



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Diciembre 19 de 2018 n.º 16

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>

TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA DE DELITO SEXUAL Apreciación de la retractación

Tras advertir la violación indirecta de la ley sustantiva, la Corte casó la sentencia impugnada y, en su lugar, declaró la responsabilidad penal del acusado como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado; examen en cuyo desarrollo, hizo importantes planteamientos sobre la apreciación de la retractación de la víctima menor de edad de cara a las declaraciones rendidas antes del juicio. Igualmente, recabó la reciente sub-regla alusiva al procedimiento transitorio que garantiza la doble conformidad cuando la primera condena se produce en sede del recurso extraordinario, asociada, en este evento, a las disposiciones del sistema penal acusatorio.

SP5290-2018 (44564) del 5/12/18

M. P. José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, retractación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo:** que no tiene calidad de perito, emisión de opiniones, apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo técnico:** concepto || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** testigo con miedo a declarar

«Como se ha venido indicando, la menor Y.F.C., rindió testimonio en el proceso y en éste, básicamente, **se retractó de la versión inculpativa** que, antes, había relatado a su madrastra DYC y al psicólogo de la Comisaría de Familia de Maceo-Antioquia [...].

Ante las declaraciones dispares, el delegado de la Fiscalía, quien solicitó dicha prueba, interrogó a la testigo sobre la existencia de la declaración previa incompatible. En sus respuestas, esta última no solo reconoció ese hecho sino que, además, rememoró su contenido esencial y lo dio a conocer en la audiencia. Luego, en el contrainterrogatorio, el defensor tuvo la oportunidad de abordar dichos aspectos y, efectivamente, la utilizó. En esos términos, la versión previa de la menor fue debidamente incorporada por la vía del **testimonio adjunto**.

[...] En consecuencia, como se anticipó, la declaración anterior de Y.F.C. fue debidamente introducida; además, lo fue con el testimonio de sus destinatarios inmediatos, es decir, de JEMR, psicólogo de la Comisaría de Familia de Maceo - Antioquia, y de DYC, madrastra de aquélla. Según esa versión inicial, en varias ocasiones, CADDLO, compañero sentimental de su tía materna DMTC, le exhibía videos pornográficos solicitándole que ejecutara las prácticas allí reproducidas, la besaba en la boca y le frotaba el pene en sus nalgas y vagina.

Así lo narró ante el referido profesional de la psicología, el 27 de enero de 2002, como consta en el documento que contiene la entrevista [...].

La Corte estima que, **entre la declaración anterior al juicio oral de Y.F.C. y la que rindió en este escenario, resulta creíble la primera**, es decir, aquella donde relató que, en varias oportunidades, fue víctima de actos sexuales abusivos realizados por CADDLO. Esa conclusión se soporta en las siguientes razones:

a. El relato incriminatorio es circunstanciado y muy detallado, a diferencia de la retractación.

Como se pudo observar, la menor Y.F.C. narró, con suma claridad, varios episodios constitutivos de abuso sexual que pudo percibir, de manera directa y personal, pues fue ella el sujeto pasivo de tales acciones. En efecto, señaló con precisión al autor de las conductas (CADDLO) y describió las circunstancias de tiempo (noche), de lugar (casa donde residía) y de modo (ofrecimiento de dinero, con fuerza le quitaba la ropa, le mostraba videos pornográficos y demás pormenores narrados).

Además, ese relato incluyó datos objetivos que permiten considerar que es fruto de una experiencia vivida [...].

[...] En contraste, durante el juicio oral, la menor se limitó a indicar que sus declaraciones previas eran mentirosas y que las realizó porque deseaba quedarse a vivir con su papá. En esas lacónicas expresiones no se observan vestigios de correspondencia con la realidad porque, a más de la ausencia absoluta de detalles sobre la forma, tiempo y lugar en que fabricó la supuesta mentira; el móvil que arguyó para explicar dicha actuación, se advierte infundado.

En efecto, la declarante ni siquiera, de manera somera, expuso razones, ni estas se observan, por las cuales contarle a su madre el deseo de residir con su papá o, inclusive, utilizar cualesquiera otros datos falsos que no implicara la atribución de hechos tan graves a una persona ajena a la situación; no habría sido suficiente para lograr su propósito. Es más, CYCC declaró que siempre permitió los encuentros de su hija con su expareja (“...yo a él no le he negado que viera a la niña”), por lo que, menos aún, se vislumbra la necesidad para la menor de construir una mentira tan bien elaborada.

b. Coherencia de la declaración incriminatoria en las varias oportunidades en que fue expuesta.

Ya se indicó que la versión según la cual CADDLO realizó actos sexuales en la menor Y.F.C., fue narrada por ésta a DYC y al psicólogo [...] en momentos y escenarios diferentes [...].

Entonces, no obstante la diferencia en los destinatarios de la información, en las circunstancias de tiempo, modo y de lugar, y, en general, en los entornos socio-jurídicos de la

declaración; la menor Y.F.C., siempre brindó un relato incriminatorio coherente en sus aspectos centrales, esto es, en lo que respecta a las características de las conductas sexuales ejecutadas por el acusado, a las circunstancias en que éstas ocurrieron, a la forma en que enteró a sus ascendientes por la línea materna, y a datos objetivos de la situación que permiten tenerla como una vivencia y no como una fantasía. [...]

c. Correspondencia de la versión incriminatoria con otras pruebas

Algunos aspectos, principales o periféricos, de la declaración inicial de Y.F.C. fueron corroborados con otros medios de conocimiento, especialmente con el testimonio de su madre, CYCC. En efecto, esta confirmó los siguientes datos:

(i) Que CADDLO guardaba una motocicleta, todas las noches, en la casa donde se encontraba la menor -así también lo declaró en juicio LMC (abuela) -.

(ii) Que fue enterada de las propuestas libidinosas que CADDLO hacía a su hija Y.F.C., una de las cuales consistió en ofrecerle 7 mil pesos a cambio de que le permitiera tocar sus piernas, así como de algunas circunstancias en que aquéllas acontecieron. Ello consta en la entrevista que se adjuntó a su testimonio

[...] LMC, abuela materna de la víctima, aunque negó los detalles que incriminan al procesado, admitió la ocurrencia del referido suceso describiéndolo con muchas coincidencias [...], [...]

(iii) Que no le mereció ninguna credibilidad la versión incriminatoria de su hija, como lo dio a entender en juicio, aun cuando en este, modificando lo dicho en la declaración previa, sostuvo que de aquélla se enteró sólo cuando la llamaron de la Comisaría de Familia [...]. [...]

(iv) Que omitió cualquier reclamo al agresor en la época en que sucedieron los hechos (“nunca le comenté nada a C porque para esa fecha él ya no era el esposo de mi hermana DT...”).

Además, uno de los datos centrales sobre la forma como se desarrollaron los episodios abusivos descritos, en un principio, por la niña Y.F.C., cual fue el medio de persuasión que, con frecuencia, utilizó CADDLO para que la menor accediera a sus deseos sexuales: la oferta de dinero; fue corroborado durante la retractación en el juicio, como una de las conductas usuales

de aquél, aunque, obviamente, intentando desligarla de cualquier contexto ilícito: “..., él a veces me ayudaba y me daba plata para comprarnos algo y cosas así, él nos llevaba a paseos,...”.

d. El estado anímico de la menor corroboró la veracidad del relato de abuso sexual

Antes de referirnos al contenido de la declaración rendida por el Dr. JEMR, resulta imperativo determinar la naturaleza de ese medio probatorio: si es un testimonio o una pericia; por cuanto en el trámite de la actuación se incurrió en imprecisiones sobre la naturaleza de ese medio de convicción, tanto así que, por ejemplo, la de primera instancia, para demeritar la referida prueba, aseguró que: “Se trata de un dictamen o entrevista bastante pobre,...”, ambigüedad ésta que revela que el juez no precisaba si lo que valoraba era un **peritazgo o un testimonio** -que daba cuenta de la existencia y contenido de una entrevista-.

Pues bien, en el escrito -y en la audiencia- de acusación, se descubrió la “Entrevista realizada en el mes de julio de 2012 a la menor -Y.F.C.- por el sicólogo [...], adscrito a la Comisaría de Familia de Maceo, Antioquia”, y el testimonio de ambos.

[...] **no cabe duda que la declaración bajo examen constituyó un testimonio**, por las siguientes razones: (i) así fue descubierto, enunciado, solicitado y decretado; (ii) se refirió a la existencia y contenido de la entrevista que recibió a Y.F.C., y, además, a algunas características del estado anímico de aquélla al declarar, que su formación profesional le permitió percibir (testigo experto); y, (iii) esa valoración inicial psicológica tuvo como único fundamento las impresiones que suscitó el relato de la menor y su conducta al exponerlo, sin que aplicara métodos, exámenes o principios que constituyeran una base técnico-científica de la opinión (art. 417, num. 4, 5 y 6, C.P.P.).

En todo caso, las impresiones que en el declarante suscitó el estado psicológico y emocional de la menor, pueden ser valoradas debido a que se trata de calificaciones, juicios u opiniones que realizó el testigo respecto de hechos que percibió y sobre los cuales ostenta conocimientos especializados, lo que lo convierte en un testigo experto o técnico. Entre aquéllos destaca, entonces, que el psicólogo conceptuó que la menor presentaba una “baja autoestima”, con base en las siguientes observaciones: “se veía

triste, bajaba su tono de voz en momentos,...ella manifestaba, y... esto... transmitía, que se encontraba un poco triste, insatisfecha, como con sentimientos de rabia, por lo que le estaba sucediendo...”. En el mismo sentido, agregó: “la encontré regular... porque ella llegó al lugar con su señor padre, con una actitud normal, estaba bien, feliz, y ya cuando empezamos con la entrevista, mostró un poco que es una niña que se sentía inconforme, que sentía un poco mal por lo que ella informaba”.

Recuérdese que, de igual manera, DYC -madrastra-, ante pregunta de la delegada del Ministerio Público, manifestó sobre la niña: “..., yo la notaba a ella como triste,...”, antes de que ésta se decidiera a contarle sobre las conductas sexuales de las que era objeto.

Así las cosas, se concluye que en el estado psicológico y emocional de la menor Y.F.C., percibido por el Dr. JEMR- y en parte por su madrastra-, había síntomas compatibles con una situación traumática, como la de abuso sexual que aquélla narró.

e. Motivos de retractación de la menor: obediencia, miedo y falta de apoyo familiar

Se recordará que en la sentencia de segunda instancia se afirmó que en la retractación efectuada por la menor víctima, no se vislumbraban móviles de “miedo, terror, amenaza, problemas fisiológicos o psicológicos que alteran el raciocinio etc.”. Sin embargo, ya se vio que esa conclusión estuvo determinada por la omisión de algunos contenidos probatorios, debidamente incorporados al proceso, a partir de los cuales se infería, paradójicamente, la conclusión opuesta.

En primer lugar, se desconoció que la menor Y.F.C., ante el psicólogo [...] y ante DYC, se quejó de la poca atención que le prestaron su madre y abuela cuando les contó sobre las conductas abusivas de las que era víctima, así como que las mismas omitieron cualquier acción destinada a que los agravios cesaran. Más grave aún, la primera de tales ascendientes le manifestó que debía guardar silencio sobre el asunto que les acababa de referir, expresión ésta que venía a constituir la orden emitida por el adulto bajo cuya responsabilidad se encontraba. Esa falta absoluta de apoyo de la red familiar primaria permite entender el deseo que, luego, la niña manifestó: “Yo no quiero volver a donde mi mama

(sic) y donde mi abuela quiero irme para donde mi papa (sic)...”.

En segundo lugar, que el referido profesional de la psicología, con base en las afirmaciones de la declarante y en lo que observó del comportamiento de ésta al rendir la entrevista, hizo la siguiente recomendación: “se debe atender la solicitud de la niña de compartir y vivir con su padre en su restablecimiento de derechos”, teniendo en cuenta que “La Adolescente se encuentra en un ambiente familiar no favorable para su mejoramiento anímico”. Es más, en juicio, el citado testigo reveló que, en la Comisaría de Familia, la menor afirmó “que no quería que la abuela estuviera presente en la entrevista”, lo que fue corroborado por esta señora cuando afirmó en juicio que escuchó que la niña quería conversar a solas con el psicólogo.

En último lugar, por si fuera poco lo anterior, la menor Y.F.C. reconoció a su madrastra DYC, según esta contó, que **sentía miedo por denunciar** a CADDLO, momentos antes de que se dirigieran a la Comisaría de Familia de Maceo para tal fin [...].

[...] En consecuencia, existe prueba, desconocida por el Tribunal, que demuestra que la retractación de la menor Y.F.C. **tuvo causas distintas al reconocimiento libre y espontáneo de una mentira**, como son: (i) el silencio que sobre los hechos quiso imponerle su madre CYC, (ii) el **miedo** que aquélla sentía por señalar a CADDLO como autor de actos sexuales abusivos; y, (iii) en general, la falta de apoyo familiar que experimentó la niña cuando padecía la situación traumática. Todas esas razones preexistían a la retractación, por lo que se infiere que fueron las que determinaron a la menor desdecirse de su sindicación inicial; además, como se explicó antes, el móvil con que aquella se pretendió justificar carece de fundamentos razonables».

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: procedimiento transitorio en la Sala de Casación Penal cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en sede del recurso extraordinario || **SENTENCIA - Condenatoria:** proferida en única o segunda instancia o en casación, impugnación creada bajo el Acto Legislativo 01 de 2018, procedencia || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior

«Según el artículo 29 de la Constitución Política, CADDLO **tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio**. Sobre la naturaleza y efectividad de esta prerrogativa, en reciente decisión (SP4883-2017, nov. 14, rad. 48820), se indicó:

“De acuerdo con el art. 29 inc. 1º de la Constitución, el ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo N° 01 de 2018, cuyo objeto estriba en “implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria”, no sólo delineó las bases fundantes de un proceso penal de doble instancia para los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, sino que instituyó una garantía fundamental, en cabeza de toda persona condenada penalmente, a que la declaratoria de responsabilidad penal sea corroborada (doble conformidad de la sentencia condenatoria).”

[...] Esta posición de la Corte implicó un cambio jurisprudencial, por cuanto antes se había considerado que la garantía de la impugnación especial era inaplicable hasta tanto no fuera reglamentada por la ley. Sin embargo, la variación interpretativa se justificó con las siguientes razones:

“Cabe precisar que si bien mediante SP1783-2018, rad. 46.992 y SP722-2018, rad. 46.361 la Sala había determinado que, hasta tanto no se reglamentara legalmente el procedimiento a seguir para garantizar la doble conformidad de la primera sentencia condenatoria dictada en sede de casación, la impugnación especial era improcedente, tal tesis es recogida para implementar transitoriamente el procedimiento arriba descrito. En lo esencial, la Corte considera que la protección de la mencionada garantía ius fundamental no puede quedar en el vacío ante la tardanza del legislador para acatar los mandatos del constituyente derivado.”

[...] En la referida providencia, se determinó que **el derecho a impugnar la primera condena, emitida en sede de casación, se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación**, directriz

ésta que ahora se reitera, aunque precisando que en el presente asunto tal remisión normativa se dirigirá a las prescripciones establecidas en la **Ley 906 de 2004**, especialmente en su **artículo 179 -modificado por L. 1395/2010-**, por ser ésta la que rigió la actuación. En consecuencia, el trámite que garantizará la impugnación especial contra sentencias condenatorias, dictadas por primera vez al resolver el recurso extraordinario de casación, será el que se pasa a describir:

a) La impugnación especial de la condena, deberá formularse en la audiencia de lectura del fallo de casación.

b) La respectiva sustentación tendrá lugar, a elección del impugnante, en la misma audiencia de lectura, de manera oral, o dentro de los cinco (5) días siguientes, por escrito.

c) Si ocurre lo primero, se concederá la palabra a la Fiscalía y a los demás intervinientes, que comparezcan a la audiencia, para que ejerzan el derecho a la contradicción.

d) En caso de sustentación escrita, se correrá traslado de la misma a la Fiscalía y a los demás intervinientes, por el término de cinco (5) días.

e) Surtido el trámite anterior, inmediatamente, se remitirá el proceso al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscribió la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad».

(Texto resaltado por la Relatoría)

IMPEDIMENTO

La opinión sobre el caso debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso

Al decidir respecto de la manifestación de impedimento de varios Magistrados de la Sala, la Corporación recabó el antiguo criterio -que conserva toda su vigencia-, en el sentido que la opinión previa sobre el caso, que conduce a declarar fundada la causal, se refiere a una que sea sustancial, vinculante y emitida por fuera del proceso.

AP4833-2018 (53269) del 8/11/18

M. P. Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO – Haber dado opinión del caso: debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso || **IMPEDIMENTO - Haber dado opinión del caso:** aspectos formales y de contenido para que proceda

«El motivo aducido en esta oportunidad es el contemplado en el numeral 4° del canon 56 del

estatuto procesal penal de 2004, según el cual, constituye causal de impedimento

*“Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o **manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso**”.* (Subrayas fuera de texto)

Al respecto, la Sala de Casación Penal ha manifestado que **la opinión debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso**. Así:

“Lo sustancial, es lo esencial y más importante de una cosa; en asuntos jurídicos, se identifica con el fondo de la pretensión o de la relación jurídico material que se debate. Se entiende que la opinión es vinculante cuando el funcionario judicial que la emitió queda unido, atado o sujeto a ella, de modo que en adelante no puede ignorarla o modificarla sin incurrir en contradicción. Y por fuera del proceso, significa que la opinión sea expresada en circunstancias y oportunidades diferentes a aquellas que prevé la legislación procesal para el asunto del cual se debe conocer funcionalmente. (CSJ AP, 21 abr. 2004, rad. 22121)”.

De manera pues que no cualquier opinión tiene la virtualidad de separar al juez del conocimiento del asunto, sólo alcanzará esa fuerza aquella que por su entidad y naturaleza pueda comprometer

su imparcialidad y ponderación, por constituir **un acto de prejuzgamiento** sobre el hecho que le corresponde decidir (CSJ AP 20 oct. 1992, rad. 7899).

[...] Revisada la sentencia, se tiene que los siete magistrados relacionados en precedencia si expresaron su criterio en torno a la fuerza suasoria de las versiones rendidas por los menores víctimas [...], sus padres y algunos testigos, así como a la eventual responsabilidad penal [...].

[...] Pese a que para ese momento no se valoraron pruebas, estrictamente hablando, en tanto aún no había iniciado el juicio, lo cierto es que sí se emitió una opinión en torno a elementos que resultaron determinantes en el fallo que dentro de esta actuación profirió el Tribunal Superior – Sala de Conjuces-[...].

Es más, en la demanda de casación propuesta los defensores [...] critican al ad quem, entre otras cosas, por falta de independencia, al haber citado varios apartes de la sentencia dictada en segunda instancia por la Corte –la signada por los magistrados que ahora expresan su impedimento-[...].

Por consiguiente, **la opinión emitida** en el fallo de segunda instancia [...], **configura un juicio** respecto de la **nueva decisión** que tendrían que adoptar dentro de este trámite de casación.

Lo anterior es suficiente para declarar fundado el impedimento y separarlos del conocimiento de este asunto».

(Texto resaltado por la Relatoría)

LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO

No se configura cuando el resultado no fue causado por infracción al deber objetivo de cuidado del conductor acusado

Luego de encontrar procedente casar el fallo recurrido para absolver al acusado, la Sala efectuó un fundamental examen, relativo al *delito culposo en accidente de tránsito*, especificando que no es dable su atribución al conductor del vehículo cuando además de observar las normas de tránsito, en definitiva el resultado no fue causado por infracción al deber objetivo de cuidado.

SP4815-2018 (48801) del 7/11/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LESIONES PERSONALES CULPOSAS - En accidente de tránsito: no se configura cuando el resultado no fue causado por infracción al deber objetivo de cuidado del conductor acusado || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Diferente al falso raciocinio** || **FALSO JUICIO DE**

IDENTIDAD - Por tergiversación: configuración || **CULPA - Deber de cuidado:** pautas para establecerlo || **DELITO CULPOSO - Infracción al deber objetivo de cuidado:** infracción a las normas de tránsito || **DELITO IMPRUDENTE - Imputación objetiva:** requiere verificar la creación de un riesgo no permitido

«[...] tal y como lo precisó el Fiscal Delegado ante la Corte en la audiencia de sustentación del recurso de casación, **no se trata de un error de apreciación en la valoración de la prueba, constitutivo de un falso raciocinio**, como lo presentó el demandante, sino de **un error de hecho por falso juicio de identidad**, el cual tiene consecuencias trascendentales en el juicio de responsabilidad deducido por el ad quem en contra del acusado, relacionado con el delito culposo o imprudente, pues, como se verá a continuación, la **tergiversación de la prueba** llevó a la conclusión de que el procesado incumplió una **norma de tránsito**, con lo que faltó al deber objetivo de cuidado y fue el causante del accidente que determinó los daños en el cuerpo y la salud de la víctima.

En efecto, para la doctrina tradicional, en materia de imputación al tipo subjetivo y como modalidad de la conducta punible, la **culpa** se caracteriza como la infracción al deber objetivo de cuidado necesario para la vida de relación social (artículo 23 del Código Penal), lo que supone el

desconocimiento por parte del sujeto agente de un mandato de actuación conforme a una norma de cuidado, orientada a la evitación de situaciones de peligro para los bienes jurídicos.

Ese **deber de cuidado** es consecuencia de la existencia de normas o reglas técnicas, establecidas dentro de los distintos ámbitos de tráfico jurídico, cuyo origen diverso se encuentra sentado en disposiciones administrativas de reglamentación de determinado ámbito de actividad social, en normas expedidas por los agentes sociales intervinientes en el tráfico jurídico correspondiente o en normas derivadas del consenso social acerca de la necesidad de regulación y neutralización de los riesgos en particulares sectores de actividad.

En los últimos tiempos, dentro de la teoría de la imputación objetiva, se ha venido proponiendo la sustitución del elemento de la infracción del **deber objetivo de cuidado** por la idea de creación de un **riesgo jurídicamente desaprobado**, en un intento por superar la atribución del resultado por la mera comprobación de su relación causal con la acción y la omisión, por lo que el juicio de valor se concreta sobre dos momentos diferentes: la creación de un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico y la realización de dicho riesgo en el resultado. Por lo tanto, resulta importante subrayar que dicho riesgo no existe, en una perspectiva ex ante, cuando es permitido por el ordenamiento jurídico.

En relación con las fuentes de determinación del carácter prohibido del riesgo en el derecho de la circulación, es relevante reseñar que el mismo puede emanar de las normas jurídicas abstractas de tráfico, cuya infracción fundamenta en general la creación del peligro no permitido o incremento del riesgo permitido. Aspecto que en realidad guarda similitudes con el concepto del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico del actor, según el criterio rector que le otorga la teoría tradicional a ese aspecto en particular.

De cualquier forma, en la resolución del asunto que en concreto ahora ocupa a la Corte, **la asunción de uno u otro criterio dogmático llevará a los mismos resultados**, por lo que **tratándose del tráfico terrestre basta con asumir las siguientes pautas** como directrices para establecer los deberes de cuidado que competían al conductor del automóvil colisionado:

“1. El autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido.

2. [Acatar] las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

3. El principio de confianza, que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Apotegma que se extiende a los ámbitos del trabajo en donde opera la división de funciones, y a las esferas de la vida cotidiana, en las que el actuar de los sujetos depende del comportamiento asumido por los demás.

4. El criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos (Negrita fuera de texto original).”

Teniendo en cuenta lo anterior, de regreso a las condiciones fácticas que se vienen de plantear, si se analiza la concreta situación que rodeó el hecho a partir de un juicio *ex ante*, tenemos que existían unas normas de cuidado que todo hombre diligente debe acatar en desarrollo de una actividad peligrosa como la de conducir vehículos, especialmente la contenida en el artículo 66 del Código Nacional de Tránsito Terrestre - Ley 769 de 2002-, según la cual, *“El conductor que transite por una vía sin prelación deberá detener completamente su vehículo al llegar a un cruce y donde no haya semáforo tomará las precauciones debidas e iniciará la marcha cuando le corresponda”*.

Como quedó dilucidado, el acusado transitaba por una vía ordinaria y al llegar a la vía principal con prelación, detuvo su marcha dentro del carril de aceleración, que servía de enlace para ingresar a esa última, conocida como carretera oriental. Por su parte, la motocicleta que transitaba en dirección sur-norte por la vía principal, paralela a dicho carril de aceleración, al parecer ingresó al mismo franqueando las líneas segmentadas que le prohibían ejecutar esa maniobra. En ese instante se produjo la colisión, cuando la moto chocó contra el espejo retrovisor del automóvil, el cual, se reitera, se encontraba detenido de manera reglamentaria aprestando su incorporación al flujo vehicular de la calzada principal.

De ello deviene con toda claridad que **el hecho resultante no fue causado por una infracción al deber objetivo de cuidado del conductor del automóvil**, quien acató la disposición normativa que persigue, precisamente, la evitación del resultado producido. La consecuencia desencadenada, ajena a su intervención, se produjo por la actividad desplegada por el otro sujeto involucrado en el tránsito vial, por lo que **no le es imputable, por culpa, al acusado MP.**

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte **casará** la decisión de segundo grado y, en su lugar, otorgará plena vigencia al fallo de **absolución** impartido por el juez a quo en favor del procesado RJMP».

(Texto resaltado por la Relatoría)

CALUMNIA

La competencia por el factor territorial, corresponde al juez del lugar donde se hicieron las afirmaciones

Al decidir un conflicto de competencias entre dos Juzgados de distinto Distrito, la Sala tuvo ocasión de precisar que la competencia por el factor territorial respecto del delito de calumnia, corresponde al del Juez del lugar en el que se hicieron las afirmaciones objeto de cuestionamiento.

AP4916-2018 (54096) del 14/11/18

M. P. Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CALUMNIA - Competencia: factor territorial, corresponde al juez del lugar donde se hicieron las afirmaciones || **JUEZ PENAL MUNICIPAL - Competencia** || **COMPETENCIA - Por conexidad:** los criterios de la ley se aplican en forma excluyente y preferente || **COMPETENCIA - Factor territorial** || **CALUMNIA - Delito de mera conducta** || **CALUMNIA - Consumación:** a través de la expresión de locuciones calumniosas divulgadas por cualquier medio al titular del bien jurídico de la integridad moral

«[...] con fundamento en el orden dispuesto en el citado artículo 52, se aprecia que los delitos objeto de juzgamiento son competencia de los Jueces Penales Municipales de acuerdo con el numeral 3 del artículo 37 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 2, del artículo 74 ejusdem, de manera que este parámetro no define el asunto.

En consecuencia, corresponde descender al siguiente factor, esto es, el territorial, que en forma excluyente y preferente se determina, inicialmente, por aquel dónde se hubiera cometido el delito más grave, que en este caso es el de calumnia -descrito en el artículo 221 del Código Penal-, que con la circunstancia de incremento punitivo descrita en el inciso 1, del artículo 223, hace que su pena oscile entre 18.66 a 108 meses de prisión, y supere así el límite máximo de la de injuria, que quedaría en 81 meses

Ahora, el delito de **calumnia**, tiene dicho la Sala, es **de mera conducta** y **se consume con la expresión de las locuciones calumniosas, divulgadas por cualquier medio al titular del bien jurídico de la integridad moral, a varias personas, o al público en general**, lo cual, en el caso bajo análisis, se remite al momento en que MC presuntamente señaló al querellante como *“enlace urbano de la guerrilla del ELN, le está atribuyendo el delito de rebelión, y decir que es el Jefe del Cartel de los Falsos testigos en Colombia”*, a través de las entrevistas, que según

lo indicaron las partes en la audiencia, fueron entregadas en la ciudad de Barranquilla, para ser reproducidas a través de los medios de comunicación, radial y escrito, de emisión nacional.

En ese contexto, la presunta conducta ilegal **se ubica en el lugar dónde se expresaron las afirmaciones censuradas que corresponde al**

que se encontraba el entrevistado, de manera que le compete conocer de la actuación a los Juzgados Penales Municipales con Función de Conocimiento de la capital del Atlántico».

(Texto resaltado por la Relatoría)

HABEAS CORPUS

Es improcedente si previo al auto que decide la solicitud el Estado cumple con la expectativa procesal reclamada.

Al pronunciarse en segundo grado sobre una solicitud de *habeas corpus*, la Sala estimó preciso recabar que esta acción constitucional es improcedente si con antelación al auto que la decide, se supera la situación que motivó su interposición.

AHP4656-2018 (54080) del 29/10/18

M. P. Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HABEAS CORPUS – Improcedencia: si previo al auto que decide la solicitud el Estado cumple con la expectativa procesal reclamada || **HABEAS CORPUS - Prolongación ilícita de la privación de la libertad:** no se configura

«Ahora bien, AQQ, advirtió de una prolongación ilegal del derecho a su libertad, por cuanto solicitó el 9 de octubre de la presente anualidad al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá la libertad, revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, sin que a la fecha de la interposición de la acción constitucional hubiese sido despachada su petición.

Conforme con ello, de la revisión de la actuación, se advierte que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, por cuenta de quien se encuentra privado de la libertad AQQ, el 24 de octubre hogaño se pronunció sobre lo

deprecado por el actor, negando sus pretensiones y precisando que contra la misma decisión proceden los recursos de ley.

Así las cosas, si bien la mora en la que incurrió el juzgado, al no pronunciarse en el término previsto por el legislador sobre la libertad del procesado, genera un reproche, no resulta de la suficiente entidad para predicar una prolongación ilegal de la libertad, pues de conformidad con la pacífica jurisprudencia sobre la materia, **la acción de habeas corpus es improcedente si previo al auto que decide la solicitud de habeas corpus, el Estado cumple con la expectativa procesal reclamada.**

Ese criterio está contenido, entre otros precedentes, en la providencia CSJ AP8737-2017 y CSJ AHP, 30 ago 2012, rad. 39791, esta última señala:

“Como lo analizó correctamente el funcionario de primera instancia, a partir de precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, si para el momento de acudirse al presente instrumento constitucional se encontraba superada la situación que motivó la interposición del habeas corpus, pues en ese instante ya el juez de conocimiento había iniciado el juicio oral, es claro que la pretensión del peticionario, por esa sola razón, resulta improcedente por inexistencia actual del fundamento fáctico sustento de la acción, es decir, aquel respecto del cual se afirma la prolongación ilícita de la privación de la libertad”.

Así las cosas, no puede predicarse en el presente evento una prolongación ilícita de la libertad que amerite la intervención del juez constitucional, más cuando el actor cuenta con los recursos de ley para debatir los argumentos expuestos en el auto de 24 de octubre de 2018 y que le resultaron adversos

Corolario de lo anterior, lo que se impone es la **confirmación** de la decisión impugnada, más cuando no se advierte que la decisión mediante la cual se negaron las peticiones de libertad, por revocatoria o sustitución de la medida de

aseguramiento, no se observa caprichosa ni arbitraria».

(Texto resaltado por la Relatoría)

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Prescripción por un delito no impide analizar los supuestos facticos frente a otro

Habiendo decidido confirmar el fallo de condena emitido por el Tribunal, la Sala consideró importante ponderar que la *extinción de la acción penal*, derivada del fenómeno *prescriptivo* y aplicable frente a un delito, no impide analizar los supuestos fácticos respecto de la configuración de otro tipo penal, imputado vía concurso.

SP3865-2018 (51684) del 12/09/18

M. P. Fernando Alberto Castro Caballero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRESCRIPCIÓN - Acción penal: su extinción por un delito no impide analizar los supuestos facticos frente a otro || **PRESCRIPCIÓN - Acción penal:** el tránsito del tiempo no quita el carácter lesivo de los bienes jurídicos tutelados || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Concurra con prevaricato por acción:** prescripción del prevaricato por acción

«Como claramente se advierte, los dos primeros motivos de inconformidad de la defensa técnica apuntan a pregonar la licitud de la actuación a cargo del exjuez JJGM, oscilando sus alegaciones entre la falta de adecuación típica por ausencia del ingrediente normativo “*manifiestamente contrario a la ley*” y la no probanza de “*la conciencia de antijuridicidad*» con la que éste actuó, tendiendo ambos argumentos a convertir en atípico el comportamiento de su defendido frente al delito de **prevaricato por acción**.

Al respecto, resulta **relevante** para la Sala precisarle al abogado defensor del acusado que **el delito por el cual se profirió condena** en contra del exjuez GM es el de **peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía**, más no por el de prevaricato por acción, como lo sugiere en algunos apartes del recurso al momento de cuestionar la sentencia de primera instancia, sobre la base de no encontrar acreditada la ejecución de conducta prevaricadora, cuando **lo cierto es que por razón de la declaratoria de prescripción de la acción penal, ese cargo no fue objeto de condena**.

Sin que el fenómeno extintivo que operó respecto del cargo de prevaricato por acción sea óbice para analizar los supuestos fácticos que guardan estrecha relación con el punible de **peculado por apropiación** a favor de terceros agravado por la cuantía, que es la otra conducta delictiva que se le endilgó a JJGM durante la diligencia de indagatoria y por la cual se le formuló acusación, pues de conformidad con el criterio pacífico que desde antaño ha adoptado esta Sala: “**el transcurso del tiempo de suyo no le quita el carácter lesivo de bienes jurídicos tutelados**”.

Ello es así, en razón a que el exjuez GM al proferir la sentencia del 24 de marzo de 1995 incurrió en una conducta **pluriofensiva** del bien jurídico administración pública, pues su obrar tenía capacidad de configurar un punible de prevaricato, al proferir una decisión manifiestamente contraria a la ley, como también de adecuarse al delito de peculado por apropiación al permitir que terceros se apropiaran de bienes de FONCOLPUERTOS, cuya custodia se le había confiado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PREVARICATO POR ACCIÓN

Para su configuración no es dable tener en cuenta decisiones de otros funcionarios sobre el mismo asunto o semejantes, salvo que determinen error relevante

Al ratificar en segundo grado la preclusión de la actuación, la Sala tuvo ocasión de precisar que para dilucidar la configuración de esta conducta no es dable en principio tener en consideración decisiones de otros funcionarios sobre el mismo asunto o semejante, salvo que develen en el yerro analizado un aspecto relevante relativo al dolo u otro tópico importante en la determinación de la responsabilidad. Además, remembró que esta conducta no se presenta en eventos en los que se acata un fallo tutelar.

AP4301-2018 (51004) del 26/09/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:

no es dable tener en cuenta decisiones de otros funcionarios sobre el mismo asunto o semejantes, salvo que determinen error relevante

«[...] insiste en que la indiciada incurrió en una conducta penalmente relevante por haber copiado algunos argumentos expuestos por otro juez en un caso semejante al que fue sometido a su conocimiento. Si bien es cierto el juez de tutela -al resolver un recurso de apelación- le recriminó duramente por ese comportamiento, el censor no dedica una sola línea a dilucidar por qué el mismo podría constituir el delito de prevaricato, a pesar de que el Tribunal, con tino, explicó su intrascendencia en el ámbito penal.

Con argumentos del mismo nivel, se queja de que el Tribunal no tuvo en cuenta las decisiones tomadas por otros jueces civiles, donde se resolvieron de manera diversa -favorable a sus representados- asuntos fácticamente análogos al que fue decidido por la juez OA en la sentencia cuestionada. La ligereza de este argumento es notoria, porque **para analizar la configuración del delito de prevaricato por acción no es dable tener en cuenta las decisiones de otros funcionarios sobre el mismo asunto o sobre casos semejantes, salvo que se arguya**, como lo hizo el fallador de primera instancia, que esa circunstancia pudo **determinar un error relevante en el contexto del dolo, u otros aspectos trascendentes para la determinación de la responsabilidad penal.**

Lo mismo puede predicarse del fallo de tutela proferido por el Tribunal, donde se concluyó que la indiciada incurrió en una vía de hecho, pues las aseveraciones expuestas en esa oportunidad, desmesuradas a juicio del delegado del Ministerio Público, estaban orientadas a resolver sobre la procedencia del referido amparo, pero bajo ninguna circunstancia a decidir sobre la configuración del delito de prevaricato. Así, los argumentos del censor se contraponen a lo expuesto reiteradamente por esta Corporación en torno a la **imposibilidad de admitir como prueba los pronunciamientos de otras dependencias acerca de los hechos objeto de juzgamiento**, en el sentido que él lo propone, esto es, como una suerte de “juicio previo” sobre la trascendencia penal de los hechos y la responsabilidad penal del involucrado (CSJSP2920, 08 Mayo 2017, Rad. 48199, entre otras). De aceptar esta particular forma de ver las cosas, a priori debió concluirse que no se configuró el delito de prevaricato, porque el juez que resolvió la acción de tutela en primera instancia concluyó que el trámite se ajustó a la ley, lo que también sería inaceptable».

PROCESO PENAL - No es escenario para extender debates de otras jurisdicciones

«La Sala debe recordarle al censor que el proceso penal no es un escenario para extender, sin más, los debates que deben surtirse en otras jurisdicciones. A este se acude cuando se tengan razones fundadas para concluir que ha ocurrido una conducta punible, tal y como lo dispone expresamente el artículo 250 de la Constitución Política, según se precisará más adelante».

PREVARICATO POR ACCIÓN - No se configura:

cuando se acata el fallo de tutela que revoca decisión judicial || **RECURSOS - Finalidad:** corrección de los yerros judiciales || **ACCIÓN DE TUTELA - Finalidad:** corrección de los yerros judiciales

«[...] debe tenerse en cuenta que a la juez OA le resultaba **obligatorio acatar el fallo de tutela**, así no compartiera las razones expuestas por el Tribunal, por lo que **no puede concluirse** que el sentido de la segunda decisión que emitió -favorable en algunos aspectos a los demandantes- denota que en la primera, en la que desestimó sus pretensiones, trasgredió manifiestamente el ordenamiento jurídico, como lo insinúa el censor. Al efecto, es necesario entender que los recursos ordinarios y los mecanismos extraprocerales de control (como la acción de tutela) tienen entre sus finalidades la corrección de los yerros que pueden ser cometidos en los procesos judiciales, entendidos estos como obras humanas y, por ende, falibles,

sin perjuicio de la posibilidad de que algunos aspectos jurídicos admitan diversas interpretaciones plausibles».

(Textos resaltados por la Relatoría)

**PECULADO POR APROPIACIÓN - SUJETO
ACTIVO CALIFICADO:**

Los representantes legales y funcionarios de las cooperativas conformadas por entidades territoriales son servidores públicos

En la sentencia que condujo a la determinación de no casar el fallo impugnado, condenatorio por el delito de *peculado por apropiación*, la Sala encontró fundamental analizar la condición de sujeto activo calificado de la conducta, particularmente referida a los representantes legales y funcionarios de las cooperativas conformadas por entidades territoriales.

SP4180-2018 (40527) del 26/09/18

M. P. Luis Guillermo Salazar Otero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PECULADO POR APROPIACIÓN - Sujeto activo calificado: los representantes legales y funcionarios de las cooperativas conformadas por entidades territoriales son servidores públicos || **SERVIDOR PÚBLICO - Contratista, interventor, consultor y asesor:** circunstancias en que se consideran servidores públicos / APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - No se configura || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Convenios interadministrativos:** están determinados por la pertenencia a la administración pública de los contratantes

«Se aduce la aplicación indebida del artículo 29 del Código Penal, por considerar el recurrente que a la acusada no le fueron transferidas funciones públicas, por lo cual en condición de contratista no podía ser condenada como **autora del delito de peculado por apropiación** sino en calidad de interviniente, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 30 del citado estatuto punitivo, por no reunir las calidades especiales exigidas en el tipo penal.

Tiene razón al afirmar que **el contratista** en la celebración, ejecución y liquidación del contrato celebrado con una entidad estatal **no es servidor público**, porque en cada caso es necesario establecer si las funciones que debe prestar el particular en razón del acuerdo o del contrato, implican la asunción de funciones públicas o la simple realización del acto material.

Sin embargo, en este caso la condena de la procesada como autora del delito contra la administración pública no constituye aplicación indebida de la disposición citada en la censura, en tanto no es la simple condición de contratista la que permite atribuirle tal título sino la naturaleza de la persona jurídica que representaba, invocada por el Tribunal y respecto de la cual no hace cuestionamiento alguno.

En este sentido, en forma equivocada el a quo adujo el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, para señalar que el contratista por el solo hecho de contratar con entidades estatales es un servidor público, recordando con fundamento en los artículos 18 de la Ley 190 de 1995 y 20 del Código Penal, quiénes son servidores públicos para efectos penales, razón por la cual concluyó que la implicada era autora del peculado por apropiación.

Incorrección que el Tribunal corrigió al manifestar que *“la gerencia o dirección de [...], como una cooperativa de entidades territoriales, está a cargo de un servidor público, siendo para la época de los hechos que se investigan la señora OOQ”*, luego **el título de autora se derivaba de tal carácter** y no de la de contratista a la cual no se le delegó funciones públicas.

En efecto, en la indagatoria la sindicada advirtió sobre la naturaleza de [...], al indicar que era una entidad estatal de acuerdo con lo preceptuado por el parágrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, por ser una cooperativa conformada por entes territoriales.

La citada disposición legal, preveía que *“Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y*

asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios administrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”.

Con fundamento en la normatividad vigente para la fecha de suscripción del Convenio interadministrativo 05 de 2001, la Sala expresó que las **“Cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, que no pueden ser entendidas sino como personas jurídicas de derecho público, componentes de la división política-administrativa del Estado, las cuales gozan de autonomía en la gestión de sus intereses y a las que pertenecen los departamentos, municipios, distritos, territorios indígenas y, eventualmente, las regiones y provincias”**.

Adicionalmente, el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 al definir las entidades, servicios y servidores en la contratación estatal, dispuso en su numeral 2, literal a, que **son servidores públicos “Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo”**, de manera que **el legislador para efectos penales, disciplinarios y fiscales les atribuyó a los representantes legales y funcionarios de tales cooperativas dicha calidad**.

Ahora bien, **la condición de los sujetos contratantes es la que determina que el convenio sea “interadministrativo”**, esto es, que **los dos intervinientes en la relación**

jurídica contractual hagan parte de la administración pública.

[...] El municipio de Sincelejo entidad territorial y [...] entidad estatal, en los términos del parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, suscribieron el Convenio Interadministrativo 05 del 21 de marzo de 2001, en cuyo caso, OOQ **quien representaba legalmente a la cooperativa, actuaba en condición de servidora pública** y no de simple particular para todos los efectos contractuales, de conformidad con lo preceptuado por el literal a del numeral 2 del artículo 2° de esa ley.

Al tenor de lo anterior, carece de razón el libelista al afirmar que la acusada es interviniente en el delito imputado, en cuanto se reitera, **su condición de servidora pública emanaba de la naturaleza jurídica de la entidad que representaba** y no de lo previsto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, de modo que era innecesario aducir su carácter de contratista y determinar si le habían conferido o atribuido funciones públicas.

De ahí que no propusiera debate alguno para controvertir en derecho, las normas legales que en materia contractual asimilaban a las cooperativas a entes estatales, en virtud de las cuales sus representantes legales eran servidores públicos según lo visto y sobre las cuales el Tribunal reconoció esa calidad para tener como **autora del delito de peculado por apropiación a la acusada**, de modo que el reparo no prospera».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Los medios probatorios que reposan en actuación disciplinaria no poseen por sí solos los atributos de validez, legalidad y pertinencia para ingresar automáticamente al juicio oral

En el análisis que determinó la confirmación en segundo grado de la negativa probatoria, la Corte estimó fundamental precisar que los medios de convicción que provienen de una actuación disciplinaria, no cuentan con los atributos que les permitan ingresar automáticamente al juicio oral, sino que es necesario que se soliciten y practiquen

siguiendo los derroteros del sistema penal adversarial.

AP3359-2018 (53054) del 8/08/18

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba documental: los medios probatorios que reposan en actuación disciplinaria no poseen por sí solos los atributos de validez, legalidad y pertinencia para ingresar automáticamente al juicio oral ||

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba testimonial: declaraciones de proceso disciplinario deben ingresar al juicio de conformidad con la naturaleza adversarial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba:** diferencia con el régimen establecido en la Ley 600 de 2000 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:** sustentación de la pretensión probatoria || **PRUEBA ILEGAL - Consecuencias procesales** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** admisibilidad

«Deberían ser suficientemente conocidos por las partes, en especial la Fiscalía, los **presupuestos** que gobiernan la **práctica probatoria** en el sistema diseñado por la **Ley 906 de 2004**, en contraste con aquellos establecidos en la **Ley 600 de 2000**.

Para lo que interesa al caso en estudio, el sistema acusatorio se muestra refractario a criterios tales como los de la permanencia de la prueba, el traslado de esta o la comisión para su práctica, precisamente porque su norte se diseña a partir de los principios de inmediación y oralidad, de los cuales surge el apotegma básico de que **prueba es solo la que se practica al interior del juicio oral**, en presencia del juez y con la posibilidad de las partes de ejercer la controversia

De conformidad con estos postulados, **ninguna posibilidad** existe de que, como lo pretende el fiscal del caso, **al juicio oral se ingrese el expediente seguido por la jurisdicción disciplinaria** -si lo pretendido es hacer valer todo lo que en el mismo reposa, como lo explicitó en su solicitud-, simplemente porque **las pruebas allí contenidas no poseen, per se, los atributos de validez, legalidad y pertinencia**, ni han sido solicitadas individualmente para efectos de soportar, evaluar y controvertir estos presupuestos.

En este sentido, debe aclararse que no por contenerse en un documento -proceso o expediente-, los elementos de juicio allí consignados adquieren esta característica de cara a su esencia y manera de ingreso al juicio.

Si se conoce que al interior del trámite disciplinario fueron recogidos testimonios o entrevistas, estos **no mutan su calidad por hallarse consignados en un texto escrito** y, en consecuencia, **deben ingresar al juicio de conformidad con la naturaleza adversarial según la Ley 906 de 2004**; lo que obliga pedir a esos testigos de forma individual en el momento

procesal adecuado, explicando su pertinencia y permitiendo la necesaria confrontación, tópico que solo se cubre con la directa intervención suya en ese debate.

Para que no se rompa la estructura básica del sistema dispuesto en la Ley 906 de 2004, entonces, cada declaración debió haber sido descubierta antes, en el escrito de acusación, y solicitada como prueba testimonial; solo si se demuestra que el testigo no está disponible será posible allegar la dicha entrevista o testimonio, pero en calidad de **prueba de referencia**.

De similar manera debe operar el trámite con la prueba documental -entre ellos las copias de los fallos disciplinarios-, en lo que refiere a la necesidad de abordarlos individualmente y verificar su pertinencia concreta en la audiencia preparatoria, respecto de los hechos jurídicamente relevantes, para que después se puedan allegar al juicio.

Es claro que la legalidad de la prueba se afecta de manera superlativa cuando se introduce por fuera del debido proceso, de manera por demás artificiosa, pues nunca entraría con regularidad sin el previo cumplimiento de los estrictos requisitos condicionantes de su legalidad, que aquí pretenden ser soslayados por la Fiscalía sin ninguna razón que lo justifique.

A este respecto, solo como digresión puede entenderse el argumento esbozado en la apelación por el Fiscal, referido a que se causaría un daño “grave” si hiciera carrera la tesis del Tribunal.

Ello, por cuanto, lo que resolvió el A quo corresponde no solo a lo que las normas procesales disponen, sino que se aviene con lo que, entiende la Sala, representa el **mejor hacer judicial**, sin que hasta el presente se conozca del surgimiento de malas prácticas por el solo hecho de exigir de las partes cumplir con su tarea de descubrir, solicitar e ingresar adecuadamente los medios que pretendan hacer valer en juicio.

A este efecto, tampoco se conoce, ni la Corte puede prohiar que apenas porque en esta sede o en la de los Tribunales se ordene la compulsión de copias, los elementos materiales probatorios, evidencia física, informes o declaraciones que allí se contienen, ingresen automáticamente, como prueba documental, con fundamento en un cierto criterio de autoridad que dote de pretendida legalidad anticipada lo que se expide

únicamente como basamento de la noticia criminal.

Lo cierto es que, se repite, el procedimiento diseñado en la Ley 906 de 2004, impone específicos protocolos que deben cubrirse en todos los casos, independientemente de cuál es el origen del proceso, dado que los mismos garantizan no solo la **naturaleza adversarial** del trámite allí dispuesto, sino principios consustanciales al mismo, entre ellos los de intermediación, oralidad y confrontación.

Así las cosas, si de verdad, como lo advierte el apelante, **en ocasiones los procesos disciplinarios, o la compulsión de copias,**

contienen elementos probatorios que por sí mismos se erigen en neurálgicos para soportar la definición de responsabilidad penal, lo que debe hacer es **convertir esos elementos en verdaderas pruebas pasibles de ingresar de manera regular, legal y oportuna al juicio.**

Acorde con lo referido en precedencia, la Corte **confirmará en su integridad** lo decidido el Tribunal [...] en lo que concierne a la solicitud de pruebas realizada por las partes y, específicamente, la **negativa** a introducir como prueba documental el **proceso disciplinario** seguido en contra de la aquí acusada».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Puede abarcar el restablecimiento del derecho de la víctima

Al inadmitir la demanda de casación, la Sala abordó la naturaleza de la figura jurídica del *restablecimiento del derecho* y la posibilidad de garantizarla en el *incidente de reparación integral*, todo ello, teniendo de presente que se trata no sólo de una facultad del fallador sino de un deber.

AP3636-2018 (53212) del 29/08/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: puede abarcar el restablecimiento del derecho de la víctima ||
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Facultad oficiosa y deber del juez ||
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia || **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** - Garantía intemporal e independiente de la acción civil y penal ||
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - **Derecho de las víctimas** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral:** marco normativo || **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: principio de integración

«[...] el libelista afirma que los juzgadores concedieron un restablecimiento del derecho que los incidentantes no pidieron y que, por tanto, indebidamente fue dispuesto de oficio.

Ese enunciado es cierto solo de manera parcial. Además, desconoce: **(i) que el restablecimiento del derecho también puede tener cabida dentro del incidente de reparación integral** y, **(ii) que para hacerlo efectivo el juzgador tiene facultades oficiosas; más aún, deberes**, como se desprende del siguiente precepto:

*Quando sea procedente, [...] los jueces **deberán** adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal» (artículo 22 de la Ley 906 de 2004; se subraya).*

Como se anotó en el resumen de la actuación procesal relevante, el apoderado de A, CA y CFPS únicamente formuló pretensiones relacionadas con el pago de sumas de dinero. El otro apoderado de víctimas que intervino en el incidente solicitó la restitución de cinco (5) inmuebles, la cancelación de títulos y registros sobre ellos y otras pretensiones. Al ratificar el desistimiento, ambos señalaron que persistían en la entrega material de los bienes raíces y en la

cancelación de los títulos y registros, mientras que renunciaban a las demás solicitudes.

En la sentencia, el juzgado ordenó la entrega material de siete (7) bienes raíces y la cancelación de títulos y registros sobre los mismos. Aunque allí ciertamente existe diferencia con lo pretendido, lo cierto es que **el despacho tenía facultades oficiosas para ello** y, por tanto, lejos de desbordar sus potestades, cumplió lo ordenado por el artículo 22 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el **restablecimiento del derecho es una garantía a favor de las víctimas que opera en cualquier estado del proceso**, que es **intemporal** y que, por tanto, **no se extingue** ni con la prescripción de la acción penal (CSJ SP, 10 jun. 2009, rad. 22881).

Además, no es extraño al incidente de reparación integral ni su imperio termina con la firmeza del fallo que declare la responsabilidad penal, pues es independiente de tal declaratoria. Las víctimas también pueden perseguir el restablecimiento de sus derechos mediante el **incidente de reparación integral**.

Si bien los artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004 no son explícitos y minuciosos al respecto, sí está claro en ellos que la reparación debe ser integral, es decir, que “[...] comprende todos los elementos o aspectos de algo”, que se da “en su máximo grado” (Diccionario de la Real Academia Española), y que las posibles pretensiones que pueden formularse al interior de dicho trámite no se reducen únicamente al “pago de perjuicios” (artículo 103 ibídem, modificado por el artículo 87 de la Ley 1395 de 2010). Así mismo, el artículo 11-c del C. de P.P. establece que las víctimas tienen “(...) derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto [...]”. Todo ello, en desarrollo de lo prescrito por el artículo 250-6 de la Constitución Política.

Adicionalmente, existen otras disposiciones legales a las que, con fundamento en el principio de integración (artículo 25 de la codificación procesal penal), es factible remitirse, en lo que

resulte pertinente, para completar el sentido de las primeramente mencionadas, porque no se oponen a la naturaleza del procedimiento penal, en la medida que también están referidas a la reparación de víctimas de delitos, aunque en materias específicas.

En primer lugar, está el artículo 8° de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz [...].

[...] En segundo término, el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011, que trata de la reparación integral a las víctimas del conflicto armado [...].

[...] Por otra parte, en relación con las víctimas de violencia sexual, la Ley 1719 de 2014 hace especial referencia al contenido de la reparación (artículo 25). También consagra unas reglas especiales para el adelantamiento del incidente de reparación integral, bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004, cuando se refiera a violencia sexual con ocasión del conflicto armado (artículo 27) [...].

[...] En los anteriores términos, es posible colegir: (i) que las posibilidades de **restablecimiento de los derechos** de las víctimas de delitos **no se agotan** con la emisión y ejecutoria del fallo de responsabilidad penal, el cual no es presupuesto del mismo; (ii) que la adopción de nuevas medidas con tal finalidad no implica la modificación de la sentencia ni el desconocimiento de su firmeza, sino su complementación, para la materialización de una **garantía que no está sometida al principio de la eventualidad o preclusión** ni tiene límites en el tiempo; (iii) que **el restablecimiento del derecho no es ajeno al incidente de reparación integral ni incompatible con éste**; (iv) que, por tanto, mediante ese trámite las víctimas también pueden aspirar a su consecución; (v) que el restablecimiento de los derechos de las víctimas también está a cargo de los penalmente responsables (situación diferente es si estos se encuentran o no en condiciones materiales de llevarlo a cabo).

En este orden de ideas, el cargo examinado es notoriamente infundado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

DERECHO DE DEFENSA MATERIAL
Se vulnera cuando se impide al acusado manifestar sus consideraciones en cuanto a

la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas por su apoderado

Al desatar un recurso de apelación, la Sala consideró necesario decretar la invalidación de la actuación, por advertir vulnerado el derecho de *defensa material* de un acusado, a quien en la *audiencia preparatoria* no se le permitió exponer sus consideraciones en lo relativo a las pruebas solicitadas por su *defensor técnico*.

AP3826-2018 (51853) del 5/09/18

M. P. José Francisco Acuña vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NULIDAD - Derecho de defensa material: se vulnera cuando se impide al acusado manifestar sus consideraciones en cuanto a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas por su apoderado || **DEBIDO PROCESO - Unidad defensiva:** abogado y procesado pueden actuar en conjunto o separadamente || **DEBIDO PROCESO - Defensa material**

«Del anterior recuento se deduce que **la defensa de GM fue dispuesta de forma separada entre las labores del apoderado y las del procesado**, este último, en el ejercicio de su **defensa material**. Tanto es así que, todo el tiempo se habló de complementar, con argumentos propios, los expuestos por su representante judicial.

Igualmente se advierte que, en efecto, **el acusado solicitó el uso de la palabra para exponer algunas consideraciones propias en relación con la pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas por la defensa**. No obstante, **no se le permitió intervenir** ni se le dijo si podía o no hacerlo en ese momento específico.

Como se expuso en el apartado anterior, el ejercicio de la defensa material hace parte del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Pero además, las labores del procesado y su abogado constituyen un todo, en cuanto al derecho de defensa, alimentado por las labores que individualmente realiza cada uno.

En el presente asunto, y **ante la imposibilidad del ejercicio de la defensa material**, se advierte la existencia de una **irregularidad sustancial** - tal como lo alegó el recurrente-, pues **se impidió que el acusado manifestara sus propias consideraciones en cuanto a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas por su apoderado**.

Esto se complementa en que en marco de la experticia propia de GM, y según su dicho, habían acordado con el profesional que lo asistía presentar dichos temas de manera separada. Es decir, se entiende que **la defensa**, en este caso, **fue cercenada** y se decidió con base en postulados parciales pero no el conjunto de sus postulados.

Nada impide que tanto defensa técnica como material actúen de manera conjunta en relación con las consideraciones sobre las solicitudes probatorias. Inclusive, bajo los lineamientos que rigen este derecho, **se acepta que apoderado y procesado presenten argumentos por separado**, pues en últimas, lo que buscan es oponerse -así sea de forma distinta- a las labores persecutoras del Estado.

De ahí que **no sea correcta** la consideración del a quo, quien refirió que no era necesario la intervención del acusado, pues se satisfacía el derecho a la defensa con lo expuesto por su representante judicial. Por el contrario, ante la voluntad de GM de presentar alegatos adicionales, se entiende que sus garantías fundamentales en el proceso comprendían el conjunto de una y otra intervención.

En consecuencia con lo expuesto, será necesario **revocar** la decisión de primera instancia y, en su lugar, **declarar la nulidad** de la actuación desde el momento en el cual el procesado solicitó el uso de la palabra para complementar los argumentos de su representante judicial sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas de la defensa.

Esta solución, prevista para restablecer el derecho a la defensa que fue conculcado, resulta idónea pues en el presente asunto ya se entiende agotada la etapa de solicitudes probatorias -art. 357, L. 906/04-, e inclusive, la primera instancia decidió sobre la exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba -art. 359-, por lo que los argumentos del procesado únicamente podrán ingresar retrotrayendo la actuación.

Con el hecho de que GM pueda exponer sus razonamientos, si bien le garantiza su derecho a la defensa, de ninguna manera conlleva a que necesariamente el Fiscal deje de oponerse al decreto probatorio de la defensa o que el Tribunal tome una determinación distinta a la que adoptó en su momento de negar las pruebas que solicitara la parte. Todo dependerá del análisis de

los nuevos argumentos que serán aportados cuando se reanude la diligencia».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

