



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RELATORIA SALA PENAL

Boletín Informativo

03 de Julio de 2013

El presente boletín contiene un resumen emitido por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de las providencias relevantes recientemente proferidas por la Sala

Sentencia. Rad. 38904 26/06/13 MP. Dr. FERNANDO CASTRO CABALLERO

RESPONSABILIDAD MÉDICA: LA SALA CONSIDERÓ QUE NO ES POSIBLE “INFERIR” QUE EL RESULTADO MUERTE SE DERIVÓ DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO POR PARTE DE LOS MÉDICOS POR CUANTO LA ATENCIÓN SE AJUSTÓ A LA *LEX ARTIS*

ANTECEDENTES:

El menor EMM sufría el síndrome de “Arnold Chiari”, por lo cual asistía con frecuencia a establecimientos médicos. Ante la falta de mejoría del menor, su padre lo llevó a un médico especialista quien ordenó su internación por presentar un cuadro clínico complejo. El niño falleció 8 días después.

El padre alegó indebido proceso médico.

El juzgado de segunda instancia revocó la sentencia absolutoria y condenó a los acusados.

RECURSO:

Se presentaron tres (3) demandas de casación alegando: 1) Nulidad puesto que el fallo de segunda instancia no tubo en cuenta los alegatos de la defensa presentados en audiencia pública 2) Falso Juicio de existencia por omisión sobre varias pruebas que derivó en la aplicación indebida del art. 109 del C.P; y, 3) Falso juicio de identidad por cercenamiento y tergiversación de varias pruebas que también conllevó a la aplicación indebida del art. 109 del C.P.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Responsabilidad médica

«Ahora bien, la teoría descrita también ha sido la postura reiterada de la Sala en temas atinentes a la estructuración de conductas punibles imprudentes en el ejercicio de la profesión médica. Así lo señaló en sentencia del 28 de octubre de 2009, radicación 32.582, cuando sostuvo que «la jurisprudencia viene insistiendo en que para constatar la causalidad natural se requieren unas pautas mínimas, por lo tanto, jamás serán

suficientes para la atribución de un resultado antijurídico. Conforme con esto, una vez determinado el nexo, es imprescindible confrontar si por causa del agente se creó o incrementó el riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha generado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado lesivo.»

En efecto, el profesional de la medicina no es ajeno a la eventualidad de ejecutar acciones disvaliosas capaces de afectar la salud, la integridad personal e incluso la vida, lo que ocurre cuando habiendo asumido voluntariamente la posición de garante frente a su paciente, esto es, en los términos del numeral 1° del artículo 25 del Código Penal, arrogándose la «protección real de una persona (...)», aquél no guarda el deber objetivo de cuidado que conforme a la *lex artis* le es inmanente y, como consecuencia de ello, le causa un daño antijurídico.

Claramente, el aumento del riesgo normativamente tolerable puede llegar a defraudar la expectativa que en torno a la idoneidad del galeno se debiera predicar por ser portador de un título académico y de la experiencia que lo autoriza y legitima para ejercer la profesión; ello, siempre y cuando la violación del estándar socialmente admitido se realice tras la asunción efectiva de la posición de garante, esto es, con el diagnóstico, tratamiento o postratamiento capaz de causar un efecto nocivo y correlacional del bien jurídicamente tutelado, que se habría podido evitar —por ser previsible— de haberse actuado con las precauciones técnicas del caso.

Es así que, la posición de garante surge desde el primer momento en que el facultativo inicia la atención médica y es justamente este el punto de partida desde el cual le es exigible la obligación de velar por la curación, mejoría o aminoración de la condición afflictiva de la salud de su paciente, hasta el límite de realizar la acción posible indicada en la *lex artis* para cada patología, en los términos estrictos del compromiso arrogado de forma potestativa —no se requiere un contrato formal—

Es de este modo claro que la obligación del galeno de actuar con el cuidado que el ordenamiento le impone para evitar la creación o intensificación de un riesgo innecesario —fuera del admitido en la praxis— y la consecuente realización de un daño relacionado con la fuente de riesgo que debe custodiar, determina la asunción de la posición de garante que se materializa en no ejecutar ninguna conducta que perturbe la idoneidad del tratamiento médico especializado que la ciencia y las normas jurídicas mandan en cada evento o, en otras palabras, en adecuar su comportamiento al cuidado que le es debido de acuerdo con las fórmulas generales de la actividad.

De esta manera, si la conducta del médico, no obstante crear o aumentar un riesgo se manifiesta dentro del ámbito del peligro que la comunidad normativa ha edificado como límite a la práctica médica respectiva y, en todo caso, se produce el resultado infausto o, si consolidado el daño —agravación de la condición clínica primaria, por ejemplo— el galeno respeta las pautas o protocolos tendiendo a aminorar los riesgos propios de la intervención corporal o psíquica o, si pese a la creación o, incremento del peligro permitido, la acción comisiva u omisiva no se representa en un resultado dañino derivado necesariamente de aquella y relevante para el derecho penal o en todo caso, este se realiza por fuera del espectro de protección de la norma, o se constata que no había un comportamiento alternativo dentro del ámbito de guarda del bien jurídico que hubiera podido impedir la consumación censurada, no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia, también llamado de comisión por omisión.

Para establecer si el facultativo violó o no el deber objetivo de cuidado y, con ello, creó o amplió el radio de acción del riesgo porque su actuar lo situó más allá del estándar autorizado o relevante, es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución —protocolo, norma, manual, baremo o actividad concreta conforme a la *lex artis*— que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente —con la misma especialidad y experiencia— en similares circunstancias, para enseguida, confrontarlo con el comportamiento desplegado por el sujeto activo del reato. Y es que si hay una actividad peligrosa en la que se debe consentir la existencia de un riesgo permitido, esa es la medicina. En verdad, se admite cierto nivel de exposición al daño inherente a su ejercicio, en tanto se trata de una ciencia no exacta cuya práctica demanda para el colectivo social la necesidad de aceptar como adecuada la eventual frustración de expectativas de curación o recuperación, siempre que no se trascienda a

la estructuración de una aproximación al daño evitable o no tolerado.

En esa medida, se debe ser muy cuidadoso al establecer si una conducta superó o no el riesgo permitido.

(...)

Es de esta manera que en su artículo 16 de la Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas en materia de ética médica), dispone que «[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados».

Y de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 3380 del mismo año, se prevé que «[t]eniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico».

Una lista —no exhaustiva, por supuesto— de las precauciones que con carácter general debe atender el profesional de la medicina se podría integrar con las obligaciones de i) obtener el título profesional que lo habilita para ejercer como médico y especialista o subespecialista en determinada área, lo que no significa que la posición de garante surja natural de la simple ostentación de aquel, pues se demanda la asunción voluntaria del riesgo, o sea de la protección de la persona, ii) actualizar sus conocimientos con estudio y práctica constante en el ámbito de su competencia, iii) elaborar la historia clínica completa del paciente, conforme a un interrogatorio adecuado y metódico iv) hacer la remisión al especialista correspondiente, ante la carencia de los conocimientos que le permitan brindar una atención integral a un enfermo, v) diagnosticar correctamente la patología y establecer la terapia a seguir, vi) informar con precisión al sujeto, los riesgos o complicaciones posibles del tratamiento o intervención y obtener el consentimiento informado del paciente o de su acudiente, vii) ejecutar el procedimiento —quirúrgico o no— respetando con especial diligencia todas las reglas que la técnica médica demande para la actividad en particular y, viii) ejercer un completo y constante control durante el postoperatorio o postratamiento, hasta que se agote la intervención del médico tratante o el paciente abandone la terapia.

Tal como se viene sosteniendo, no basta la constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado para atribuir el comportamiento culposo; tampoco el

incremento o creación del riesgo no permitido. Se insiste, la conducta negligente del facultativo debe tener repercusión directa en el disvalor de resultado, pues si la lesión o la muerte de la persona sobreviene como derivación de situaciones al margen de la práctica médica o por alguna táctica distractora del tratamiento asumida por parte del paciente —autopuesta en peligro o acción a propio riesgo—, no habría lugar a imputar el delito imprudente al galeno, pues sería a aquél y no a éste, entonces, a quien se debería atribuir la contribución al desenlace transgresor del interés jurídico tutelado.”

(...)

En efecto, las pericias médico legales referenciadas anteriormente, ponen de presente de manera uniforme que el proceso evolutivo completo de una neumonía bacteriana es de días, así que si se tiene en cuenta que esa es la causa de la muerte del niño, por tanto, entre el 25 de agosto de 2002, fecha de la última atención de los procesados (..) (..) y (..), y el 18 de octubre siguiente, día en el que de manera indubitada se presentaron las manifestaciones de la mencionada enfermedad en el menor, entonces transcurrió 1 mes y 23 días, de donde se sigue que no es posible “inferir” que el resultado muerte se derivó de la infracción del deber objetivo de cuidado por parte de los facultativos en mención, bajo el argumento de que superaron el riesgo permitido a raíz de su negligencia en la aplicación de los procedimientos propios de la *lex artis* al estar en la condición de garantes de la salud del menor E.M.M. (...)

Recapitulando parcialmente, es claro que si bien el menor E.M.M., como lo anota el *ad quem*, presentaba dificultades respiratorias, contrario a lo que éste concluyó, la atención médica que le fue prestada por los implicados (..), (..) y (..) se ajustó a los protocolos de la *lex artis*, como se señaló en los dictámenes médico legales, en el Comité Ad hoc de Coomeva y en la decisión del Tribunal de Ética Médica del Norte de Santander, cuya valoración también echa de menos el actor.

(...)

Se tiene que contrario a lo afirmado por el Tribunal con fundamento en la acusación, no es cierto que los procesados (..), (..) y (..), en relación con el menor, “no hicieran nada a favor de sus dolencias”, como tampoco que por ello se produjo una “sepsis bacteriana” que condujo a la hospitalización del menor y luego a su muerte, pues ha quedado suficientemente expuesto, que el diagnóstico del 12 de agosto del 2002 que realizara el radiólogo (..) se descartó, primero por el especialista que lo atendió, pues no encontró signos o síntomas de él y las pruebas de laboratorio tampoco lo evidenciaron,

luego por la prueba tanto pericial como testimonial y la información aportada al proceso e, incluso, por el propio (..), quien precisó que su impresión diagnóstica fue provisional.

Cobra entonces vigencia la postura de la Sala señalada al comienzo en punto de cuándo es posible imputar el resultado, cuando sostiene que “frente a una posible conducta culpable, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción... [y] en segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*”, pues de lo analizado en precedencia, se constata que los procesados en forma alguna realizaron un riesgo que llevara al resultado muerte.»

DECISIÓN:

Casa la sentencia

Sentencia Rad. N° 36511 19/06/2013 M.P. Dr. JAVIER ZAPATA ORTIZ

LA PENA DEL PECULADO POR APROPIACIÓN DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS ES DIFERENTE A LA INHABILIDAD DEL ARTÍCULO 122 DE LA CONSTITUCIÓN DE EJERCER FUNCIONES O CARGOS PÚBLICOS O DE ELECCIÓN POPULAR O CELEBRAR CONTRATOS CON EL ESTADO.

(LA INTEMPORALIDAD DE LA INHABILIDAD CONSTITUCIONAL SE APLICA ÚNICAMENTE A LOS EVENTOS CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCIÓN ASÍ NO LO DIGA EXPRESAMENTE LA SENTENCIA)

ANTECEDENTES

M.T.M.L y B.J.S.H fueron condenados, como determinador el primero y autor el segundo por el delito de peculado por apropiación. Entre otras, se “impuso “de manera permanente” la medida de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas”.

Los apoderados de los procesados interpusieron recursos de casación, del cual se admitió un cargo.

EL RECURSO:

Se alegó la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política que derivó en que el *ad quem* “decidió equivocadamente aplicar con carácter permanente “la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas”.

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

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS - Pena intemporal: Únicamente en cuanto a las funciones públicas, si no se incluye en la sentencia opera de pleno derecho

«Si en el artículo 122 de la Carta se estableció una inhabilidad vitalicia para los condenados por delitos contra el patrimonio estatal, de lesa humanidad y aquellos relacionados con el narcotráfico o con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, mal podría la Ley disponer frente a los mismos supuestos previstos en la norma constitucional, una menor duración de la medida sancionatoria. En palabras de la Corte Constitucional, “la Ley no puede crear inhabilidades menos severas que las que han sido creadas directamente por el constituyente” pues “de permitirse por vía legislativa la reducción de los tiempos de expiación de la inhabilidad, se correría el riesgo de afectar el ‘diseño moral mínimo dispuesto por el Constituyente’, pues nada impediría aplicar el mismo criterio en otras de las inhabilidades intemporales consignadas en la Constitución”.

En concordancia con lo precedente, la inhabilidad de duración limitada para el ejercicio de derechos y funciones públicas dispuesta para el peculado por apropiación en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, sería en principio inconstitucional por disminuir la sanción intemporal consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política. En la sentencia C 652/03, sin embargo, el Tribunal Constitucional no la declaró inexecutable en consideración a que la inhabilitación prevista en el Código Penal se extiende a más derechos políticos de los incluidos en la norma constitucional. Exactamente esta reflexión condujo a esa Corporación Judicial a considerar executable el límite temporal legal de la sanción, respecto del ejercicio de derechos políticos, e inexecutable respecto del ejercicio de funciones públicas. Y fue esa misma la razón para declarar ajustadas a la Constitución Nacional, entre otras, las expresiones “por el mismo término” contenidas en los artículos 397, 398 y 399 del Código Penal, “bajo el entendido que no se refieren a la inhabilidad intemporal para ejercer funciones públicas”.

4. La Sala, pues, en completo acuerdo con la jurisprudencia constitucional y clara en cuanto a los contenidos de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas regulada en el artículo 44 del Código Penal y de la sanción intemporal consagrada en el artículo 122 de la Constitución Nacional, concluye:

4.1. En todos los casos de condena por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, o por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico, se debe imponer en la sentencia la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término previsto en el Código Penal.

4.2. Es deseable en la sentencia, a la vez, imponer la sanción permanente del artículo 122, inciso 5, de la Constitución. Pero si no se hace, es una omisión intrascendente porque, de todas formas, como lo ha reiterado la Sala, la medida opera de pleno derecho.

4.3. La imposición simultánea de las inhabilidades temporal e intemporal no quebranta el principio *nom bis in ídem*. Y sea que la regulada en la norma constitucional se fije explícitamente en la sentencia o no, se entenderá que en los casos aquí considerados el condenado queda privado a perpetuidad de los derechos a inscribirse como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o designado como servidor público y a contratar con el Estado directamente o por interpuesta persona. Y temporalmente, por el término establecido en el fallo, queda privado de la facultad de elegir, del ejercicio de cualquier otro derecho político (menos el de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos -Art. 40-7 de la Constitución—, pues su prohibición es intemporal) y el de recibir las dignidades y honores que confieran las entidades oficiales, que naturalmente no comporten el ejercicio de una función pública.

5. Así las cosas, es claro que en el caso examinado, como lo concluyó el Delegado, el Tribunal de segunda instancia transgredió el principio de legalidad al establecer con carácter permanente la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas decretada por la primera instancia con fundamento en el artículo 397 del Código Penal. Al hacerlo así, el ad quem definió una duración para la privación de ciertos derechos, más allá de la permitida por la ley.»

DECISIÓN:

Casa parcialmente

Sentencia. Rad. [34134](#) 05/06/13 M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LA VALORACIÓN PROBATORIA SE RIGE POR UN SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA A PARTIR DE HECHOS CIENTÍFICAMENTE COMPROBABLES, REGLAS DE LA EXPERIENCIA Y/O POSTULADOS DE LA LÓGICA FORMAL:

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

**- VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DEL QUE
POSTERIORMENTE EL SUJETO SE RETRACTA
- EL TESTIMONIO DE UN ENEMIGO DEL ACUSADO
PUEDE CONTENER ACUSACIONES VERDADERAS**

ANTECEDENTES

I.T.S fue atacada por dos sujetos en su residencia, quienes ingresaron a su casa con el propósito de hurtarle un dinero, procediendo a golpearla, atarla de manos, pies y cuello, estrangularla y ocultarla en tanque del lavadero donde horas después fue encontrada.

Los acusados fueron absueltos en primera instancia y segunda instancia.

El Fiscal interpuso recurso de casación.

RECURSO

La Fiscalía interpuso recurso de casación por: **1)** Falso raciocinio por desatender la reglas de la sana crítica; y, **2)** Violación indirecta de la ley sustancial de los art. 238 y 277 de la ley 600 de 2000.

PRINCIPALES ARGUMENTOS

PRUEBA - Apreciación probatoria: Sana crítica

«El modelo de valoración probatoria que rige en el sistema procesal penal colombiano es el de la sana crítica o persuasión racional, que impone al funcionario judicial el deber de abandonar su íntima convicción para adentrarse en el ejercicio de auscultación de la prueba sin más barrera legal que la del estricto apego a las reglas de la experiencia, los postulados de la lógica y el sentido común, y las leyes de la ciencia.

Un examen reflexivo, en extremo riguroso, de los medios de conocimiento conduciría, en términos de TARUFFO, a predicar que las únicas reglas de la experiencia o de la lógica en que se podría apoyar el juez son las que encuentran comprobación científica a través de un medio experimental confiable.».

PRUEBA - Valoración probatoria: Reglas de la experiencia

«Existen otros eventos que por tener estrecha relación con campos como el de la antropología, la sociología o la psicología humana, se valen de la aplicación de distintas variables y soluciones dependiendo de factores tales como la cultura, el tiempo, el lugar, entre otros, no obstante la eventual utilización, en ciertos casos, de métodos científicos.

En efecto, las máximas de la experiencia son premisas cuyo fundamento cognoscitivo se construye a partir de patrones de comportamiento válidos con pretensiones de generalidad en un contexto sociohistórico específico,

que son previsibles y homogéneos para la comunidad de un lugar determinado dada su repetición y reproducción bajo similares presupuestos de concreción.».

PRUEBA - Valoración probatoria: Postulados de la lógica formal

«Por su parte, los postulados de la lógica formal son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas posibles de inferencia racional.

No ocurre lo mismo respecto de las leyes de la ciencia, las que siempre y en todo caso tendrán una base científica comprobable.

Siendo lo anterior así, lo que se exige al operador jurídico es que para el proceso de análisis de los medios de prueba se apoye, bien en postulados científicos o en reglas de la experiencia o axiomas lógicos que gocen de los presupuestos de universalidad, generalidad y abstracción, de tal forma que desde un examen deductivo, individual y en conjunto del acervo probatorio, logre identificar el valor suasorio que más se ajuste a la racionalidad.».

TESTIMONIO - Retracción: Apreciación probatoria

«En el ámbito de apreciación de la prueba testimonial, el legislador previó una metodología expresa de acercamiento a la información revelada a través de este tipo de medio de convicción. Es así que el artículo 277 exige guardar especial atención respecto de “la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”.

Esta clase de precauciones deben ser atendidas no solo al examinar los testimonios directos sino también los indirectos, porque en éstos, con mayor intensidad, se torna necesario escudriñar la forma exacta y las circunstancias modales en que el deponente que no es de viso -de oídas- percibió de su fuente, la información suministrada al proceso, en relación con los hechos objeto de investigación, declaraciones que, en todo caso, deben ser analizadas a la luz de los demás medios de conocimiento.

Así mismo, se impone guardar extremo cuidado en relación con las variaciones -que no siempre contradicciones- del relato, en orden a reconstruir con la mayor fidelidad posible los supuestos fácticos ventilados en la actuación y, en tratándose de

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

retractaciones sobre versiones iniciales, corresponde dilucidar en conjunto todas las manifestaciones vertidas para identificar a partir de las leyes de la sana crítica la(s) que con criterio uniforme corresponden a la verdad.

Sobre este último aspecto, el acontecer cotidiano enseña que no son pocas las ocasiones en que un testigo -directo o indirecto- asegura haber observado o escuchado un hecho o narra lo referido por otro acerca del tema, para luego, en cambio, negar tal conocimiento.

Este comportamiento humano ha sido estudiado clínicamente por la ciencia psicológica al examinar los procesos de funcionamiento de la memoria llegando a establecer que “los motivos por los que una persona decide retractarse son muchos. Alguien puede retractarse por miedo, por un caso de conciencia o porque se halla en un gran estado de confusión (...)”.

(...)
Frente a este fenómeno, denominado retractación, la Corte se ha ocupado en pacífica y reiterada jurisprudencia de adoctrinar sobre la obligación de ponderar con criterio racional las distintas aseveraciones de quien en declaración posterior varía diametralmente el contenido de su dicho, esto a fin de conferirle credibilidad a aquella declaración del testigo que corresponda a la realidad decantada a partir de otros medios de persuasión y muestre con meridiana claridad cuál fue el motivo que propició el cambio de versión.

En efecto, desde tiempos remotos, esta Corporación ha venido ilustrando que:

(...) (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras,“

Retomando este criterio, en sentencia del 12 de diciembre de 2000, radicación 13.407, la Sala predicó:

“(...)”

Con igual cometido, ha precisado que no es necesariamente viable otorgar mérito a la primera o a la última de las declaraciones entregadas por un testigo, sino que mediante un proceso lógico se debe escoger la que involucre contenidos de credibilidad verificables a través de otros medios de convicción, lo que además se logrará determinando cuál fue la causa racional para que el deponente se apegara o faltara a la verdad en uno u otro momento. Dijo al respecto la Corte:

“(...)”

Esta postura incluso es avalada por la ciencia psicológica, la cual indica que para determinar cuál es el relato creíble, es del caso apoyarse en elementos externos al testimonio inicial y su retractación.

(...)

En esa dimensión, entonces, de cardinal importancia resulta ser la elaboración de un examen riguroso del testimonio que sea capaz de identificar en cuál de las varias declaraciones el deponente se ciñó a la verdad y en cuál(es) mintió, así como los motivos fundados para haber procedido de una y otra manera.»

TESTIMONIO - Enemistad: Puede motivar acusaciones verdaderas

«Si bien en algún sentido se podría afirmar que quien tiene una enemistad -por lós sentimentales- frente a otra persona, puede llegar a incriminarla falsamente para causarle daño, esta proposición no corresponde a una regla de la experiencia, es decir, a una premisa de inferencias factuales de carácter genérico deductivo, amén que no se atiene al criterio de universalidad que le es propio.

En realidad, tal como lo postula el demandante y la delegada del Ministerio Público, y hasta lo alcanza a avizorar el fallador plural, nada se opone a que una enemistad generada por los celos pueda ser el móvil para que un sujeto revele hechos ciertos -de implicaciones incluso penales- de la otra persona y que hasta ese momento permanecían ocultos.»

DECISIÓN:

Casa, condena y ordena captura

Auto. Rad. N° 41215 05/06/2013 M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL LAPSO DE OCHO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE QUIEN SE DESMOVILIZÓ INDIVIDUALMENTE PARA QUE TENGA DERECHO A LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO IMPUESTA, SE CUENTA A PARTIR DEL MOMENTO QUE EL GOBIERNO NACIONAL LO POSTULÓ A SER BENEFICIARIO DE LA PENA ALTERNATIVA

ANTECEDENTES PROCESALES:

F.M.Q.C se desmovilizó y entregó voluntariamente en el año 2003. Posteriormente, manifestó su voluntad de acogerse a la ley de justicia y paz, razón por la cual el Gobierno Nacional lo postuló el 7 de noviembre de 2007. El pasado 16 de abril, por segunda vez, solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento argumentando que se desmovilizó voluntariamente el 18 de de noviembre de 2003, fecha que debe tenerse en cuenta para el calculo de los 8 años a los cuales hace referencia el artículo 18A de la ley 975 de 2005. Esta petición le fue negada en primera instancia y contra la misma el postulado interpuso recurso de apelación.

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

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, requisitos, contabilización del término de privación de la libertad, cuando se desmovilizó individualmente

«Los argumentos expuestos por los recurrentes para convencer que el postulado tiene derecho al beneficio regulado en el artículo 18A de la Ley 975 de 2005, no convencen, pues al analizar dicha disposición no se desprende que la privación de libertad, después de la desmovilización individual adquiera la entidad de generar los efectos que reclaman.

El lapso de ocho años de privación de la libertad para que dentro del proceso transicional el postulado tenga derecho a la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta, no debe ser subsiguiente a la desmovilización individual, sino a partir del momento que éste hecho adquiere relevancia jurídica en el proceso transicional, esto es, cuando el Gobierno Nacional postula al desmovilizado a ser beneficiario de la pena alternativa de la Ley 975 de 2005, porque considera entregó información que, en la medida de sus posibilidades de cooperación, contribuyó al desmantelamiento de la organización armada ilegal a la cual perteneció, tal como lo dispone el parágrafo 2° del artículo 5° del Decreto 3391 de 2006 .

La inmediatez entre el acto de desmovilización y la privación de la libertad, legalmente no puede tener el efecto que señalan los recurrentes, cuya aplicación conllevaría al absurdo de que, por ejemplo, quienes se desmovilizaron para los fines de la ley 782 de 2002 [amnistía e indulto] en enero de 2003, y un mes después fueron encarcelados y condenados por hechos no cobijados en dicha ley pero relacionados con su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, en enero de 2013, cuando el Gobierno Nacional los postula, superados ampliamente los ocho años de privación efectiva de la libertad, automáticamente tendrían derecho a que en el proceso transicional, luego de la formulación de imputación, se les impusiera una medida de aseguramiento no privativa de la libertad o a la sustitución de ésta, en caso de cumplir los demás requisitos, lo que vendría a constituir un empleo perverso de la ley de justicia y paz, con la afectación que esa circunstancia generaría frente a los fines de verdad, justicia y reparación.

Es que, frente a las formas de desmovilización previstas en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, no es cierto como lo afirman los recurrentes, que el inciso 1° del artículo 18A *ibídem* haga mención exclusiva a la

individual, cuando lo que se desprende de su contenido es una referencia a la situación particular que cada uno de los integrantes de los grupos organizados armados al margen de la ley tenía para el momento en que se verificó la desmovilización. Por esta razón, en el parágrafo de dicha disposición, se indica que en los casos en que el postulado haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció, el término previsto en el numeral 1° de su inciso primero, será contado a partir de la postulación a los beneficios de la citada ley.

Luego la situación de quienes se desmovilizaron individual y voluntariamente, para efectos de la sustitución de la medida de aseguramiento, no es diferente a la de quienes estando privados de la libertad lo hicieron colectivamente, su distinción apunta exclusivamente al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad en uno y otro caso, conforme con lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005. En la individual el desmovilizado deberá suministrar información que conduzca al desmantelamiento del grupo al que pertenecía, pues solamente cumplido este requisito el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Defensa Nacional lo postulará, como expresamente lo dispone el parágrafo 2° del artículo 5° del Decreto 3391 de 2005.»

DECISIÓN:

Confirma

Auto. Rad. 41442 19/06/13 MP. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL LAPSO DE OCHO AÑOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE QUIEN SE DESMOVILIZÓ INDIVIDUALMENTE PARA QUE TENGA DERECHO A LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO IMPUESTA, SE CUENTA A PARTIR DEL MOMENTO QUE EL GOBIERNO NACIONAL LO POSTULÓ A SER BENEFICIARIO DE LA PENA ALTERNATIVA

ANTECEDENTES

El señor E.N.N solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento con fundamento en el artículo 18 A de la ley 975 de 2005, la cual le fue negada y ahora es objeto de recurso.

Argumenta el postulado y su defensa, que la situación de los desmovilizados del EPL es *sui generis* ya que esta agrupación no se desmovilizó de manera colectiva, y por tanto se está interpretando de manera indebida el art. 18 A de la ley 975 de 2005.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramientos: Sustitución, requisitos, contabilización del término de privación de la libertad cuando se desmovilizó individualmente

«El artículo 72 de la Ley 975 de 2005, modificado por el canon 36 de la Ley 1592 de 2012, define al desmovilizado individual como aquél “cuyo acto de desmovilización sea certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA)” en contraposición con el desmovilizado colectivamente que según el artículo 10 ibídem es el que “se encuentre en listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación” y reúna las condiciones allí previstas.

Por su parte, el canon 11 de la Ley de Justicia y Paz establece las condiciones para que quienes dejaron las armas de forma individual, esto es, producto de una decisión personal autónoma y voluntaria, desligada del proceso de negociación del Gobierno con el grupo ilegal al que perteneció, accedan a los beneficios de la justicia transicional

“Artículo 11. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. (...)”

Entonces, los desmovilizados en forma individual pueden acogerse al trámite de Justicia y Paz y optar por el beneficio de la pena alternativa, siempre y cuando cumplan las exigencias previstas en la norma transcrita y sean postulados por el Gobierno Nacional, por manera que dicho acto constituye condición esencial para ingresar a justicia transicional, pues sin él, así se haya producido la desmovilización, no hay posibilidad de acceder a dicha jurisdicción.

Por tanto, en los eventos donde la dejación de armas fue individual, el momento a partir del cual el desmovilizado puede acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz es el de la postulación por parte del Gobierno Nacional, pues sólo desde entonces adquiere la expectativa razonable de obtener el beneficio de la pena alternativa.

En tal sentido, el parágrafo 2 del artículo 5 del Decreto 3391 del 29 de septiembre de 2006, reglamentario de la Ley 975 de 2005, establece,

“(...)”

De lo anterior se sigue que, incluso cuando el grupo ilegal ha desaparecido o permanece alzado en armas, deben seguirse las reglas sobre desmovilización y

postulación previstas en el compendio normativo de la justicia transicional.

(...)

En suma, en el evento de los desmovilizados en forma individual el término de los ocho años se contabiliza a partir de su postulación, pues sólo entonces adquiere la expectativa de acceder a los beneficios de la justicia transicional.

Y si bien el parágrafo del artículo 18 A refiere que “cuando el postulado haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció”, ello no significa que la sustitución de la medida no proceda respecto de los desmovilizados en forma individual o que el lapso de ocho años no deba regirse por la pauta general allí establecida, pues dicha prerrogativa está dirigida a todos los postulados que reúnan las exigencias legales, sin distinguir la forma en que ingresaron al trámite de Justicia y Paz. Ese fue el espíritu del legislador en tanto el plexo normativo en cuestión no excluyó del citado beneficio a los desmovilizados en forma individual ni estableció una regla particular para ellos.

(...)

En síntesis, de acuerdo con lo establecido por la Corporación en esta y anteriores determinaciones, la interpretación sistemática del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005 permite colegir que para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el postulado perteneciente a un grupo armado organizado al margen de la ley desmovilizado colectivamente, debe haber estado detenido mínimo 8 años en centro de reclusión sujeto a las reglas de control penitenciario, contados así:

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

A partir de la postulación por el gobierno nacional si el desmovilizado se encontraba privado de la libertad “al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció”, con independencia de que se hubiese entregado con antelación al amparo de otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo de la Ley 782 de 2002.

Y cuando se proceda frente a un desmovilizado individual, dicho lapso debe contabilizarse a partir de la postulación por parte del Gobierno Nacional ante las autoridades jurisdiccionales encargadas de adelantar el proceso transicional, pues sólo a partir de entonces puede acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz».

DECISIÓN

Confirma

**Auto. Rad. 41262 05/06/13 MP. Dr.
FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EXCLUSIÓN DE LA
LISTA DE POSTULADOS POR NO ATENDER LOS
EMPLAZAMIENTOS PARA RENDIR VERSIÓN LIBRE**

ANTECEDENTES

Ante la negativa del postulado OMVL a rendir versión libre, la Fiscalía solicitó su exclusión del proceso de justicia y paz, la cual fue aceptada por la Magistrada de Control de Garantías. Esta decisión fue recurrida por la defensa.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - TEMA: LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Exclusión de la lista de postulantes: No atender los emplazamientos para rendir versión libre

« El artículo 11 A de la Ley 975, adicionado por el 5 de la Ley 1592, establece:

ARTÍCULO 11A. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS.

(...)

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.
(...)"

En el presente caso, se invoca como materializada la causal primera, esto es, cuando el postulado sea renuente a acudir a las citaciones que se le hagan.

3. Siguiendo directrices definidas por la jurisprudencia de esta Corporación, el referido artículo de la Ley 1592, establece una serie de causales que tienen por objeto mantener el proceso transicional depurado, de tal manera que permanezcan en él tan solo quienes han cumplido con los presupuestos legales para ser incluidos y permanecer en el mismo.

Conforme lo señalaba la Fiscal General en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado ante el Congreso de la república: "La depuración del universo de postulados debe traer como consecuencia una mayor fluidez de las actuaciones, en la medida en que el esfuerzo de los diferentes equipos de trabajo de fiscales y magistrados de justicia y paz se podrá concentrar en aquellos casos en que los postulados realmente estén

colaborando eficazmente con la reconstrucción de la verdad, a favor de la reparación de tantas víctimas que esperan, por fin, saber lo ocurrido con sus seres queridos".

(...)

La petición se funda en la renuencia del postulado a concurrir a las citaciones, cual es su deber. La misma norma establece que se presume la renuencia a comparecer en tres casos, uno de ellos, cuando 2. No atienda, sin causa justificada, los emplazamientos públicos realizados a través de medios de comunicación audiovisuales o escritos, ni las citaciones efectuadas al menos en tres (3) oportunidades para lograr su comparecencia a la diligencia de versión libre de que trata la presente ley.

La invocación de esta causal supone que la Fiscalía haya agotado los medios a su alcance con el objeto de lograr la efectiva citación del postulado, de que se encuentra debidamente enterado de la misma, de manera que no exista duda de que el citado desconocía la convocatoria que se le hizo

(...)

No es a la Fiscalía, como lo pretende la Defensora, a quien corresponde demostrar que la inasistencia ha sido injustificada, dado que basta con demostrar que se ha actuado con diligencia en las citaciones, de manera que, como ya se ha dicho, si el convocado no asiste, se impone colegir su desinterés. Así se desprende de la ley misma cuando el parágrafo 1, autoriza a presumir o entender el desistimiento a partir de la constatación de cualquiera de las tres hipótesis allí consideradas, esto es, cuando no se logre determinar su paradero, cuando sin justificación alguna no concurra luego de tres citaciones y cuando no regrese a continuar con la diligencia de versión libre.

No puede ser otro el entendimiento lógico de las cosas, dado que quien en verdad está interesado, o bien concurre a la citación, o bien se excusa de asistir y expone las razones por las cuales no puede o no pudo presentarse. Nada de esto ha sucedido en el presente caso.».

DECISIÓN

Confirma

**Auto. Rad. N° 41284 19/06/2013 M.P. Dr.
JAVIER ZAPATA ORTIZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: SE NIEGA LA
SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
SOLICITADA POR PADECIMIENTO DE ENFERMEDAD
GRAVE**

ANTECEDENTES

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

V.A.O.R., postulado al proceso de justicia y paz, solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento porque “padece de serios quebrantos de salud”. La Magistrada de Control de Garantías negó la precitada solicitud, contra la cual se interpuso el recurso de apelación.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: Sustitución, enfermedad grave**

«La Corporación también ha precisado que en los casos que se regulan por la Ley 975 de 2005, el margen para discutir la necesidad y suficiencia de la medida de aseguramiento intramural es escaso, debido a que el fundamento de este trámite procesal es la investigación y sanción de conductas sistémicas de extrema gravedad, perpetradas por grupos armados organizados al margen de la ley contra la población civil, de ahí que se trata de un proceso dentro del cual se impone atender la percepción de justicia de las víctimas, la cual se vería burlada si se llegare a considerar que uno de quienes integraron esas milicias ilegales viva en su lugar de residencia.

Lo anterior se haría evidente al sustituir la medida de aseguramiento impuesta a (..), a quien el médico legista dictaminó padece enfermedad grave incompatible con su vida en reclusión, circunstancia que, por si misma, no es suficiente para acceder a lo pedido, porque como lo destacó la Fiscalía, el Ministerio Público y la representante de las víctimas para oponerse, el perito oficial señaló en la audiencia preliminar, la dolencia que sufre el postulado no lo coloca en riesgo de muerte y, además, se trata de una enfermedad crónica respecto de la cual en su domicilio no mejorará su estado de salud; aparte de eso, tampoco se ha definido por un especialista el tratamiento a seguir.

Por otro lado, aventurada es la afirmación de la defensa de que negarle a su protegido la sustitución de la detención preventiva desconoce su derecho a la dignidad humana, cuando como lo informaron el director y el médico del establecimiento carcelario, independientemente de la institución de seguridad social que le presta el servicio de salud, le han facilitado la atención médica, por lo que con ese cometido en 58 oportunidades lo ha trasladado a los centros hospitalarios de dicho municipio o de Ibagué, a lo cual se agrega la autorización que le dieron para el ingreso de equipos médicos necesarios para hacerle las terapias que recibe.

Así, la Sala no observa que el postulado frente a los demás reclusos reciba un trato inadecuado o

discriminatorio, o que frente a sus dolencias quienes están a cargo de la vigilancia de la medida de aseguramiento actúen con indiferencia y, aparte de eso, hayan afectado su dignidad humana. Se evidencia todo lo contrario, esto es, que ante el incumplimiento de Caprecom en la asistencia del servicio de salud, lo trasladan a las instituciones prestadoras del régimen contributivo por cuenta de la Nueva E.P.S. a la cual se encuentra afiliado, actuación permitida por el artículo 106 de la Ley 65 de 1993 que en lo pertinente dispone: “Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio”.

5. En conclusión, al hacer el juicio de ponderación y razonabilidad, la sustitución de la detención preventiva en este caso no constituye un imperativo al cual deba acceder con fundamento en el peritaje médico legal, porque, de un lado, el establecimiento carcelario ha venido garantizando el acceso a los servicios de salud a los cuales tiene derecho como afiliado al sistema contributivo de seguridad social y de otra parte, al padecer una enfermedad de carácter crónico que no lo coloca en riesgo de muerte, la privación de la libertad en su domicilio no mejorará sus condiciones físicas, al punto que el legista solamente recomendó el tratamiento hospitalario con fines diagnósticos y terapéuticos que, como se señaló en la decisión cuestionada, debe definir un especialista, y manejo posterior ambulatorio en el lugar de reclusión.

DECISIÓN:

Confirma
