



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Octubre 8 de 2018 n.º 12

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>

EXTRADICIÓN

Es indispensable la presencia del requerido en el territorio nacional

Al abordar una solicitud de Extradición, la Sala advirtió la necesidad de retomar un antiguo criterio dentro la línea jurisprudencial vigente durante décadas, alusivo al requisito de acreditación de la *presencia del requerido en el territorio nacional*, a cuyo efecto identificó los supuestos de aplicación de la regla general, así como la consecuencia de su incumplimiento, consistente en la abstención para emitir el concepto por carencia de objeto.

CP172-2018 (50651) del 26/09/18

M. P. Eugenio Fernández Carlier

ANTECEDENTES RELEVANTES

«En el presente trámite se estableció que GCM fue capturado por miembros de la Policía Nacional el 27 de octubre de 2014 y que el 5 de noviembre de esa anualidad, el Fiscal General de la Nación decretó su libertad “teniendo en cuenta que no se cumplieron los requisitos para ordenar su captura, conforme a la legislación interna y a las formalidades del tratado de extradición aplicable”, es decir que en la actualidad el requerido no se encuentra privado de la libertad a órdenes de las autoridades de nuestro país. Además, no se tiene ninguna prueba de que actualmente permanezca en territorio colombiano.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Requisitos: es indispensable la presencia del requerido en el territorio nacional || **JURISPRUDENCIA - Variación**

«Debidamente constatadas esas situaciones correspondería, en principio, dar aplicación al criterio jurisprudencial vigente⁴², según la cual el hecho de que el solicitado no se encuentre, en este momento, privado de la libertad, tampoco le impide a la Sala rendir concepto, toda vez que:

“aunque la captura del requerido no se ha hecho efectiva por parte de las autoridades colombianas, dicha circunstancia no limita a la Sala para emitir concepto. La privación de la libertad del requerido puede ocurrir antes de iniciado el trámite, durante el transcurso del mismo o después de otorgada la extradición por parte del Gobierno Nacional, y resulta pertinente anotar que la misma no se considera un requisito de validez para el procedimiento”⁴³.

[...] La libertad del requerido y el completo desconocimiento de su paradero, así como la necesidad de administrar justicia con eficacia, **imponen que esta Corporación retome una línea jurisprudencial** en la materia, vigente durante varias décadas⁴⁴, de conformidad con la cual **la presencia del requerido en el territorio nacional constituye un requisito sine qua non para el sentido favorable del concepto.**

Así ya lo había sostenido la Sala al considerar que:

“necesario resulta advertir cómo la extradición está lejos de ser considerada como una institución eminentemente formal. Por el contrario su contenido material es el que le da la razón de ser a la argumentación jurídica y política que lo conceptualiza y materializa y por ende, si se da por sentado que por definición ésta se ha entendido como el instituto mediante el cual puede lograrse que un Estado haga entrega a otro de una persona acusada de la comisión de un delito para que se le pueda juzgar o cumpla la pena impuesta por el Estado requirente, lo cual hace que colinde entre el derecho internacional y el penal, es evidente en

*criterio de la CORTE, que un imprescindible supuesto surge para que la extradición se pueda concretizar: la exigencia de que el procesado cuya extradición se impetra deba encontrarse en el territorio del país requerido para que sea posible su entrega*⁴⁵.

Tal postura, que no ha sido pacífica⁴⁶, debe armonizarse de manera coherente con el criterio inicialmente transcrito [...] y aplicarse en los casos en los que resulta excesivamente costoso para la administración de justicia adelantar un trámite de cooperación internacional que resultará infructuoso, precisamente en razón a la ausencia física de la persona requerida en el territorio nacional.

En efecto, si la solicitud de extradición se ha entendido como:

“el instituto mediante el cual puede lograrse que un Estado haga entrega a otro de una persona acusada de la comisión de un delito para que se le pueda juzgar o cumpla la pena impuesta por el Estado requirente, lo cual hace que colinde entre el derecho internacional y el penal, es evidente en criterio de la CORTE, que un imprescindible supuesto surge para que la extradición se pueda concretizar: la exigencia de que el procesado cuya extradición se impetra deba encontrarse en el territorio del país requerido para que sea posible su entrega.

...

“Si la extradición (pasiva) consiste en la entrega que un Estado hace a otro Estado, de un individuo acusado o condenado que se encuentra en su territorio, para que en ese país sea juzgado o cumpla la pena, es obvio que como requisito indispensable, inherente a su naturaleza y previo a su aceptación, debe demostrarse, plenamente, que la persona solicitada se encuentra en el territorio del Estado requerido. No tendría sentido alguno -se agregóp- poner en marcha todo el aparato estatal para terminar ordenando la entrega teórica de quien se ignora si se halla en el territorio nacional”⁴⁷. (Se destaca).

Así las cosas, la Corte **reitera la trascendencia de que la persona requerida se encuentre en el territorio nacional para emitir un concepto favorable en materia de extradición**, pues si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal “no demanda la prueba o certeza de que el requerido se halla en el territorio del país exigido”⁴⁸, no lo es menos que **carece de objeto emitir un concepto favorable**, en los eventos en los que no está demostrada la presencia del solicitado en extradición en el territorio nacional, toda vez que sería imposible su entrega y, de ese modo, se estaría desnaturalizando el instrumento de cooperación internacional en la lucha contra el

crimen, en tanto se convertiría en un mero formalismo sin vocación de eficacia ni prosperidad en el propósito de juzgar a la persona requerida o de ejecutar la pena que le ha sido impuesta.»

EXTRADICIÓN - Procedencia: requisito de presencia del requerido, aplica siempre y cuando las disposiciones convencionales no señalen lo contrario || **EXTRADICIÓN - Procedencia:** hipótesis de aplicación de la regla general de presencia del requerido en el territorio nacional || **EXTRADICIÓN - Perú:** normatividad aplicable, cumplimiento del requisito convencional de presencia del requerido

«Esta regla general, aplicable siempre y cuando las disposiciones convencionales no señalen lo contrario, debe precisarse en función de la situación y de la nacionalidad del individuo solicitado en extradición, en los siguientes términos:

[...] Si la persona se encuentra privada de la libertad en un establecimiento carcelario de nuestro país procederá la demanda, sin distinción de nacionalidad, siempre que se cumplan los requisitos convencionales y legales en el caso en concreto.

[...] Tratándose de personas en libertad, preservando la anunciada coherencia con la jurisprudencia vigente⁴⁹, deberá diferenciarse entre ciudadanos colombianos y extranjeros, así:

[...] En el caso de extranjeros, cuya extradición se peticiona, deberá acreditarse probatoriamente que la persona sí se encuentra en el territorio colombiano, pues la captura con tales fines podrá hacer realmente efectivo el requerimiento.

[...] En el caso de los connacionales requeridos en extradición se presumirá que están radicados en suelo patrio, salvo que se demuestre que se encuentran en otras latitudes.

En los tres supuestos deberán observarse todos y cada uno de los requisitos convencionales y legales propios del asunto en concreto.

[...] El anterior criterio aplicado al caso sometido a estudio conlleva que el concepto deba ser desfavorable, toda vez que, el ciudadano ecuatoriano GCM no se encuentra privado de la libertad, desde noviembre de 2014, no se tienen noticias de su permanencia en el territorio y no

obran en la actuación elementos que permitan inferir que el requerido permanece en Colombia.

Dicho en los términos del criterio jurisprudencial que se retoma, **carece de sentido**⁵¹ poner en marcha todo el aparato estatal, para terminar ordenando la entrega teórica de quien se ignora si se halla en territorio nacional o de quien se sabe no se encuentra su paradero.»

Igualmente, en los términos del artículo 1° del Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia, modificatorio del Convenio Bolivariano de Extradición firmado el 18 de julio de 1911, “Los Estados convienen en entregarse mutuamente, de conformidad con lo que se estipula en este Acuerdo, las personas investigadas, procesadas o condenadas por las autoridades judiciales de uno de los Estados, y **que se encuentren en territorio del otro**”. (Se destaca).

En coherencia con lo señalado en precedencia, el mismo tratado aplicable ratifica que **la concesión de la extradición está supeditada a una razón de facto que no es otra que la comprobada presencia del requerido en el territorio del Estado**, es decir que, en principio y **por regla general, se corrobora que, en casos como el presente, uno de los presupuestos necesarios para que la Corporación emita concepto favorable es, precisamente, que el individuo solicitado se encuentre en suelo patrio**, situación que por desconocerse probatoriamente impide rendir un pronunciamiento positivo.»

EXTRADICIÓN - Carencia de objeto: la falta de acreditación de la presencia del requerido conduce a la Corte a abstenerse de rendir concepto

«Los anteriores razonamientos no permiten tener por acreditadas las exigencias legales para conceptuar de manera favorable a la solicitud de extradición formalizada por el Gobierno de la República del Perú a través de su Embajada en nuestro país, respecto del ciudadano ecuatoriano GCM por el cargo atribuido en la Acusación [...], dictada el 4 de julio de 2007 por el Primer Juzgado Penal Supra provincial de Perú.

No obstante, en la medida en que un concepto desfavorable de la Corporación resulta vinculante para el Gobierno, en los términos del artículo 519 de la Ley 906 de 2004, ante la contingencia de capturar en territorio colombiano al requerido en extradición y la imposibilidad de remover los anunciados efectos de la decisión a adoptarse, **la Corporación se abstendrá de conceptuar en relación con la solicitud de extradición de GCM, dado que no se acreditó que esa persona sí se encuentra actualmente en el territorio colombiano**, empero que puede llegar a estarlo y, en ese caso, se contará entonces con la posibilidad de emitir un concepto de fondo, de conformidad con los lineamientos trazados en esta decisión.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, **SE ABSTIENE DE CONCEPTUAR** la solicitud de extradición del ciudadano ecuatoriano GCM [...]

(Texto resaltado por la Relatoría)

⁴² CSJ, Concepto 3 de marzo de 2000, Rad. 15.709; Concepto 6 de septiembre de 2001, rad: 16.800; CP 080 – 2014, Rad. 42.850; Concepto 4 de noviembre de 2015, Rad. 46445.

⁴³ CSJ, Concepto 1 de febrero de 2012, Rad. 36255.

⁴⁴ CSJ, Concepto de 21 de octubre de 1986.

⁴⁵ CSJ, Concepto 12 de diciembre de 1995, Rad. 11.117.

⁴⁶ En el sentido de que la captura o presencia del solicitado en extradición no constituye un requisito de validez del concepto o de la concesión o negación de la extradición, sino apenas un elemento para su eficacia. CSJ, Conceptos de 10 de mayo de 1944, 7 de noviembre de 1950; 14 de marzo de 1952; Auto de 25 de abril de 2001; 6 de septiembre de 2001; Auto de 15 de julio de 2003; Auto 17 de septiembre de 2003; Auto 14 de julio de 2004; Concepto 22 de junio de 2005; Concepto 25 de octubre de 2005; Concepto 27 de mayo de 2009.

⁴⁷ CSJ, Concepto 12 de diciembre de 1995, Rad. 11.117. En ese mismo sentido concepto de 26 de octubre de 1999;

⁴⁸ CSJ, 25 de abril de 2001, rad. No. 16.800.

⁴⁹ CSJ, Concepto 24 de noviembre de 2004. “Ahora, el hecho que el reclamado no se encuentre privado de la libertad en este momento, tampoco le impide a la Sala rendir el concepto sobre la extradición, habida cuenta que la ley procesal penal dentro de este trámite, permite la captura del extraditable antes del procedimiento, discurriendo el mismo, y después de concedida la extradición por parte del Gobierno Nacional...”. Ver también, Concepto 1 de febrero de 2012, Rad. 36255, ya citado.

⁵¹ CSJ, Conceptos 21 de octubre de 1986 y 12 de diciembre de 1995.

RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE

El padecimiento médico debe ser incompatible con la vida en reclusión

En un evento en el que se negó la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, la Sala analizó -al desatar el recurso de alzada- los parámetros en que el Juez puede autorizar el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad denominado “*Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave*”, ponderando que el padecimiento médico dictaminado por el legista especializado debe ser incompatible con la vida en reclusión.

Adicionalmente estudió el deber de preservar la continuidad del tratamiento médico, entre otras, frente a las personas privadas de la libertad que se encuentran afiliadas al régimen contributivo o cuentan con un sistema voluntario de salud.

AP4024-2018 (53601) del 18/09/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

ANTECEDENTES RELEVANTES

«La sentencia negó al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, no obstante, dispuso que FCC continuara gozando de la detención domiciliaria, hasta tanto el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad «se pronuncie sobre la prisión domiciliaria, con fundamento en el nuevo dictamen que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sede Bogotá, realice al condenado».

Mediante auto del 24 de mayo de 2018, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, a quien correspondió la vigilancia de las sanciones, negó a FCC la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave.

Inconforme con la decisión, el defensor interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación. Resuelto el primero en forma adversa a la pretensión del impugnante, el a quo concedió la alzada ante esta Corporación.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE – El padecimiento médico debe ser incompatible con la vida en reclusión || **RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE** – Debe mediar valoración de médico legista especializado

«Con fundamento en este dictamen, la juez ordenó el traslado del sentenciado al establecimiento penitenciario de Santa Marta, por no cumplir los presupuestos señalados en el artículo 68 del Código Penal, que dispone:

ARTICULO 68. RECLUSION DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.

El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.

Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.

Del tenor de la norma transcrita se establece que no es cualquier enfermedad o estado de salud graves, los que habilitan al juez de ejecución de penas a autorizar que la sanción privativa de la libertad se cumpla en la residencia del condenado o en un centro hospitalario, pues, además, **el padecimiento médico debe ser incompatible con la vida en reclusión**, sin dejar de lado, claro está, que tales situaciones **deben ser valoradas por un médico legista especializado**.

De manera que no le asiste razón al recurrente cuando cuestiona el trabajo del galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal,

argumentando que el estado de salud de su representado a cambio de mejorar ha empeorado, pues se trata de afirmaciones sueltas sin ningún sustento científico, que intenta oponer a la valoración médica del experto en la materia.

Tampoco es de recibo el argumento de que el magistrado de garantías sustituyó la detención preventiva en establecimiento carcelario, por su domicilio, ante el evidente estado grave de salud de su representado, pues la decisión adoptada en esa etapa procesal, tuvo como sustento la valoración realizada por un médico del CTI, en la que se relacionaron las patologías padecidas por FCC, pero no conceptuó sobre el sufrimiento de una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión.»

RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE - Se debe evaluar periódicamente

«De otra parte, el mismo artículo 68 citado, dispone la práctica de **exámenes periódicos** al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste, o por el contrario, ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, lo que indica que **no es una medida que opere en forma automática para la totalidad de la pena de prisión, sino que depende del progreso o deterioro de la salud del beneficiado.**

Específicamente, el juzgado negó la reclusión domiciliaria u hospitalaria a FCC, porque el último dictamen forense de estado de salud, realizado el 2 de mayo de 2018, concluyó que no presenta estado de salud grave por enfermedad, concepto que siendo emitido por un médico legista descarta que el sentenciado, como lo expone el defensor, no pueda cumplir la pena impuesta en un establecimiento carcelario.

No implica lo anterior que la judicatura desconozca que CC padece de diferentes enfermedades diagnosticadas desde hace más de diez años, solo que, de acuerdo con el concepto del experto, ninguna de ellas es incompatible con la vida en reclusión, claro está, siempre que se garantice el suministro ininterrumpido de los medicamentos y el cumplimiento de los controles ordenados por los médicos que lo vienen tratando.

En consecuencia, la **Sala confirmará** lo resuelto por la primera instancia en el sentido de **ordenar el traslado del sentenciado al establecimiento penitenciario** de Santa Marta, en donde continuará cumpliendo la pena privativa de la libertad».

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Intramural o domiciliaria: quien se encuentra afiliado al régimen contributivo continuará siendo atendido por su EPS o sistema voluntario de salud || **PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD - Acceso a la salud:** se cumple con la afiliación al régimen subsidiado de quienes no pertenezcan al contributivo || **PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Intramural o domiciliaria:** deber del Estado de garantizar el acceso a la salud

«No obstante, considera la Sala necesario **modificar** lo dispuesto en relación con la continuidad del tratamiento, por cuanto el auto impugnado ordena que la EPS o IPS que preste los servicios médicos al INPEC lo asuma, decisión que puede afectar la continuidad del mismo.

En efecto, **el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la salud** y prestar el servicio médico y tratamiento adecuado de las patologías físicas o mentales de las personas privadas de la libertad, lo cual cumple a través del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), con la afiliación al Régimen Subsidiado de la población carcelaria que no pertenezca al régimen contributivo, regímenes de excepción o especiales.

En ese orden, **quien se encuentra en privación de la libertad (intramural o domiciliaria), y cuenta con afiliación al régimen contributivo, bien sea como cotizante o beneficiario, o tiene, además de la atención de una EPS un sistema voluntario de salud,** conserva su afiliación y la de su grupo familiar, por tanto, **la atención, el tratamiento médico y el suministro de medicamentos debe continuar sin alteración alguna,** como lo prevé el Decreto 1142 del 15 de julio de 2016, mediante el cual se modificaron algunas disposiciones del Decreto 1069 de 2015.

De manera que el tratamiento que viene recibiendo el sentenciado no puede sufrir cambios o interrupción porque lo que está variando no es su empresa prestadora de salud del régimen contributivo a la cual se encuentra

afiliado, sino el sitio de reclusión. Y ello es así, no solo por razones jurídicas, sino por las recomendaciones realizadas por los profesionales del Instituto Nacional de Medicina Legal quienes, con el fin de brindar un manejo oportuno y evitar posibles complicaciones: “1. Garantizar de forma ininterrumpida los medicamentos y controles por sus médicos tratantes: Medicina interna, Cardiología, neurología, Fisiatría, Psiquiatra 2. Ante los hallazgos del examen neurológico se debe descartar síndrome cerebeloso... 3. Debe continuar manejo por su servicio de salud de

primer nivel de atención y tener acceso al servicio de urgencias en caso de requerirlo.”

Resta, entonces, que se coordinen los trámites administrativos ante el área de aseguramiento del INPEC, con miras a viabilizar lo dispuesto en el numeral 1° del Decreto 1142 de 2016, gestión que estará a cargo del Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, o del despacho encargado de vigilar las penas impuestas a FCC».

(Texto resaltado por la Relatoría)

TRATA DE PERSONAS

Cuando la víctima es menor de edad no es exigible que medie violencia para su configuración

Luego de percibir que la demanda de casación debía ser inadmitida por inobservar los presupuestos de lógica y debida fundamentación, la Sala estimó trascendente examinar los elementos del tipo penal de *Trata de Personas*, a la luz de la normatividad nacional e internacional, para precisar que cuando la víctima es menor de edad no es exigible que medie violencia para su configuración.

Así mismo, se refirió a la conducta punible de *Proxenetismo con menor de edad*, a objeto de enfatizar que no es necesaria la obtención del lucro pretendido para la estructuración del delito.

AP3633-2018 (52271) del 29/08/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

ANTECEDENTES RELEVANTES

En relación con el punible de trata de personas, el defensor asegura que no existió traslado de las menores porque “(...) para que ello tenga esa finalidad delictiva debe mediar la utilización de la fuerza o violencia y ello jamás ocurrió pues (...) fue producto de su libre determinación como

menores adultas (...)” [...]. Con el mismo argumento afirma que “(...) jamás las menores adultas fueron captadas y aquellas actuaron bajo su propio consentimiento (...)” [...].

Respecto del proxenetismo con menor de edad, expresa que no existió lucro o beneficio económico para MYPT porque las menores “(...) decidieron vender sus cuerpos en forma libre, consciente y voluntaria, las únicas que se beneficiaron económica fueron precisamente ellas (...)” [...].

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TRATA DE PERSONAS - configuración: Cuando la víctima es menor de edad no es exigible que medie violencia para su estructuración || **TRATA DE PERSONAS - Evolución legislativa** || **TRATA DE PERSONAS - configuración:** verbos rectores

«La trata de personas, prevista en el artículo 188 A del Código Penal, adicionado por la Ley 747 de 2002 y modificado por la Ley 985 de 2005, es conducta punible que actualmente se encuentra ubicada en el capítulo de delitos contra la autonomía personal, sin perjuicio de su carácter pluriofensivo. Incurrir en ella: “*El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación (...)*”. Tal explotación puede ser de diferente índole, pues normativamente se encuentra definida como:

(...) el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la

explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. (Inciso segundo del artículo 188 A del Código Penal).

Conforme al diccionario de la Real Academia Española **captar** es atraer a alguien o ganar su voluntad y **trasladar** es llevar a alguien de un lugar a otro.

La reforma que se efectuó al tipo penal en comento mediante la Ley 985 de 2005 tuvo como finalidad “(...) actualizar y armonizar la definición de trata de personas que existe hoy en el Código Penal para hacerla concordante con la establecida en la Ley 800 de 2003. (...)”. Y de esa forma: “(...) complementar los acuerdos y convenios suscritos por Colombia con organismos internacionales y con otros Estados sobre la materia y en todo caso no ser un obstáculo para el desarrollo de esas necesarias iniciativas. Consideramos los ponentes que con un marco legal serio y útil podrán fortalecerse los vínculos de cooperación internacional de lucha contra la trata de personas”. (Informe de ponencia para primer debate. Gaceta del Congreso n.º 556 del 17 de septiembre de 2004).

En la presentación del proyecto de ley se hizo énfasis en el carácter pluriofensivo de la conducta punible y en su mayor dañosidad cuando recae sobre menores de edad:

El tráfico o trata de personas es un delito que viola gran cantidad de derechos fundamentales de las víctimas, comenzando por el no reconocimiento de la dignidad humana estas, al ser consideradas objeto de lucro de los traficantes y no como sujetos o seres humanos dotados de racionalidad propia, con libertad de autodeterminación, con el derecho a desarrollar libremente su personalidad, olvidando la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos.

Adicionalmente, una gran gama de derechos se les violan antes, durante y después de la situación del tráfico: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad; el derecho a la honra; el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, el acceso a la salud, a la educación; a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos; a gozar de una familia; el derecho a la seguridad social; el derecho a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, entre otros.

Cuando los sujetos objeto del tráfico son personas menores de edad, además de los derechos

vulnerados anteriormente, se transgreden los derechos fundamentales de los niños, mencionados en el artículo 44 de la Constitución Política, como son el derecho a la integridad física, la salud, la seguridad social; el derecho a tener una familia, al cuidado, el amor y la educación, entre otros derechos. (Gaceta del Congreso n.º 410 del 6 de agosto de 2004).

Pues bien, mediante la Ley 800 de 2003 el Congreso Nacional aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario de aquella.

Conforme al artículo 3º de dicho protocolo, en general se entiende por trata de personas “(...) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación” (literal a). Pero: “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo” (literal b), entendiéndose por niño toda persona menor de 18 años (literal d).

Desde esa perspectiva, y puesto que, a voces del artículo 2-4 de la Ley 985 de 2005, sus preceptos deben ser interpretados de manera coherente con la Ley 800 de 2003, **como en el presente caso las víctimas eran menores de edad, no es exigible que hubiera mediado violencia u otro de los medios atrás indicados**, como lo pretende el demandante.

Además, como expresamente lo dispone el inciso final del artículo 188 A del estatuto penal sustantivo: “El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

El anterior aparte normativo fue esencial dentro de las consideraciones del tribunal y [...] el censor lo ignora para limitarse a insistir en que las víctimas eran menores adultas, y por tanto, capaces de prestar su consentimiento».

PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Ingredientes subjetivos alternativos || PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Configuración: no es necesaria la obtención del lucro

«[...] el tipo penal de proxenetismo con menor de edad (artículo 213 A del Código Penal, adicionado por la Ley 1329 de 2009) incluye en su descripción **dos ingredientes subjetivos alternativos** como

son el “[...] ánimo de lucro para sí o para un tercero [...]” o el fin de “[...] satisfacer los deseos sexuales de otro [...]”. Por tanto, **como ánimo equivale a intención, no es necesaria la obtención del lucro para la estructuración del delito**, a diferencia del parecer del demandante».

(Texto resaltado por la Relatoría)

REGLAS DE LA EXPERIENCIA

Deben referirse a fenómenos de observación cotidiana

Al inadmitir una demanda de casación, la Sala dilucidó la modalidad de violación indirecta de la Ley sustancial denominada falso raciocinio, y puntualizó que cuando se invoca la desatención de las *máximas de la experiencia*, debe hacerse alusión a un fenómeno de observación cotidiana.

Igualmente examinó las nociones de in dubio pro reo y testigo directo e ilustró el modus operandi que acompaña al delito de *Alteración de Resultados Electorales*.

AP3637-2018 (52073) del 29/08/18

M. P. Fernando Alberto Castro Caballero

ANTECEDENTES RELEVANTES

«[...] en un capítulo que titula «Sana crítica – Regla de la experiencia. », el libelista expone que dentro del presente asunto el Tribunal vulneró la siguiente «Regla de la sana crítica»: «al no existir elementos probatorios que señalen a una persona como autora de un hecho, al no contar con un testigo, con un video, con la demostración inequívoca de que el encartado actuó en aras de un resultado, no se puede de esta forma desvirtuar su presunción de inocencia.

Afirma el recurrente que la Fiscalía incorporó los formularios E-24 y E-14 como prueba no solo de su adulteración, sino también del presunto dolo y consecuente responsabilidad penal de quienes

aparecen suscribiéndolos. Para el censor, el Tribunal «debió revisar bajo el postulado de la sana crítica, es que al no contar con testigos presenciales que hubieran referido la comisión del ilícito por todos, algunos, o uno de los ocho (8) condenados y solo contar con unos formularios alterados, mal podría concluir en una responsabilidad en un grado de certeza... Esa regla de la sana crítica bien aplicada, eventualmente le permitía afirmar las adulteraciones de los formularios, pero con la misma regla, no podía dar por descontado o incluir el dolo que el comportamiento punible exige.

[...]

En otro acápite que titula «Coautoría», el recurrente sostiene que el juez colegiado, de manera equivocada, pretende «demostrar la coautoría bajo una supuesta división de trabajo entre quienes amañan a mano los formularios y quienes digitan la información electoral en digital, cuando poca o ninguna importancia le ha dado a la no vinculación de los digitadores, a quienes no se trajeron ni siquiera de testigos? (sic) No puede sin esta vinculación asegurar la división de trabajo para ellos, a no ser a título de suposición». Más aun, cuando no existe ninguna evidencia que demuestre que los formularios fueron modificados por alguno de los procesados.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Proposición: deben referirse a fenómenos de observación cotidiana || **FALSO RACIOCINIO – Concepto || DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de identidad**

«El **falso raciocinio** constituye una modalidad de violación indirecta de la ley sustancial que consiste en el **manifiesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el proceso de apreciación de la prueba sobre la cual se ha**

fundado la sentencia. En otras palabras, el juez incurre en un error protuberante en el proceso inferencial mediante el cual fija el mérito de una prueba, por la desatención de los parámetros que garantizan la persuasión racional.

En ese orden, la debida sustentación de ese error de hecho requiere al ser invocado que el demandante indique (i) lo que dice de manera objetiva el medio probatorio; (ii) qué se infirió de él en la sentencia atacada; (iii) cuál fue el mérito persuasivo otorgado; (iv) el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo a la par indicar su consideración correcta; y, (v) la trascendencia del error, expresando con claridad cuál debe ser la correcta inferencia de la prueba, con la indeclinable obligación de acreditar, a través del examen conjunto de los medios suasorios, que la enmienda del yerro daría lugar a una declaración de derecho esencialmente diversa y opuesta a la ameritada.

Con nada de ello cumplió el libelista, porque no identificó el medio de prueba sobre el que recaía el presunto yerro, tampoco dio a conocer su contenido, ni mucho menos señaló lo que el Tribunal infirió de la prueba, con el fin de determinar cuál fue, en últimas, el sustento de la condena.

[...] Por otra parte, la Corte advierte que el censor a lo largo de la demanda de casación se refiere de forma indistinta a la “lógica” a la “experiencia” y a la “ciencia” como enunciados de la sana crítica infringidos, lo que se constituye en una **violación al principio de identidad**, dada la diferente naturaleza de cada una de esas categorías, por lo que, cuando menos, ese proceder devela una confusión sobre las características de la regla de la sana crítica que se invoca como vulnerada.

Cabe recordar que **el falso raciocinio por desconocimiento de las máximas de la experiencia requiere la formulación de una proposición con estructura de regla aplicable en términos generales y abstractos y con pretensión de universalidad**, a través de la cual se pueda verificar si al analizar el mérito de las pruebas, el razonamiento del juzgador deviene falso.

[...] Ahora bien, afirma el censor que el Tribunal no atendió la regla de la experiencia según la cual “al no existir elementos probatorios que señalen a una persona como autora de un hecho, al no contar con un testigo, con un video, con la

demostración inequívoca de que el encartado actuó en aras de un resultado, no se puede de esta forma desvirtuar su presunción de inocencia”. (negrillas dentro del texto)

En este punto resulta conveniente recordar que en torno a las máximas de la experiencia, la Sala ha precisado: “En efecto, una máxima no puede consistir en la percepción particular de quien la formula o en especulaciones carentes de objetividad. Para que se pueda considerar como tal, es preciso demostrar que el enunciado expuesto se aplica de forma más o menos uniforme en el mundo material o histórico social” (CSJ AP, 30 jun. 2006, rad. 21321).

[...] En realidad, alejándose de esas condiciones, el recurrente no ofrece ninguna razón que fundamente que la proposición presentada como **máxima de la experiencia** posea la connotación de ser considerada como un **fenómeno de observación cotidiana**, al punto que su no asunción por el fallador pudiera ser definida como una transgresión a la sana crítica.

A ello debe agregarse que la regla que, según el impugnante, fue desatendida por el Tribunal (“al no existir elementos probatorios que señalen a una persona como autora de un hecho, al no contar con un testigo, con un video, con la demostración inequívoca de que el encartado actuó en aras de un resultado, no se puede de esta forma desvirtuar su presunción de inocencia”), no puede ser catalogada como una **máxima de la experiencia**, en primer lugar, porque no puede afirmarse que ese enunciado reúna una **vivencia o experiencia de la cotidianidad** que dé cuenta de la forma como casi siempre suceden las cosas (universalidad o generalidad); y en segundo término, porque tal enunciado tiene relación con el proceso valorativo de las pruebas y no con las reglas que se extraen de la **observación repetida de fenómenos cotidianos**».

IN DUBIO PRO REO - Técnica en casación: puede alegarse por violación directa e indirecta de la ley sustancial || **IN DUBIO PRO REO - No constituye regla de la experiencia sino un principio constitucional y legal**

«[...] lo que cataloga el censor como una **regla de la experiencia**, en realidad se constituye en **principios y normas procesales positivizados** en nuestro ordenamiento legal en los **artículos 29 de la Constitución Nacional, 7° y 381 de la Ley 906 de 2004**, esto es, la presunción de inocencia, el in dubio pro reo y el conocimiento exigido para emitir sentencia de condena.

Entonces, si lo que reclama el censor es que dentro del presente asunto existen serias dudas acerca de la responsabilidad de los procesados en los hechos investigados, debió alegar la **falta de aplicación del principio in dubio pro reo, acudiendo a una de dos vías: la violación directa o la indirecta de la ley sustancial.**

Conforme la jurisprudencia, cuando se acude a la vía directa, al censor le corresponde demostrar que los falladores reconocieron en las consideraciones de la providencia atacada la existencia de dudas trascendentes de imposible eliminación sobre la materialidad de la conducta o la responsabilidad del procesado y, pese a ello, profirieron sentencia de condena con exclusión evidente de la disposición normativa que contiene el principio, cuando debían, en consonancia con su exposición, absolver.

Y, cuando se escoge la vía indirecta, al recurrente le corresponde demostrar a la Corte que los jueces de instancia dejaron de aplicar el principio señalado a través de una apreciación errada de los medios de prueba, debiendo indicar la prueba o pruebas valoradas erróneamente y, para cada una de ellas, precisar si el yerro cometido fue de hecho o de derecho y la especie de falso juicio en que se incurrió, además de su trascendencia.

Con la anterior claridad, se advierte que el libelista no escogió ninguna de estas vías, ni mucho menos desarrolló ni demostró alguna de ellas, lo que torna su discusión en otro alegato de instancia por completo ajeno al mecanismo especial, una razón más para que el reparo sea inadmitido.

Ahora bien, dejando de lado las falencias argumentativas en las que incurrió el demandante, que dan al traste con su pretensión casacional, la Corte advierte que la decisión de condenar [...] obedeció a fundamentos racionales.»

TESTIGO - Directo || TESTIMONIO - Apreciación probatoria

«[...] aduce el libelista que el Tribunal no debió valorar los testimonios rendidos por AZJ - funcionario público de la Registraduría Nacional del Estado Civil con aproximadamente 15 años de experiencia -, y OVG - miembro de la subcomisión conformada por el Consejo Nacional Electoral para investigar las inconsistencias denunciadas por la víctima -, porque ninguno de

los dos percibió de **manera directa** los hechos investigados, lo que resulta contrario a la exigencia contenida en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, que reza: “El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”.

Es cierto que **los declarantes no se encontraban en el lugar y a la hora en que tuvieron ocurrencia los acontecimientos**, sin embargo, cada uno de ellos narró lo que de **manera directa conocía**, por lo que en modo alguno se violentó la norma referida por el actor.

En efecto, AZJ declaró sobre aspectos generales del escrutinio electoral y cada una de sus fases, la composición y funciones de los jurados de votación, los claveros, la comisión escrutadora, el concepto de votos nulos, no marcados, el proceso de digitalización, entre otros temas. Y, OVG, en su condición de miembro de la subcomisión conformada por el Consejo Nacional Electoral para investigar las inconsistencias denunciadas por la víctima, se refirió a los hallazgos encontrados que dan cuenta de la alteración objetiva de los resultados electorales en los municipios de [...], [...] y [...].

Por otra parte, sus declaraciones fueron recibidas en el juicio oral, porque la juez de conocimiento en la audiencia preparatoria encontró que tales medios de convicción eran pertinentes, conducentes, útiles y necesarios, por lo que los falladores estaban obligados a valorarlas en conjunto con los demás medios de convicción, conforme lo dispone el artículo 381 de la Ley 906 de 2004».

DEMANDA DE CASACIÓN - Principio de corrección material: obligación de que corresponda a la realidad procesal || ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES - Modus operandi || COAUTORÍA - Demostración

«[...] el libelista asevera que el ad-quem analizó la responsabilidad de todos los procesados de manera colectiva y no individual, por lo que se desconoce el grado de participación y la responsabilidad de cada uno de los encartados en el delito por el que fueron condenados.

Tal afirmación resulta contraria al **principio de corrección material**, en virtud del cual las razones, los fundamentos y el contenido del

ataque deben corresponder en un todo con la verdad procesal. El Tribunal individualizó la responsabilidad de los procesados atendiendo el rol, por demás común, que cada uno de ellos desempeñaba, esto es, como miembros de las comisiones escrutadoras de los municipios de [...], [...] y [...]; dado que, en tal condición, alteraron los resultados de las votaciones y luego los consignaron en los formularios E-24, los cuales fueron por todos ellos suscritos, con el único fin de favorecer a un candidato en particular.

Finalmente, el recurrente sostiene que el juez colegiado, de manera equivocada, pretende “demostrar la coautoría bajo una supuesta división de trabajo entre quienes amañan a mano los formularios y quienes digitan la información electoral en digital...”, pese a que los digitadores no fueron vinculados al proceso penal.

Lo anterior no resulta conforme con la realidad procesal, pues, no es cierto que el Tribunal haya predicado la existencia de la coautoría entre los aquí procesados y los digitadores, sencillamente, porque estos últimos no estaban en posibilidad de modificar los formularios E-14.

Lo que encontró el Ad-quem es que los implicados [...] en su condición de miembros de las diferentes comisiones escrutadoras, **actuaron de manera mancomunada para favorecer a una candidatura en particular**. Para ello, **alteraron los resultados electorales** de la contienda llevada a cabo el 14 de marzo del 2010, y luego

los consignaron en los formularios E-24, logrando su propósito criminal conjunto, consistente en favorecer a los candidatos HP y JPM, para que salieran elegidos como congresistas de la república.

[...] No puede explicarse sino a través del fenómeno de la **coautoría**, que confluyan respecto de los comicios llevados a cabo el 14 de marzo de 2010, el mismo interés evidente e inocultable por favorecer a dos candidatos en particular, sumado a la similar calidad de los acusados, quienes en la misma fecha, y en su condición de miembros de las comisiones escrutadoras de los municipios de [...], [...] y [...], a través de un **modus operandi** sofisticado y común a todos, ejecutaran el ilícito.

En efecto, el **modus operandi** empleado da cuenta de la necesidad de adelantar **una preparación anterior**, que vinculase a los co procesados con una actuación concreta de modificar los formularios E-14 y E-24, implicando ello no solo el **actuar material conjunto, sino la voluntad conciente** dirigida por quien o quienes gobernaron el acto criminal.

Por todo lo expuesto, las falencias en las que incurrió el recurrente conducen a inadmitir el libelo, como previamente se anunció».

(Texto resaltado por la Relatoría)

IMPEDIMENTO

Haber dado opinión en segunda instancia sobre el acierto de una decisión judicial no imposibilita pronunciarse en proceso aparte sobre su legalidad

En el examen del impedimento propuesto por los integrantes de la Sala Penal de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, la Corte advirtió que el *haber dado opinión* en segunda instancia sobre el *acierto* de una específica determinación emitida por un Juez, no les imposibilitaba pronunciarse -en proceso aparte- respecto de su *legalidad*.

Así mismo, la Sala estimó oportuno recordar los supuestos de configuración del tipo de *prevaricato por acción*, recabando el criterio consistente en que requiere la existencia de arbitrariedad, capricho o ánimo de ejecutar un acto de corrupción.

AP3704-2018 (53152) del 29/08/18

M. P. José Francisco Acuña Vizcaya

ANTECEDENTES RELEVANTES

«El 16 de mayo de 2018, el Fiscal solicitó la preclusión de la investigación a favor de HRAL, Juez [...] Penal del Circuito Especializado [...], con fundamento en la causal 4° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por atipicidad del hecho investigado.

[...] Los Magistrados JAGG y JENL, mediante escrito de 9 de julio siguiente se declararon impedidos para conocer de ese asunto de acuerdo con lo indicado en el numeral 4° del artículo 56 ibídem.

Para tal efecto alegaron su intervención en la sentencia de 30 de marzo de 2017, —que revocó parcialmente la proferida por el funcionario investigado—, y en la cual emitieron una opinión contundente frente a la decisión tachada de prevaricadora.

[...] El 12 de julio de 2018, el último integrante de esa Sala de Decisión declaró infundado el impedimento. Lo anterior, dado que los magistrados «calificaron de forma genérica como equivocada la interpretación y alcance normativo del Juez [...] sobre los efectos del “Preacuerdo” en relación con la imputación fáctica y el reconocimiento de los subrogados, sin señalamientos directos sobre su manifiesta contrariedad con la ley o alguna muestra de arbitrariedad o capricho por parte del funcionario judicial, ni tampoco relación alguna frente a características de responsabilidad»; de manera que no comprometieron en absoluto su objetividad.

[...] Finalmente, se dispuso la remisión del proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPEDIMENTO - Magistrado: Haber dado opinión en segunda instancia sobre el acierto de una decisión judicial no imposibilita pronunciarse en proceso aparte sobre su legalidad || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Configuración:** requiere la existencia de arbitrariedad, capricho o ánimo de ejecutar acto de corrupción

«Exponen [...] que se encuentran impedidos para conocer de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía Primera Seccional dentro de la investigación que se sigue a HRAL por el delito de prevaricato por acción; con fundamento en lo

indicado en el numeral 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, cuyo tenor reza:

Artículo 56. Son causales de impedimento.

(...)

4. 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. (Subrayado fuera de texto).

«La declaración de impedimento al amparo de la causal invocada se configura cuando, por fuera de la actuación cuyo discernimiento se rechaza, se ha emitido una opinión con implicación en el criterio e imparcialidad del funcionario. [...]

[...]

En el caso concreto, **no se configura la causal de impedimento** opuesta dado que las manifestaciones efectuadas en la sentencia de segunda instancia de fecha 5 de abril de 2017, **no tienen relación con el objeto del pronunciamiento demandado** dentro del proceso seguido contra HRAL.

Basta advertir que al resolver el recurso de apelación los Magistrados se enfocaron en definir si, contrario a lo señalado en la sentencia de primera instancia, había lugar a otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena a los procesados tras ser condenados por el cargo de concierto para delinquir; mientras que la solicitud de preclusión por atipicidad les exige identificar si el juez de conocimiento, al negar ese subrogado penal, incurrió o no en un delito.

Si bien, una y otra función tienen como punto de partida el examen de la decisión cuestionada, su orientación difiere en gran medida pues en el primer escenario corresponde establecer su **acierto** y en el segundo se verifica su **legalidad**; como aspectos que no están inequívocamente vinculados entre sí.

De allí que la simple observación de un error en el criterio de aplicación o interpretación utilizado por el a quo en su decisión judicial y la necesidad de corregirlo, no anticipa o predispone necesariamente un análisis positivo respecto del elemento normativo del delito de **prevaricato por acción**, como es la evidente contrariedad de esta con la ley.

[...] Además, es preciso recordar que ese tipo penal no tiene configuración por la simple discrepancia entre lo decidido por el servidor

público y el ordenamiento jurídico sino que **demanda la existencia de arbitrariedad, capricho o ánimo de ejecutar un acto de corrupción**; aspectos sobre los cuales no existió alguna insinuación o examen.

Por esa razón, válidamente y sin incurrirse en contradicción alguna puede afirmarse que el comportamiento atribuido al investigado es atípico pese a que la decisión hubiere sido revocada; circunstancia de la cual se desprende que la opinión extraprocesal ofrecida por los Magistrados, además, no les resulta vinculante ni les compromete en algún sentido con la aceptación o rechazo de la solicitud de preclusión.

Por ello, dado que no existió un compromiso de los principios de objetividad e imparcialidad al momento de emitir esa decisión no es preciso separarlos del asunto.

Por lo anterior, el impedimento manifestado por los Magistrados JAGG y J ENL se **declarará infundado**, por lo que, como integrantes de la segunda Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior [...] deberán resolver la solicitud de preclusión elevada dentro de la actuación seguida en contra de HRAL por el delito de prevaricato por acción.»

(Texto resaltado por la Relatoría)

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

No necesariamente conlleva a un peculado por apropiación

Luego de un minucioso examen jurídico probatorio, la Sala decidió casar parcialmente la sentencia impugnada, al visualizar un falso juicio de existencia por omisión, en virtud del cual los falladores de instancia dieron por acreditada la configuración del delito de peculado por apropiación, sólo con la previa demostración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pese al carácter autónomo e independiente de cada conducta.

SP2705-2018 (51574) del 11/07/18

M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa

ANTECEDENTES RELEVANTES

«La crítica se remite específicamente al delito de peculado por apropiación, dado que, señala el casacionista, solo se recogieron pruebas suficientes para establecer la existencia y correspondiente responsabilidad penal en lo que toca con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

[...] Seguidamente, el recurrente transcribe apartados del fallo de segundo grado, para así demostrar cómo de manera automática se señaló cubierta la responsabilidad por el delito de peculado, a partir de definirse materializado el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin demostrar que entre ellos existe un nexo de causalidad material o jurídico.»

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - No necesariamente conlleva a un peculado por apropiación || PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS - Configuración: incumplimiento de lo pactado no implica por sí mismo la existencia del delito

«[...] los delitos de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales** y **peculado por apropiación** comportan una **naturaleza independiente y autónoma**.

Ello, para significar que, si bien, pueden concurrir en concurso heterogéneo o incluso en relación de medio a fin, de allí **no puede concluirse que la materialización del primero necesariamente conduzca al segundo, o que este último solo se explica en función del otro**.

Vale decir, si se advierte la ejecución objetiva y subjetiva de un delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no necesariamente ello implica** asumir interés subjetivo y actos objetivos dirigidos a afectar el patrimonio estatal, en cuanto, requisitos necesarios del **delito de peculado**.

Perfectamente, es necesario resaltar, el dolo puede ir dirigido, no a afectar patrimonialmente al ente oficial, sino apenas a que determinado contrato omita en lo sustancial las exigencias legales que lo signan, como judicialmente se tiene ampliamente documentado.

Ello, porque las sentencias ahora examinadas por la Corte en sede de casación parecen entender que basta con demostrar los elementos propios del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para de allí derivar consustancial la conducta punible de peculado, sin que se vea necesario, en ese cometido, demostrar los específicos tópicos que gobiernan esta última ilicitud.

En este sentido, los apartados destinados en ambas instancias para soportar por vía motivacional la por el punible de peculado por apropiación, bien poco aportan en lo dogmático, probatorio y argumental, pues, sin más, derivan la responsabilidad penal del hecho que el procesado hubiese signado, en calidad de alcalde municipal de [...], el contrato de compraventa de la motoniveladora y posterior orden de pago del anticipo por la suma de sesenta millones de pesos.

Tampoco la resolución de acusación ofreció un panorama claro sobre ese particular.

[...]

La Corte verifica cómo el denominador común de todas las decisiones citadas estriba en derivar automáticamente, a partir de comprobar que el contrato adoleció de amplias irregularidades, no discutidas aquí, la existencia del delito de peculado en favor de terceros y el tipo de responsabilidad dolosa que allí cabe al acusado, en cuanto alcalde municipal para el momento de firmarlo y ordenar el correspondiente desembolso.

No se discute, eso sí, que los dos primeros elementos reseñados por el A quo como propios del delito de peculado por apropiación se satisfacen adecuadamente, porque es claro que GOBG, efectivamente poseía la condición de

servidor público y, a la par, contaba con disponibilidad respecto de los recursos del presupuesto municipal, al punto que dio la correspondiente orden de pago del anticipo del contrato.

Sin embargo, ni la fiscalía, ni las dos instancias ordinarias señalaron los elementos objetivo y subjetivo trascendentes de la ilicitud, esto es, el acto de apropiación ilícita y el conocimiento y voluntad del acusado para materializarlo.

Para dicho efecto, se debe precisar, no basta con que se haya desembolsado el anticipo del dinero, pues ello precisamente hace parte del clausulado del contrato y jamás ha sido sustentado que el otorgar un anticipo se constituya en medio ilegal que por sí mismo torna objetiva la apropiación.

Se reitera, no se discute que efectivamente el contrato fue ilegal, pues, a fin de otorgarlo a determinada persona jurídica, se pasaron por alto mínimos presupuestos, entre ellos, para relacionar el más descollante, la necesidad de adelantar una licitación pública.

Allí, también se destaca, fue perfeccionado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en particular, porque toda la estructura de convocatoria y otorgamiento del mismo se dirigió a que como único postulante se presentara la cooperativa finalmente favorecida con el mismo.

Tanto la materialidad objetiva del delito en cuestión, como el dolo inserto en el mismo, informan de las maniobras que condujeron al otorgamiento del contrato, con conocimiento y voluntad del acusado.

Esa voluntad, empero, parece haberse agotado en la intención de que por la vía del incumplimiento de las exigencias legales fuese favorecido determinado contratista, sin que probatoriamente se hayan relacionado por la fiscalía o las instancias, los elementos de juicio que permitan verificar que el fin último iba dirigido a afectar el patrimonio del ente municipal.

Vale decir, si el espectro doloso se quería extender al punible de peculado por apropiación en favor de terceros, era indispensable señalar cómo se materializó el mismo y cuál era el conocimiento y voluntad insertos en la actuación del procesado.

Esto es, debió demostrarse que, en efecto, la suscripción del contrato ilegal apenas fungió

como medio efectivo en el cometido de hacerse ilegalmente a los dineros de la administración.

Ello, debe relevarse, no puede apenas basarse en la suscripción ilegal del contrato, como quiera que **no existe entre ambos delitos una relación de necesidad absoluta** que permita utilizar el silogismo del que se valieron las instancias ordinarias, construido bajo la forma: siempre que se presenta un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, consecencial se alza el punible de peculado por apropiación.

En el cometido de hallar dicho ligamen, los falladores apenas anotaron que el contrato no se cumplió dentro del lapso estipulado, o mejor, que dentro de los 15 días hábiles siguientes a su firma, con la entrega del anticipo de 60 millones de pesos, no se entregó la motoniveladora.

Huelga anotar que **el solo incumplimiento de lo pactado, o de otra manera, el retraso en la entrega de lo comprado, no implica por sí mismo la existencia del delito de peculado por apropiación en favor de terceros**, en lo que a sus ámbitos objetivo y subjetivo comporta.

Cuando más, el incumplimiento en cita podría representar un indicio de que lo buscado era obtener defraudar al municipio en la suma de sesenta millones de pesos.

No obstante, si las instancias hubiesen examinado, como lo pide ahora en el primer cargo de la demanda el casacionista, todos los elementos de juicio allegados al plenario, podría haber advertido que, cuando menos, al respecto se alza una duda bastante grande, como quiera que esas pruebas reportan la real adquisición de la máquina por parte del contratista, desde antes de celebrar el contrato, y su existencia material así como el ofrecimiento de entrega del aparato.

Además, los medios de conocimiento advierten que el acusado no estuvo en disponibilidad jurídica para hacer efectivo el cumplimiento, como quiera que tan pronto autorizó el desembolso del dinero fue nombrado su reemplazo en la alcaldía.

Respecto de lo primero, en la foliatura se reporta el contrato suscrito entre DCS y JNN -este último quien fungió como contratista con el municipio, en representación de la cooperativa [...]-, por virtud del cual la primera vendió al segundo, el 3 de mayo de 2002, una motoniveladora cuyas características se especifican allí.

El citado documento no ha sido controvertido y determina que efectivamente el contratista, independientemente de si la cooperativa tenía o no dentro de su razón social la venta de estos aparatos, argumento consignado para hacer ver la ilegalidad del contrato, efectivamente contaba con el elemento ofrecido en venta y, entonces, se hallaba en plena disponibilidad para honrar lo pactado.

[...]

Lo oportunamente practicado, sin embargo, permite establecer la cronología de lo sucedido a partir del otorgamiento del contrato, sin que se discuta que el acusado intervino en el desarrollo del mismo hasta el momento de autorizar el pago del anticipo de sesenta millones de pesos.

Ocurrido ello, fue desvinculado del cargo de alcalde municipal de [...], para el cual se posesionó desde el 26 de agosto de 2002 LMBV.

Afirmó esta en declaración jurada que tan pronto supo de la existencia del contrato y de las irregularidades que al parecer contenía, en cuyo sustento incluso obtuvo concepto de la gobernación de Santander, dio la orden al pagador para que no entregara el valor del anticipo de sesenta millones de pesos al contratista, pese a lo cual esa suma fue efectivamente pagada. Advirtió, así mismo, que prefirió mejor declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la póliza de seguros.

[...]

Pese a ello, el 9 de diciembre siguiente, la misma funcionaria envió oficio solicitando al contratista JNN, explicar por qué no había cubierto su obligación.

En respuesta, JNN, con fecha del 16 de diciembre de 2002, hizo llegar memorial solicitando a la alcaldesa llegar a un acuerdo conciliatorio al respecto.

Así mismo, en su declaración jurada la funcionaria sostiene que, en efecto, recibió varias llamadas telefónicas en las cuales se le pedía que recibiera el equipo.

Por último, ya en curso la investigación, se puso a órdenes de la Fiscalía el citado aparato, pero el ente instructor se negó a recibirlo señalando que dicha entrega carece de trascendencia respecto de la materialidad del delito.

El recuento que realiza la Corte permite verificar cómo, de un lado, sí poseía el vendedor,

previamente, el bien objeto de compraventa, e incluso estuvo siempre disponible para cubrir la obligación; y del otro, que no se tienen demostradas las razones por las cuales no fue entregado oportunamente, pues, de lo recogido probatoriamente cuando menos se colige que aún antes del pago del anticipo era del interés de la alcaldesa municipal -reemplazo del acusado-, abstenerse de ejecutarlo hasta tanto se verificase su legalidad, para después declararlo incumplido, pese a los llamados del contratista a fin de que recibiera el bien o conciliase las diferencias.

Eso es lo que, objetivamente, demuestran los muchos medios de prueba desatendidos en sus efectos probatorios por ambas instancias, en tanto, se reitera, **la definición penal en torno del delito de peculado por apropiación derivó casi automática -sin mayor análisis argumental o soporte probatorio conjunto- de la previa demostración de que se había materializado el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.»**

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión de la prueba || PRINCIPIO DE RAZÓN SUFICIENTE - Vulneración: al dar por probado lo que debió ser objeto de demostración || **FALSO**

RACIOCINIO - Configuración: desconocimiento de los principios de la lógica

«La motivación efectuada por ambas instancias ordinarias supone no solo la incursión en el yerro propuesto por el demandante, esto es, un **falso juicio de existencia por omisión**, sino la afectación de los mínimos de sindéresis discursiva que en materia de motivación exige la ley, incurriendo así en el **falso raciocinio que deriva de la violación de presupuestos lógicos atinentes al principio de razón suficiente** por la vía de la petición de principio, como quiera que **dio por probado lo que precisamente debió ser objeto de demostración**, a partir de concluir, como se anotó antes, que en todos los casos en que se demuestra responsabilidad penal por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, fatal deriva la ilicitud de peculado por apropiación.

[...]

Como, precisamente, los **elementos consustanciales a la conducta punible de peculado por apropiación, no fueron demostrados, se impone la absolución del acusado, para lo cual habrá de casarse parcialmente la sentencia atacada.»**

(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