos de la contraparte, cuando resulte pertinente; (iv) durante los alegatos de conclusión o clausura; etcétera.

En cuanto a la lectura o exhibición de los documentos admitidos como prueba, debe tenerse en cuenta que el artículo 331 atrás referido debe interpretarse en armonía con otras disposiciones del ordenamiento procesal penal, especialmente de las que se ocupan de la eficacia y celeridad de los procedimientos, la prevalencia del derecho sustancial (Art. 10), y la obligación de ceñirse “a criterios de necesidad, ponderación,

legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia” (Art. 27).

[...]

Por tanto, cuando se trata de documentos voluminosos, no es necesario que los mismos sean leídos o reproducidos en su integridad. Lo importante es que quede totalmente claro qué fue lo que se incorporó como prueba, porque de esa forma se garantiza la publicidad del proceso, bajo el entendido de que una vez incorporados, los documentos en su integridad podrán ser utilizados por las partes en sus alegatos y por el juez en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que cualquier parte del documento pueda ser utilizado con otros testigos durante el interrogatorio directo, o pueda servir de base para la impugnación de la credibilidad.

Lo anterior reafirma la idea sobre la claridad que debe existir en torno a las pruebas descubiertas y solicitadas por las partes, y las que sean decretadas por el Juez, pues los yerros en que incurran los actores del sistema judicial sobre estos aspectos en la audiencia preparatoria, seguramente se traducirán en conflictos que impedirán el adecuado desarrollo del juicio oral.

También es posible que las partes generen otras evidencias, que faciliten el manejo de los documentos durante el juicio oral.

Por ejemplo, en el caso de los audios que contienen interceptaciones telefónicas, puede resultar útil su transliteración, que debe ser oportunamente descubierta (para facilitar el control de la contraparte), solicitada como prueba en la audiencia preparatoria y autenticada e incorporada durante el juicio oral. El proceso de autenticación de este tipo de evidencias suele ser bastante sencillo, pues basta hacerla a través de un testigo que pueda asegurar que la evidencia es lo que la parte asegura, esto es, que la transliteración corresponde fielmente al contenido de los audios, y ello podrá hacerse con un testigo que tenga “*conocimiento personal y directo*”, bien porque haya realizado la transliteración, ora porque haya constatado la correspondencia de esta con la grabación.

[...]

En estricto sentido, la transliteración no reemplaza la evidencia (las grabaciones), pero suelen resultar muy útiles para facilitar el

entendimiento de las mismas, el ejercicio del conainterrogatorio, etcétera».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Descubrimiento probatorio: finalidad ||
SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Descubrimiento probatorio: oportunidad ||
SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
Descubrimiento probatorio: obligaciones de la
Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -
Descubrimiento probatorio: saneamiento,
indispensable para la enunciación, solicitud y
decreto de pruebas

«Sobre las fases del descubrimiento probatorio, todavía en los albores del nuevo esquema procesal penal la Corte precisó:

“En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a). Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, "El descubrimiento de las pruebas", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía "o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...". (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de "copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio". (Artículo 344)

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad "en cualquiera de sus variantes" deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado. (Artículo 344)

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado "el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio". (Artículo 344).

f) Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: "Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" y "Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público" (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes "los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados". (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

Así, lo establecido en el artículo 337 sobre el descubrimiento probatorio debe analizarse en el sentido de que la defensa pueda conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que pueden ser solicitados como prueba por la Fiscalía”.

A lo anterior debe sumarse lo siguiente:

El adecuado descubrimiento probatorio, y la solución de los conflictos que se presenten al respecto, son pasos indispensables para la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas. Lo anterior es así, entre otras, por las siguientes razones: (i) esa información le permite a la defensa definir su estrategia, lo que incluye la selección de las pruebas que considere útiles para rebatir la hipótesis factual de la Fiscalía o para sustentar la suya, en el evento de que opte por presentar hipótesis alternativas; (ii) además de conocer las pruebas que sirven de soporte a la teoría del caso del ente acusador, la defensa puede servirse de esa información para los fines inherentes a su función; (iii) el conocimiento suficiente que debe lograrse a través del

descubrimiento probatorio, es presupuesto para analizar y, de ser el caso, rebatir, los argumentos de la Fiscalía sobre la pertinencia de las pruebas, y presentar los alegatos que eventualmente sean procedentes en torno a la conducencia y utilidad

de las mismas; (iv) de esta manera, el Juez puede contar con suficientes elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento; etcétera».

EXTRADICIÓN - Principio de doble incriminación: concepto desfavorable, clonazepam para consumo

La Sala emite concepto desfavorable de extradición a la petición del gobierno mexicano por el porte de clonazepam para consumo. La Sala analiza el principio de doble incriminación respecto de esta conducta.

CP024 (50914) de 07/03/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

ANTECEDENTES

Procede la Corte a emitir concepto sobre la solicitud de extradición de CAVH, ciudadano colombiano requerido por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Con Nota Verbal Col-01180 del 8 de junio de 2016 el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, por conducto de su Embajada en Colombia, solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores la detención preventiva con fines de extradición del ciudadano colombiano CAVH, requerido por el Juzgado Quinto de Distrito del Estado de Morelos, contra quien dictó orden de reaprehensión dentro del proceso 23/2016 que contra aquel cursa, por la supuesta comisión del “delito contra la salud en la modalidad de posesión del psicotrópico denominado clonazepam”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - México: principio de doble incriminación, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes || **TRÁFICO FABRICACIÓN O**

PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbo rector, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica || **EXTRADICIÓN** - Principio de doble incriminación: concepto desfavorable, clonazepam para consumo

«Para verificar el cumplimiento de este requisito, la Corte ha de examinar si el comportamiento atribuido al reclamado como ilícito en el país extranjero, tiene la misma connotación en Colombia, es decir, si es considerado delito y, de ser así, si conlleva la pena mínima señalada en el Acuerdo sobre Extradición.

En ese sentido, el numeral 1º del artículo 2º del mencionado instrumento internacional dispone la entrega del solicitado cuando el hecho por el cual está siendo procesado o fue condenado, “se refiera a conductas delictivas que se encuentren previstas en las legislaciones de ambas Partes y constituyan un delito con sanción privativa de libertad, cuya pena mínima no sea menor a tres (3) años [...]”.

A su vez, el numeral 3º del apartado en comento señala que “no importará si la legislación nacional de una de las Partes, señala el hecho o hechos constitutivos del delito por los que se solicita la extradición, con terminología distinta a la de la otra parte”.

Pues bien, los cargos con fundamento en los cuales el Juzgado Quinto de Distrito del Estado de Morelos, ordenó la reaprehensión de CAVH, fueron descritos en la Nota Verbal COL-01606 del 25 de julio de 2016 [...].

[...]

Las circunstancias fácticas descritas fueron adecuadas típicamente por la autoridad foránea en el “delito contra la salud en la modalidad de posesión del psicotrópico denominado clonazepam”, “previsto y sancionado por el numeral 195 bis, párrafo primero, en relación con el artículo 13 fracción II, en concordancia con el

diverso 193 del Código Penal Federal; y 244, 245, fracción III, 473 y 474 fracción III, de la Ley General de Salud, ordenamientos vigentes en la época en que sucedieron los hechos”

[...]

De otra parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, el Código Penal prevé:

“ARTÍCULO 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]”.

[...]

Sobre este psicotrópico, tanto el Ministro de Salud y Protección Social como el Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA indicaron que: *“en Colombia el principio activo Clonazepam es una sustancia sometida a fiscalización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Resolución 1478 de 2006”*

Así las cosas, según las normas vigentes en Colombia, no hay duda que el fármaco clonazepam es una sustancia sicotrópica sometida a fiscalización y control nacional e internacional.

Ahora bien, la afirmación de la tipicidad del delito en cita, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, exige la verificación de un ingrediente subjetivo del tipo -o dolo específico- que ha de predicarse respecto del verbo rector *“llevar consigo”*, en tanto se requiere, para que se considere punible, que la sustancia prohibida sea portada con un fin diferente al del consumo propio.

En palabras de la Sala: *“para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la*

finalidad exclusiva de su uso personal”. [...] (CSJ SP, 9 mar. 2016, rad. 41760)

[...]

En este orden de ideas, la Sala arriba a dos conclusiones:

Por una parte, surge incuestionable que, en Colombia, para que un comportamiento pueda realizar la descripción típica del injusto previsto en el artículo 376 del Código Penal, debe acreditarse el ingrediente subjetivo del tipo o dolo específico, esto es, el fin de traficar, distribuir o suministrar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas.

En contraposición, **en el ordenamiento penal mexicano**, la descripción típica del *“delito contra la salud pública” se realiza con la simple posesión* de estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en ese país y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia, sin que la descripción típica -general y abstracta- contenga algún ingrediente subjetivo.

Ahora bien, en el presente asunto, revisada la documentación a través de la cual se formalizó el pedido de extradición, la Corte advierte que no existe ningún señalamiento de que la mínima sustancia psicotrópica (clonazepam) que le fue incautada a CAVH (dos pastillas, cada una con una concentración de dos miligramos) estaba destinada al tráfico o distribución a terceras personas. Antes bien, en la Nota Verbal COL-01606 del 25 de julio de 2016, se aprecia que, al momento de la aprehensión, el propio requerido manifestó que portaba ese medicamento porque lo utilizaba para tratar un problema de salud relacionado con un trastorno del sueño.

En tal virtud, **para la Corte no existe duda de que** la conducta por la cual VH es requerido en extradición, esto es, específicamente, **el simple porte de dos pastillas de clonazepam sin ánimo de comercialización**, distribución o suministro a terceros, **deviene en atípica**, según las reglas jurisprudencias vigentes en Colombia, que integran el artículo 376 del Código Penal.

Por ende, es incuestionable que en el presente caso no se cumple el presupuesto de la doble incriminación».

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elementos:
violencia, valoración, eventos

La Sala Penal precisa el alcance del término
“violencia” en los delitos sexuales.

SP439 (50943) de 28/02/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

ANTECEDENTES

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora pública de MPVen contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, de fecha 14 de octubre de 2016, por medio de la cual revocó la absolutoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de [...], emitida el 4 de abril de 2014, y, en su lugar, lo condenó como autor de acceso carnal violento.

En [...], en horas de la madrugada del 16 de diciembre de 2006, MPV, de 24 años, realizó acceso carnal con JCPR, quien para entonces tenía 15 años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES - Elementos: violencia, concepto || **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Elementos: violencia, evolución jurisprudencial || **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Elementos: violencia, física o moral || **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima

« [...] por ser el centro del debate en este asunto y el objeto de los errores de hecho que se están examinando, es necesario detenerse en la

violencia como elemento esencial del delito de acceso carnal violento y en los criterios para su diagnóstico.

En la providencia CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 17068, la Sala dijo que “(...) en esta clase de actos se ha de considerar la interacción entre el ofensor y la víctima, no se trata precisamente de una cuantificación de la violencia como si de su cualificación, entendida ésta como la suficiente para vencer una resistencia (...)”.

Precisó luego, refiriéndose al acto sexual violento, que la violencia como elemento estructurante del tipo “(...) se constituye en el medio para lograr la ejecución del acto sexual (...)” (CSJ SP, 2 jun. 2004, rad. 18987).

En el proveído CSJ SP, 26 oct. 2006, rad. 25743, también con referencia al punible de acto sexual violento plasmó las siguientes consideraciones, que, mutatis mutandis, son aplicables al reato de acceso carnal violento:

“La violencia. 1.1. El concepto. Por violencia, para efectos del delito que ocupa la atención de la Sala, se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica -intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

La relación causal. Como es obvio, debe haber perfecto vínculo de fundamento a consecuencia entre la violencia realizada por el autor sobre el cuerpo del sujeto pasivo y el acto agresor. Dicho de otra forma, el comportamiento sexual es consecuencia de la fuerza previa o concomitante, en el entendido que sin ésta no es posible el atentado. O con las palabras del artículo 206 del Código Penal, el acto sexual se debe realizar ‘mediante violencia’, vale decir, la presión media, intercede. Sin violencia, pues, no puede haber acto sexual violento. (...). (Se subraya)”.

En ocasión posterior, precisó:

“(...) el factor violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el

comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.”

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada **violencia física o material y la violencia moral**.

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados. (CSJ SP, 23 ene. 2008, rad. 20413).

Y culminó ese pasaje de su providencia acotando que lo importante es *“(...) la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”*.

En la decisión CSJ SP, 4 mar. 2009, rad. 23909, la Sala indicó que para la efectiva materialización del comportamiento previsto en el artículo 205 del Código Penal es menester *“(...) que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza física o moral, para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril, o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano (...)”*, ya que *“(...) lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”*.

Más recientemente (CSJ SP12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514) la Corte aclaró que cuando en

la sentencia correspondiente al radicado 20413 señaló que la violencia física en el acceso carnal consistía en cualquier vía de hecho suficiente para vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado, *“(...) jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan sólo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias (...)”*, pues *“(...) es absurdo pensar que en todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo 205 del Código Penal la víctima está obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta”*.

Es así como previamente (CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880) había reconocido el estatus de máxima de la experiencia al postulado según el cual: *“(...) ante un ataque violento no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa, pues ello también puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que enerva cualquier respuesta de esa índole (...)”*.

Lo reseñado hasta este punto permite advertir con claridad que **el criterio actual de la Sala es incompatible con el que, en el pasado, se plasmó en la providencia CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 29308**, y que en un momento determinado prevaleció, dentro del libre debate de ideas que se presenta en la Corporación, en el sentido de que:

“(...) las pruebas consideradas por el Tribunal no revelan en el grado requerido, que la libertad de autodeterminación sexual haya sido destruida en este caso, en la medida que omiten descubrir al menos un acto, por elemental que fuera, de oposición a la violencia con la que se dice procedió el acusado.

(...) obliga, desde los postulados de la sana crítica, a determinar si en realidad desplegó la violencia que denota ilicitud en las agresiones sexuales, si dicha violencia resultó idónea para franquear la resistencia seria y continuada de las víctimas frente a unos actos que, se supone, no deseaban realizar.

(...) la violencia que se predica en la actuación del procesado se evapora frente a la regla de la experiencia que supone la acción beligerante, o por lo menos defensiva o evasiva de la persona que está ad portas de ser agredida sexualmente.”

Sin embargo, como se observa que tal postura aún mantiene su influjo sobre algunos

funcionarios judiciales, tal es el caso del magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga que salvó su voto en el presente asunto, **la Sala hace patente su expreso y categórico rechazo a tal postura**, remitiendo, para el efecto, a los fundamentos expuestos en sus proveídos CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880 y CSJ SP12161-2015, 9 sep. 2015, rad. 34514, ya mencionados en la reseña que antecede».

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elementos: violencia, apreciación probatoria || **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Alcance de la violencia

« [...] viene al caso traer a cita nuevamente la primera de las sentencias acabadas de mencionar, pues en ella la Sala puntualizó que una valoración del elemento violencia “(...) *consecuente con las reglas de la sana crítica demanda de la autoridad judicial un análisis de la situación fáctica y de los medios probatorios que la sustentan desde una perspectiva ex ante, donde se identifique el acto constitutivo de violencia (...)*”. (CSJ SP5395-2015, 6 may. 2015, rad. 43880. Se subraya).

Precisamente, el aspecto subrayado en la transcripción que antecede es problemático en el presente caso, pues no se encuentra creíble el dicho de JCPR, aspecto que se explorará a continuación a través de sus diferentes manifestaciones y mediante el examen de las consideraciones del ad quem.

En primer lugar, en el informe técnico médico legal sexológico solamente aparece que JCPR le refirió al legista lo siguiente: “*M ME VIOLÓ EN UN PARQUE*” [...].

[...]

[...] en ningún momento la entrevistada dijo que MPV la hubiera tomado “*fuertemente por el abdomen*” ni que le hubiera “*forzado las piernas para mantenerlas abiertas*”. Si dijo que la “*acostó en el piso*”, pero no calificó ese acto como violento, connotación que le dio el tribunal al indicar que “*la botó a los matorrales*”.

[...]

En conclusión, la narración no es clara, pues, si bien señaló las acciones que MPV realizó previa y concomitantemente al acceso carnal (la besó, la tocó por debajo de la falda, la acostó en el suelo,

le subió la falda, le bajó el cachetero y la accedió), **no dio a conocer qué fue lo que de manera concreta hizo aquél, con connotación de violencia física o moral**, para doblegar su voluntad, ya que ella “no quería”. Es más, las palabras que, según ella, en esos momentos pronunció aquél no fueron de intimidación sino encaminadas a la persuasión: que no pasaba nada, que no le iba a doler, que no importaba que él tuviera novia.

Es cierto que el psicólogo forense expuso: “(...) *consideré creíble el relato de la examinada porque lo encontré altamente coherente, altamente consistente y altamente congruente*” (Juicio oral, sesión del 5 de febrero de 2013. Archivo con terminación _1 en el CD. Récord 35:54 a 37:14).

Sin embargo, la anterior conclusión merece varias observaciones:

(i) Dicho relato no da cuenta del elemento violencia. Por tanto, esa alta credibilidad no puede ser enfocada en contra del procesado.

(ii) La consistencia de la narración, que el psicólogo forense explicó como que la examinada “planteó en esencia las mismas cosas” no resulta tan significativa cuando las versiones que se comparan son vagas e imprecisas.

(iii) En ese orden de ideas, nadie puede negar que existe consistencia entre afirmar en la entrevista que “(...) *M (...) comenzó a tocarme y me llevó a un sitio un poco más oscuro y me acostó en el piso, me subió la falda, me bajó el cachetero y me violó*” (fol. 66) y referirle al médico legista que “*M ME VIOLÓ EN UN PARQUE*” (fol. 79). Sin embargo, lo cierto es que en ninguna de esas dos manifestaciones expuso en qué consistió la violencia, como elemento integrante del injusto. Luego entonces, la presunta consistencia también cae en ese vacío.

Cabe advertir que esa vaguedad e imprecisión se mantuvo incluso en la declaración rendida en el juicio oral [...].

[...]

JCPR es recurrente en la utilización del **término violación**, pero **la relevancia jurídica del mismo no está determinada por el concepto que tenga la denunciante, ni cierto grupo de personas, por mayoritario que sea, sino por lo previsto en el Código Penal en los Capítulos Primero y Tercero del Título IV de su Libro Segundo**, concretamente, para este caso, por los artículos 205 y 212 (el 212 A es posterior a los

hechos de este proceso). Y para que el juzgador pueda efectuar tal calificación jurídica requiere de unas proposiciones fácticas que no se avizoran de manera indefectible en este proceso, pues las pruebas no las suministran y no se pueden obtener por otro medio».

TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, sana crítica || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por adición: configuración || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por tergiversación: configuración || **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, la desfloración no es un acto violento || **DELITOS SEXUALES** - Secuela: perturbación psíquica || **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, apreciación probatoria || **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Toda duda se debe resolver a favor del procesado

«Por otra parte, la realidad que el psicólogo forense examinó fue diferente a la que conocieron los juzgadores.

Mientras aquél cotejó la noticia criminal, la anamnesis del informe médico legal sexológico y la entrevista semiestructurada que le hizo a JCPR, ya que, por obvias razones, no tuvo a su alcance el testimonio de la denunciante, los sentenciadores sí escucharon éste, pero no conocieron la denuncia, como quiera que no ingresó como prueba al juicio oral. De ella sólo tuvieron referencia parcial cuando la defensa impugnó la credibilidad de la testigo en cuestión, al advertir que en su declaración dijo que la razón para haber ingresado al parque fue que ella iba a orinar, aunque finalmente no lo hizo, mientras que en la exposición de los hechos ante la policía judicial no manifestó esa situación.

Adicionalmente, el paralelo entre la entrevista concedida al psicólogo y la exposición realizada en el juicio oral permite advertir otra variación, en un aspecto que no se muestra insignificante cuando lo que se pretende discernir es si el acceso carnal fue consentido o forzado.

En efecto, mientras en aquella ocasión JCPR dijo que cuando MP se dispuso a acompañar a su novia a la casa, él “(...) me dijo que lo acompañara para no dejarme sola (...)” (fól. 66), ya en el debate probatorio manifestó: “(...) llegó la novia de él con tres amigas. Él salió a atenderla. Yo después me le acerqué y le dije pa donde iba, él me dijo que se iba a dejar la novia y a las amigas a la casa. Yo le

dije que si podía acompañarlo. Él me dijo que sí. Nos fuimos. (...)” (Récord 14:02 a 16:39. Se subraya).

A lo anteriormente anotado se suma el testimonio de LEMM, que se examinará más adelante, que confluye a poner en entredicho la credibilidad de JCPR.

Aunado a lo anterior, es patente que el tribunal incurrió en dos yerros por falso juicio de identidad [...].

[...]

Es evidente que **en ninguno de los anteriores fragmentos de su declaración JCPR dijo** que MPV le abrió las piernas “a la fuerza”. Si afirmó que él le abrió las piernas, pero nunca manifestó que eso lo hubiera hecho “a la fuerza”, sujetándole “fuertemente las piernas” mientras que ella “intentaba cerrarlas”, imprimiéndole “fuerza en sus piernas para mantenerlas abiertas”. Tampoco que “le imprimió fuerza a su cadera”.

Todo lo anterior, por lo tanto, **corresponde a una adición que el tribunal realizó a su testimonio**, seguramente de manera inconsciente. Fue así como le añadió un tinte violento a algunas acciones de MPV, por el hecho de que JCPR dijo haber sido violada. Es decir, ajustó la narración de ésta a lo que supuso fue el desarrollo de los hechos.

Pero lo cierto es que **esas acciones que le atribuyó al hoy procesado no están en las pruebas que se han examinado** y la única vía por la que un juez puede llegar a conocer unos hechos es por medio de las pruebas que, como lo expresa el artículo 372 de la Ley 906 de 2004: “(...) tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.

[...]

[...] **el tribunal le atribuyó al médico legista OALP** haber expuesto la siguiente conclusión: que la cópula entre MPV y JCPR no fue consentida por ésta y que ello quedaba comprobado por la poca lubricación vaginal y las lesiones en su órgano sexual.

Sin embargo, la realidad es que **semejante conclusión no se encuentra plasmada en el informe rendido por dicho forense** como

resultado del reconocimiento que le realizó a la entonces menor JCPR (denominado “INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO”), que constituye la base de su opinión pericial, como se constata a folios 79 y 78 de la carpeta.

[...]

Por otra parte, en este caso el perito no presentó ninguna conclusión en materia de violencia, pese a que la Fiscalía intentó guiarlo en tal sentido cuando le preguntó: “¿De acuerdo a la conclusión, encontró huellas de violencia en el cuerpo?” Interrogante al que el deponente respondió: “Presentaba lesiones traumáticas”. (Récord 12:33 a 13:54).

El trauma puede ser tanto físico como psicológico. Conforme a la tercera acepción del término en el Diccionario de la Real Academia Española, que corresponde a la primera de las especies mencionadas, para la ciencia médica trauma es: “Lesión duradera producida por un agente mecánico, generalmente externo”. En consecuencia, tan traumática es la lesión que se causa una persona a sí misma con un golpe accidental contra un objeto (puerta, escritorio, etc.) como la que le ocasiona otra persona intencionalmente (por ejemplo, con un puño).

También precisó el médico forense -como ya se vio- que: “La desfloración como tal no es un acto violento” [...].

[...]

Es decir: **la desfloración es el desgarramiento del himen a causa de su distensión**. Desde el punto de vista de las huellas físicas que quedan en esa membrana como producto de su desgarramiento (bordes desgarrados que, conforme al tiempo

transcurrido, pueden ser hemorrágicos, congestivos o cicatrizados) **no existe diferencia entre la producida de manera consensuada y la conseguida mediante violencia**.

En estas condiciones, se concluye que los dos falsos juicios de identidad reprochados en la demanda al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, pese a algunas falencias formales, están demostrados y, por tanto, debe analizarse ahora la trascendencia de esos yerros.

La simple corroboración de la existencia de los errores invalida los fundamentos que se asentaron sobre la adición realizada a los medios de prueba, en virtud a la cual se les hizo decir algo distinto de lo que en realidad expresan [...].

[...]

Sin embargo, lo anterior no basta. Adicionalmente, pues, además, es necesario verificar si retirados dichos fundamentos aún puede subsistir la decisión de condena, con soporte en las demás razones esgrimidas para el efecto, las que a continuación se analizan:

[...]

Por todo lo anterior, **en el entorno analizado, se concluye que hay duda acerca de la existencia del elemento violencia**, la cual, por mandato del artículo 7.º de la Ley 906 de 2004, debe resolverse a favor del procesado [...].

[...]

Por ende, se casará la sentencia impugnada y, en su lugar, se confirmará el fallo absolutorio de primera instancia».

SENTENCIA ANTICIPADA - Inaplicación por favorabilidad de la ley 906 de 2004 art.351

La Sala Penal unifica y aclara su jurisprudencia respecto a la posición asumida en fallo de casación SP14496 de 2018, sobre la no favorabilidad de rebaja penal por sentencia anticipada en Ley 600 de 2000.

SP436 (51833) de 28/02/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

ANTECEDENTES

“Recibida la presente actuación con acta de formulación y aceptación de cargos, suscrita por los magistrados integrantes de la Sala Tercera de Instrucción y el procesado BMEV, se procede a resolver, según lo previsto en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000”.

La Sala analiza los fundamentos de la acusación y entra a decidir de fondo la responsabilidad del burgomaestre.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación de cargos: modalidad de acuerdo o preacuerdo || **SENTENCIA ANTICIPADA** - Inaplicación por favorabilidad de la ley 906 de 2004 art.351

«Individualizadas las sanciones, procede el estudio de su rebaja por sentencia anticipada que, de conformidad con el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, corresponde a una tercera parte (1/3) sobre el monto determinado por el juzgador.

En memorial fechado 11 de enero del año en curso, el procesado, entre otros asuntos, planteó a la Corte la posibilidad de otorgarle “[...] una rebaja punitiva equivalente al cincuenta por ciento frene a los dos cargos que acepté, [...]” (fol. 10 cdo. 14).

[...]

[...] en el fallo de casación identificado como CSJ SP14496-2017, 27 sep. 2017, rad. 39831, la Sala Penal de **la Corte** cambió su jurisprudencia, pues **recogió la tesis que le atribuía naturaleza y efectos diversos al allanamiento a cargos y a los preacuerdos en la Ley 906 de 2004**. En consecuencia, ratificó su planteamiento primigenio (CSJ SP, 23 ago. 2005, rad. 21954 y CSJ SP, 14 dic. 2005, rad. 21347), según el cual el primero es una especie o modalidad de los segundos. Esto, debido a que es el propio Código de Procedimiento Penal (art. 351) el que se refiere a la aceptación de cargos como un “acuerdo” que debe ser presentado al juez de conocimiento.

En el mismo párrafo en el que se concretó la variación jurisprudencial aludida se precisó que ella se hacía “[...] con todas las consecuencias que de ella se derivan [...]” (se subraya), acotación que se acompañó con la cita del proveído CSJ SP, 23 may. 2006, rad. 25300, con lo cual se entiende que se apropian y actualizan las consideraciones allí contenidas, esto es que:

“[...] el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad, no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema

procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento -los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- en tanto discurren coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.

Por lo tanto, no puede perderse de vista que tanto la Ley 600 como la 906 responden a sistemas procesales expedidos por el legislador con arreglo y en desarrollo de normas constitucionales diferentes, por lo que la comparación para establecer cuál de las normas sustanciales coexistentes inserta en alguno de los dos sistemas de juzgamiento que hoy operan en el país resulta más favorable, abarca la necesaria comparación del régimen constitucional dentro del cual fue emitida.

De allí que **la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos, la cual, desde ya se advierte, no se consolida en los casos de la aceptación de la imputación en la audiencia de su formulación prevista en los artículos 293 y 351 de la primera normatividad, y la sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la segunda**, pues además de que fueron moldeados con arreglo a esquemas constitucionales diferentes, configuran institutos procesales sostenidos en bases filosóficas distintas: aquél en el paradigma del consenso, ésta en el del sometimiento.

[...]

Dentro de esa lógica, surge evidente que **la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 y la aceptación de la imputación de la Ley 906 de 2004, no son institutos idénticos**, porque pertenecen a sistemas procesales de investigación y juzgamiento diametralmente contrapuestos, lo cual lleva a excluir la pretendida aplicación del principio de favorabilidad que reclama el demandante. [...]. (CSJ SP, 23 may. 2006, rad. 25300).”

En esta línea de pensamiento, no es posible acceder a lo pretendido por el Senador BMEV en materia de reducción punitiva. De ahí que, por efecto de la aceptación de dos cargos con fines de sentencia anticipada se le reconocerá el monto previsto en el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, esto es, una tercera parte (1/3) de las penas ya individualizadas para el concurso de conductas punibles [...].

Cabe agregar que la nueva orientación jurisprudencial acabada de comentar se produjo con anterioridad a la formulación de la solicitud de sentencia anticipada (4 dic. 2017, fol. 185 cdo. 13) y a la celebración de la audiencia en la cual se formularon y aceptaron los cargos (13 dic. 2017, fol. 202 a 206 cdo. 13), acto en el curso del cual se le dio a conocer al procesado, quien luego de adquirir esa información admitió la acusación».

SALVAMENTO DE VOTO:

El Honorable Magistrado **Eyder Patiño Cabrera** salva su voto, entre otros, sobre los siguientes aspectos:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: competencia y estructura, Acto legislativo 01 de 2018, aplicabilidad, mientras se expide la ley que cree las salas especiales, la Sala mantiene todas sus competencias menos la de dictar sentencia

«Con el habitual respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto porque en esta ocasión la Sala de Casación Penal no ha debido proferir

sentencia, toda vez que, al hacerlo, se vulnera el derecho a la doble instancia y a la impugnación de la primera condena. Estas son las razones:

[...]

A mi juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar adelantando las actuaciones que están en curso, pero, de ninguna manera, dictar sentencia condenatoria.

En cuanto a lo primero, soy del criterio que en los procesos que actualmente adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia y que se encuentran en etapa preliminar, instructiva y de juzgamiento -en los que no ha finalizado la audiencia pública-, puede proseguirse con la actuación que corresponda a fin de respetar el debido proceso como derecho fundamental, en tanto, no hacerlo, implicaría paralizar la justicia, máxime cuando, según lo prevé el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 “[l]os jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

Debo aclarar que, aunque la disposición transcrita prescribe la obligación de juzgar y podría entenderse implícita la de dictar sentencia, considero que -esta es la razón esencial de mi voto disidente- adoptar fallo viola la Constitución, habida cuenta la imposibilidad de garantizar la doble instancia y el derecho a impugnar la primera condena, que hoy se encuentran consagrados en la Carta».

ENTIDADES TERRITORIALES - Facultades: pueden establecer exenciones sobre los tributos de los que son titulares

AP450 (45095) de 06/02/18

M. P. Eugenio Fernández Carlier

ANTECEDENTES

“[...] el denunciante indicó que SU, cuando ejerció como Gobernador de [...], presentó a consideración de la Asamblea Departamental, y sancionó, el acto administrativo finalmente aprobado como Ordenanza No. 031 de 10 de agosto de 2009, por el cual se reglamentó la estampilla para el bienestar del adulto mayor.”

Agregó que dicha ordenanza violó «ordenamientos superiores», pues estableció varias exenciones tributarias que, a su vez, llevaron a que se perdiera «una buena fuente de ingresos para la atención de los Ancianos».

La Sala analiza los fundamentos de la acusación y entra a decidir de fondo la responsabilidad del burgomaestre.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENTIDADES TERRITORIALES - Facultades: pueden establecer exenciones sobre los tributos de los que son titulares || **ENTIDADES TERRITORIALES** - Recursos de financiación: tributos, exógenos y endógenos || **ENTIDADES TERRITORIALES** - Recursos de financiación: tributos, técnica para clasificarlos

«Con el fin de discernir si las entidades territoriales están jurídicamente autorizadas para establecer una determinada exención, entonces, resulta indispensable precisar en quién recae la titularidad del tributo sobre el cual aquélla es aplicable, es decir, si es de su propiedad o, por el contrario, de la Nación.

Las entidades territoriales, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional,

“...cuentan...con dos mecanismos de financiación. En primer lugar disponen del derecho constitucional a participar de las rentas nacionales. Dentro de este capítulo, se ubican las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, de los restantes mecanismos que, para estos efectos, diseñe el legislador. Se trata, en este caso, de fuentes exógenas de financiación que, como será estudiado, admiten un mayor grado de injerencia por parte del nivel central de gobierno. Adicionalmente, las entidades territoriales disponen de aquellos recursos que, en estricto sentido, pueden denominarse recursos propios. Se trata fundamentalmente, de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva o las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias - impuestos, tasas y contribuciones - propias.”

Precisamente, el Tribunal Constitucional ha fijado algunas pautas orientadas a establecer si

un determinado tributo es propio de la entidad territorial o no - es decir, si es de aquéllos denominados endógenos, en contraposición a aquéllos exógenos -, así:

“...corresponde al legislador definir en qué casos un determinado tributo constituye una fuente exógena o endógena de financiación de una entidad territorial (C.P. arts. 150-12, 287, 300-4 y 313-4). En estas condiciones, el intérprete debe acudir, necesariamente, al texto de las normas que integran el régimen de cada renta, a fin de conocer la voluntad objetiva del legislador. Sin embargo, en algunos casos, el criterio formal es insuficiente, pues puede ocurrir que el legislador hubiere omitido indicar, de manera expresa, a qué entidad pertenece el tributo...”

(...)

En este caso, basta con identificar si, para el perfeccionamiento del respectivo régimen tributario, es suficiente la intervención del legislador o, si adicionalmente, es necesaria la participación de alguna de las corporaciones locales, departamentales o distritales de elección popular habilitadas constitucionalmente para adoptar decisiones en materia tributaria (C.P. art. 338). En la medida en que una entidad territorial participa en la definición de un tributo, a través de una decisión política que incorpora un factor necesario para perfeccionar el respectivo régimen y que, en consecuencia, habilita a la administración para proceder al cobro, no puede dejar de sostenerse que la fuente tributaria creada le pertenece y, por lo tanto, que los recursos captados son recursos propios de la respectiva entidad...”

...el criterio material, permite afirmar que, en principio, una fuente tributaria constituye una fuente endógena de financiación cuando el producto recaudado dentro de la jurisdicción de la respectiva entidad entra integralmente al presupuesto de la misma - y no al presupuesto general de la Nación -, y se utiliza para sufragar gastos propios de la entidad territorial, sin que pueda verificarse ningún factor sustantivo - como, por ejemplo, la movilidad interjurisdiccional de alguno de sus elementos - que permita suponer que se trata de un tributo nacional.”

Así las cosas, para comprender si los recursos provenientes de un determinado tributo son propios de la entidad territorial y ésta puede, por lo tanto, establecer exenciones sobre el mismo, debe atenderse i) a la voluntad del legislador,

consignada en la respectiva Ley que establecer la obligación tributaria, y ii) de ser necesario, a otros criterios que permitan establecer de manera objetiva si se trata de caudales endógenos o exógenos».

ENTIDADES TERRITORIALES - Facultades: pueden establecer exenciones sobre los tributos de los que son titulares || **PREVARICATO POR ACCIÓN** - No se configura || **AUTO INHIBITORIO** - Atipicidad de la conducta

«Mediante la Ley 687 de 2001, el Congreso de la República creó la denominada estampilla para el bienestar de los adultos mayores, esto es, un tributo cuya naturaleza corresponde a la de una tasa parafiscal, con la destinación específica de *“contribuir a la dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y centros de vida para la tercera edad en cada una de sus respectivas entidades territoriales”*».

Con ese objeto, el legislador dispuso *“(autorizar) a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales para señalar el empleo, la tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso de la estampilla”*. De igual manera, ordenó que *“el producido de la estampilla será aplicado en su totalidad a la dotación y funcionamiento de los Centros de Bienestar del Anciano, instituciones y centros de vida para la tercera edad en su respectiva jurisdicción”*, como también que *“el recaudo de la estampilla de cada administración departamental se distribuirá en los distritos y municipios de su jurisdicción en proporción directa, al número de ancianos indigentes que atienda el ente distrital o municipal en sus Centros de Bienestar del Anciano”*.

Posteriormente, en el año 2009, el Congreso de la República promulgó la Ley 1276, por la cual *“se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”*.

[...]

Del contenido de las Leyes precitadas se desprende con total claridad que el tributo allí creado constituye una fuente de recursos propios de las entidades territoriales.

En efecto, al examinar las disposiciones normativas señaladas de cara a los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional,

se concluye que ese gravamen origina recursos que son propiedad de los Municipios y Departamentos, pues i) la Ley 687 de 2001 expresamente indica que **los caudales recaudados pertenecen** a las *“respectivas entidades territoriales”* con destinación específica a la atención de la tercera edad en ellas, y ii) **la intervención de los Municipios y Departamentos es indispensable** para que el tributo sea exigible, pues a aquéllos se les delegó la facultad de reglamentar varios elementos de la obligación tributaria, en concreto, *“el empleo, la tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso de la estampilla”*.

Siendo así, esto es, tratándose la estampilla en comento de una fuente de recursos endógenos de las entidades territoriales, surge como consecuencia necesaria, según se explicó en precedencia, que **aquellas tienen la facultad constitucional de establecer exenciones sobre dicho tributo.**

El caso concreto.

Según se anticipó en precedencia, la Sala proferirá auto inhibitorio, pues aunque los hechos investigados sucedieron, la prueba recaudada en desarrollo de la investigación previa demuestra, en el grado de certeza, su atipicidad.

Es evidente, porque así lo demuestra la prueba documental y testimonial acopiada, que HSU, en condición de Gobernador de Santander, presentó a consideración de la Asamblea de ese Departamento, y sancionó, la Ordenanza 031 de 10 de agosto 2009.

Ese acto administrativo reglamentó la estampilla para el beneficio de los adultos mayores, creada en la Ley 687 de 2001, modificada por la Ley 1276 de 2009, y efectivamente, como lo señaló el denunciante, consagró, en el artículo 5º, varias exenciones respecto de ese tributo.

En ese orden de cosas, ningún debate suscita la existencia de los hechos investigados.

Con todo, la estampilla para el beneficio de los adultos mayores, tal y como quedó explicado ampliamente en precedencia, constituye una fuente de ingresos propios de la entidad territorial y, en consecuencia, las autoridades departamentales, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional a la que se ha hecho referencia, contaban con la

facultad constitucional de establecer exenciones y eventos de no sujeción respecto del mismo.

En esa lógica, no se advierte que la decisión impulsada y sancionada por el Gobernador SU, y aprobada por la Asamblea de Santander, haya quebrantado “ordenamientos superiores”. Lo que se observa, por el contrario, es que aquella se adoptó en ejercicio de las competencias constitucionales que desarrollan el principio de autonomía de las entidades territoriales y, en particular, el de desarrollar sus propias políticas fiscales y tributarias dentro del marco de la Ley.

[...]

En suma, pues, la Sala no observa que la Ordenanza 031 de 2009, impulsada y sancionada por HSU, encierre una ilegalidad protuberante, como para inferir la posible configuración del delito de prevaricato por acción.

Tampoco se percibe, contrario a lo aducido en la denuncia que dio origen a las diligencias, que la

aprobación de dicha Ordenanza haya conllevado una afectación a las finanzas del Departamento.

Como ya se dijo, los medios de conocimiento acopiados acreditan que el recaudo tributario del Departamento de [...] por concepto de la estampilla para el bienestar de los adultos mayores no sólo respetó el mínimo legalmente exigible, correspondiente al 3% de la contratación anual proyectada de la entidad territorial, sino que incluso lo superó, gracias a la fijación de doce hechos gravables adicionales.

[...]

Así las cosas, y con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala encuentra demostrado que las conductas investigadas son atípicas. Por consecuencia de ello, se inhibirá de abrir investigación formal contra el aforado».

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con reserva legal, únicamente se publica el extracto jurisprudencial.



Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá