



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA PENAL

Boletín Informativo
10 de Septiembre 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

**Auto. Rad. N° [34282](#) 02/09/2013 M.P.
FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO**

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA
PROVISIONAL DE:
COHECHO PROPIO A TRÁFICO DE INFLUENCIAS
E
INTERVINIENTE A DETERMINADOR DEL DELITO
DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE
CONTRATOS**

(CASO DEL CARRUSEL DE LA CONTRATACIÓN)

ANTECEDENTES RELEVANTES

El ex senador N.I.M.R. fue acusado por la Sala de Instrucción, por “*dos delitos de cohecho propio y dos delitos de interés indebido en la celebración de contratos, todos (...) en calidad de interviniente.*” Así mismo, por el delito de concusión.

Procedió la Sala de Casación Penal a variar la precitada calificación jurídica.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA
– Procedencia**

«Sobre los hechos presentados por el acusador, entendidos como el relato preciso de un actuar humano penalmente relevante, no hay duda alguna que es inalterable y, en principio, no cabe posibilidad de corrección ni modificación; así lo ha enseñado nuestra jurisprudencia de manera pacífica.

Sin embargo, igualmente se ha aceptado que cuando los reparos se encuentran en la calificación jurídica de dichos hechos por no acoplarse a la realidad fáctica que aflora debido a la presencia de prueba sobreviniente o por error en la calificación, es factible modificarla en razón de la autorización introducida en la codificación procesal penal del año 2000, a través del artículo 404.

(...)

Esta norma fue introducida para permitir la modificación de la calificación jurídica efectuada en la acusación, cuando se presente alguna de estas dos

situaciones:

1. Cuando por prueba sobreviniente cambie la realidad jurídica del proceso, y
2. Cuando se advierta que la calificación jurídica de la conducta efectuada por el ente acusador, no se corresponde con la realidad fáctica demostrada.

Sobre la primera hipótesis, es decir, cuando se soporta la variación de la calificación en prueba nueva, aducida, producida o incorporada luego de la resolución de acusación, no ha existido mayor discusión, pues el novedoso hallazgo probatorio justificaría y posibilitaría una nueva calificación.

Mientras que sobre la segunda, varias posiciones jurisprudenciales han existido en la última década y bastante se ha discutido sobre si el yerro en la adecuación típica puede provenir de la equivocada apreciación de la prueba existente al momento de la acusación (antecedente) o de la errada selección de la norma aplicable.

La tesis imperante en la actualidad es la adoptada por la Sala de Casación Penal en sentencia del 8 de noviembre de 2011 dentro del radicado 34.495, en la que se advierte que la variación de la calificación jurídica provisional es procedente aún sin mediar prueba sobreviniente, en los eventos en que se advierta un error en la imputación jurídica, el cual puede provenir de una errada selección normativa o del equivocado análisis de la prueba.

Aclarado lo anterior, el fallador cuenta con las siguientes opciones ante una calificación jurídica que considere errada:

- (i) el juez puede seguir adelante y dictar sentencia por un delito diferente al imputado en la resolución de acusación, siempre que sea menos gravoso y se respete el núcleo central de la imputación fáctica; y
- (ii) si la nueva calificación se considera más gravosa para la situación del procesado, es imperativo adelantar el trámite señalado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, haciendo explícita la variación que en criterio del juzgador debe hacerse a la calificación jurídica

efectuado en el llamamiento a juicio, procedimiento que torna compleja la acusación, en tanto dicha mutación se entiende incorporada a la misma.».

COHECHO PROPIO - Diferencia con el tráfico de influencias

«El delito de cohecho propio no se atribuyó directamente a (...) por razón de sus funciones, sino indirectamente se le trasladó la imputación que se le podría hacer a los funcionarios del IDU, en cuanto éstos sí tenían dentro de su rol la celebración de contratos de obras públicas, adecuación que se le hizo extensiva al ex Senador como coautor-interviniente, en razón de que el congresista no reunía las calidades especiales del sujeto activo consagradas por el legislador, según se consignó expresamente en la resolución de acusación.

(...)

Lo anterior no tendría glosa alguna por esta Sala de Juzgamiento si se partiera de que realmente el delito que se tipifica es el de cohecho, sin embargo los reparos a esta calificación comienzan por advertir que de aceptarse que (...) entra como interveniente en el delito de cohecho cometido por los servidores públicos del IDU, se estaría dejando a un lado el comportamiento antecedente y primigenio que precisamente vislumbró la Sala Instructora como origen del conocido “carrusel de la contratación”, cual fue el “arreglo”, “negociación”, o “pacto” al que llegaron los (...) con los hermanos (...) para que al grupo empresarial de aquellos se le asignaran contratos de obras públicas en Bogotá, y de sus anticipos poder extraer las comisiones acordadas para los compromisarios y las gratificaciones o pagos a quienes les prestaran su ayuda.

Queda entonces claro, dada la realidad fáctica antes detallada, extractada precisamente de la resolución de acusación, que unos fueron los compromisos que se celebraron entre los hermanos (...)y (...), y otros, muy distintos, los comportamientos de los servidores públicos del IDU que se prestaron para cumplir los propósitos que aquellos tenían.

Esto lleva a colegir que la labor de ayuda o colaboración a la que al parecer se comprometió el ex Senador (...) con los integrantes del grupo (...), no puede ser vista como participación o intervención en el delito de otro, sino que tiene todas las condiciones para ser vista con identidad propia e independencia, comportamiento que por especificidad y plena caracterización se adecua cabalmente al tipo penal de tráfico de influencias.

(...)

Conforme se explicó en la delimitación fáctica, si al acusado se le censuró el acuerdo, compromiso o

negociación celebrada con el grupo (...) con el propósito de lograr la asignación de la contratación relacionada con la malla vial de Bogotá, para lo cual jugó papel decisivo su condición de Senador, aunado a que era hermano del Alcalde de Bogotá, jefe máximo de la Administración Distrital de la cual hacían parte los funcionarios del IDU encargados de la contratación, resulta claro que el elemento normativo preponderante es la influencia ejercida.

(...)

Corolario de lo anterior, en lo que respecta al ex Senador (...), se estructura la hipótesis típica del delito de tráfico de influencias, lo que subsume todos los comportamientos que lleven implícito el ejercicio de esa indebida preponderancia, pues como se advirtió el delito se consuma en ese mismo instante. Esto no descarta la eventual existencia de comportamientos delictivos a partir de ese momento, bien sea conductas del acusado o de los servidores públicos del IDU y cuya adecuación típica y responsabilidad debe ser estudiada en cada caso particular, como por ejemplo, peculado, prevaricato, enriquecimiento ilícito, violación al régimen de contratación, etc.».

INTERVINIENTE - Diferencia con el determinador

«Descartada la posibilidad de que concurra la autoría y coautoría ante una situación fáctica como la presentada frente al acusado y atendiendo a que la jurisprudencia de esta Corporación solamente reconoce la condición de interveniente al coautor, resulta lógico concluir que esa figura -la del interveniente- no se ajusta a la participación de (...) en este caso. Pero no es solamente esta conclusión la que lleva a la Sala a variar la calificación frente al grado de participación, sino en razón a que realmente se está ante la figura del determinador.

Las razones son las siguientes:

El rol en el que la Sala de Instrucción ubicó al acusado (...), con relación a la injerencia sobre la contratación de obras públicas en Bogotá, siendo fiel a las consideraciones del acusador, corresponde a la de ser gestor de la actividad delictiva dirigida a acceder al dinero de la contratación, para lo cual resultaba necesaria la adjudicación de los contratos de obra al grupo (...). Ello se dejó claro en los referentes fácticos detallados en precedencia.

(...)

Cabe recordar que la participación del ex Senador a este respecto, se concretó en la acusación de la siguiente manera:

“La contribución funcional del Senador (...) fue comprometerse con (...) a través de (...) a adjudicar los

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

contratos a cambio de las gratificaciones, desempeñando un papel de liderazgo en el grupo copartícipe de los hechos, reuniendo a las personas con quienes podrían llegar a dicho acuerdo y estaban dispuestos a pagar las coimas. Su condición de Senador y actuando al parecer en consuno con su hermano el Alcalde Mayor de Bogotá y con funcionarios del más alto nivel del IDU, le permitió controlar el proceso licitatorio y obtener el resultado prometido.”

Este recuento fáctico sirve para concluir que el ex Senador no podía intervenir directamente en la comisión de este delito, es decir, como autor o coautor, dado que no tenía atribuciones legales para adjudicar los contratos 071 y 072 de 2008, es decir, no tenía la posibilidad material ni jurídica de interesarse indebidamente por la contratación en los términos que el legislador exige en el artículo 409 del Código Penal, por lo que debió hacerlo a través de los funcionarios del IDU, a quienes utilizó para cumplir con los compromisos adquiridos con el grupo (...), a lo cual se prestaron dichos funcionarios debido a la gratificación o recompensa que recibirían.

Quiere decir lo anterior, que el interés indebido en la contratación no surgió por iniciativa de esos servidores públicos del IDU, pues sin la presunta componenda entre el ex Senador y su hermano el Alcalde de Bogotá con (...), no habría nacido en aquellos la idea criminal, la cual se generó por la promesa de pago de una comisión si se llegaba a adjudicar contratos.

Y es precisamente por la presunta dádiva prometida, tal como se consigna en la acusación, que los funcionarios del IDU habrían procedido a las maniobras encaminadas a la adjudicación interesada de los contratos, circunstancia que permitiría revelar un específico influjo del entonces Senador de la República, con la suficiente entidad para que los funcionarios del IDU se hubieran interesado indebidamente en la contratación para la rehabilitación de la malla vial de Bogotá y que finalmente se concretó en los contratos 071 y 072 de 2008, es decir, un precio o promesa remuneratoria.

Estos elementos llevan a concluir que frente al ex Senador, el grado de participación es el de determinante del delito de interés indebido en la celebración de contratos, hecho delictivo en el que, como se ha reseñado, influyó decididamente sobre quienes tenían la posibilidad de interesarse en la contratación.».

DECISIÓN:

Variar la calificación jurídica

Auto. Rad. N° 41719 28/08/2013 M.P.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LEY DE JUSTICIA Y PAZ: CUANDO MEDIANTE INCIDENTE DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR SE ALEGA EL RECONOCIMIENTO DE UN MEJOR DERECHO DERIVADO DE LA CONDICIÓN DE TERCERO ADQUIRIENTE DE BUENA FE EXENTA DE CULPA HABRÁ DE ACUDIRSE A LOS ASPECTOS GENERALES QUE REGULAN ESTA FIGURA

ANTECEDENTES RELEVANTES

El apoderado de la señora M. R. S. y la fiscalía interpusieron recurso de apelación contra la providencia dictada por el Magistrado con funciones de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz, mediante la cual negó el levantamiento de las medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo impuesto sobre un bien inmueble entregado por el aquí postulado con propósitos de reparación, al tiempo que se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares impuestas sobre unos títulos de depósito judicial.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas cautelares: Incidente de levantamiento, terceros de buena fe, presupuestos

«Si el objeto del trámite incidental se dirige a demostrar que en relación con el bien ofrecido por el postulado y respecto del cual se ha decretado una medida cautelar, el tercero tiene un mejor derecho que no puede verse afectado, el análisis de esa situación se ha de verificar en el contexto de lo que se alega.

Por lo tanto, si lo que se busca es el reconocimiento de un mejor derecho derivado de la condición de tercero adquirente de buena fe exenta de culpa, ciertamente habrá de acudirse a los aspectos generales que regulan esta figura, a los cuales se ha referido la Sala en otras oportunidades, destacándose aquí las siguientes particularidades.

La presunción de buena fe no es absoluta, pues aunque el artículo 83 de la Constitución Política establece que ella se presume en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, es lo cierto que tiene algunas excepciones, como en las situaciones jurídicas que demandan la acreditación de que determinada acción se ajustó o se desarrolló con buena fe exenta de culpa, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-963 del 1° de diciembre de 1999.

(...)

La Corte Constitucional sostiene que existen dos tipos

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

de buena fe, a saber: (i) la simple, exigida normalmente a las personas en todas sus actuaciones, es la que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad; y (ii) la cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa, que es la que tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o una situación que realmente no existía.

Sobre esa buena fe cualificada, la misma Alta Corporación precisó que tiene dos elementos: uno objetivo, referente a la conciencia de obrar con lealtad, y otro subjetivo, el cual exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual demanda averiguaciones adicionales que comprueban tal situación.

Ello, para concluir que la buena fe creadora de derecho es la que tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita, evento en el cual el tercero adquirente debe ser protegido, si demuestra haber obrado con buena fe exenta de culpa.

(...)

En tales condiciones, como el artículo 17C de la Ley 975 de 2005, se refiere a los derechos de terceros “que se consideren de buena fe exenta de culpa”, en orden a resolver una pretensión de esa naturaleza, habrá que acudir a tales parámetros jurisprudenciales, en orden a valorar la posición del tercero frente a los bienes cautelados.».

DECISIÓN:

Confirma parcialmente

**Auto. Rad. N° 41672 21/08/2013 M.P.
JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: EL PAGO DE
COMPENSACIONES SÓLO PODRÁ SER ORDENADA
AL OPOSITOR QUE HAYA PROBADO SU BUENA FE
EXENTA DE CULPA**

ANTECEDENTES RELEVANTES

El desmovilizado G.M.A en su versión libre confesó, que despojó a A.O.V de dos inmuebles que ordenó transferir a nombre de uno de sus colaboradores; por esta situación, la fiscalía solicitó restitución de los predios a favor de la víctima. Dentro de este trámite se hicieron parte en condición de terceros afectados de buena fe los actuales propietarios y el Banco (...) que figura como acreedor hipotecario de estos últimos.

El trámite incidental concluyó, entre otras, no ordenar el pago de compensaciones y mejoras a favor de quienes

intervinieron en calidad de terceros; decisión sobre la cual se pronuncia la Sala.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

LEY 1448 DE 2011 - Pago de compensaciones: Terceros de buena fe, presupuestos

«La compensación sólo podrá ser ordenada al opositor que haya probado su buena fe exenta de culpa, dentro del proceso.

(...)

La Sala encuentra que si a (...) y (...) se les había negado la calidad de terceros de buena fe exenta de culpa, no había sustento para ordenar en su favor la compensación reclamada.

(...)

Frente al (...) fue similar la conclusión del a quo en relación con negarle la calidad de tercero de buena fe exento de culpa, y por tanto la compensación.

(...)

Precisamente, en cumplimiento del derecho al retorno de las personas que como la señora (...), fueron desplazadas de sus fundos en las condiciones que ella vivió -forzadas a firmar la tradición de sus bienes dando apariencia de legalidad a una extorsión con amenaza de muerte, tanto de ella como de su familia-, es que tiene sentido la exigencia de la buena fe exenta de culpa a quienes realicen transacciones sobre tales inmuebles; y, en consecuencia, la mera inoponibilidad derivada de la inscripción en el registro público inmobiliario comienza a no ser suficiente, puesto que se exige a las entidades crediticias y a los terceros que realizan transacciones sobre los bienes, extremar sus cautelas a fin de confirmar, en la medida de lo posible, que ninguno de las tradiciones registradas en el folio de matrícula inmobiliaria fue producto de la fuerza intimidatoria de grupos ilegales al margen de la ley.

En suma, el Banco (...), no ofreció argumentos suficientes para acreditar que extremó sus precauciones de cara a evitar que con su intervención prestataria se legalizaran o se distrajeran bienes adquiridos a partir de la ventaja humillante que otorgaba la condición de violento de algunos de los que aparecían en la cadena de tradiciones del inmueble en cuestión.».

DECISIÓN:

Revoca

**Auto. Rad. 40093 15/08/13 MP. Dr. GUSTAVO
ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**S.P.A. REITERA LA SALA QUE EL JUEZ PUEDE
EMITIR DECISIÓN POR UN DELITO DIFERENTE AL**

**DE LA ACUSACIÓN SIN QUE MEDIE PETICIÓN
EXPRESA DE LA FISCALÍA SIEMPRE QUE SE TRATE
DE OTRO DELITO DEL MISMO GÉNERO Y DE
MENOR ENTIDAD**

ANTECEDENTES

ARS fue condenado por homicidio agravado en grado de tentativa. Acudió en sede de revisión alegando la causal séptima de la ley 906 de 2004 consistente en cambio jurisprudencial favorable.

Cita la sentencia 38256 del 21 de marzo de 2012 la cual, afirma, “*superpone el nicho citacional de la sentencia que sirvió de base para la decisión de condena, esto es, la dictada el 8 de junio de 2011, radicado No. 34022 y de la sentencia de la Corte Constitucional C – 025 de 2010*”. Lo anterior, para decir que con dicha decisión y la sentencia 37596 del 7 de diciembre de 2011, se vuelve a un criterio jurisprudencial anterior en el que para la variación de la calificación en casos de ley 906 de 2004, se requiere la solicitud expresa de la Fiscalía.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Variación de la calificación jurídica / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: Imputación fáctica y jurídica de los cargos: excepción

«El accionante arguye que la Sala de Casación Penal varió su postura en relación con los condicionamientos requeridos para que el juez pueda variar, en la sentencia, la calificación jurídica de la conducta por la cual la Fiscalía acusa y solicita condena.

(...)

El punto en discusión, según la demanda, estriba en el primer requisito, pues de acuerdo con el recorrido jurisprudencial que se trae en la misma, la Sala ha variado su criterio entre la exigencia y no exigencia de la petición expresa de la Fiscalía, aspecto que, dice el revisionista, finalmente definió en el auto del 21 de marzo de 2012, radicado No. 38.256, en la que se volvió al criterio recogido, que advierte la necesidad de que la Fiscalía solicite de manera expresa que el juez se aparte de la imputación jurídica formulada en la acusación, para viabilizar su cambio, siempre, claro está, se den los restantes condicionamientos.

(...)

El hecho de que en esta ocasión la Sala haya comentado un criterio que, como lo acepta el mismo demandante, expresamente recogió en la sentencia de casación del 16

de marzo de 2011, radicado No. 32.685, en la que retomando otros antecedentes, dijo:

“Si bien en el precedente citado por el defensor de (...) (3), la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado...” (se ha destacado).

Oportunidad en la cual reiteró la Sala que en relación con la imputación fáctica, los jueces de instancia, bajo ningún pretexto, se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 de la Ley 906 de 2004; pero tratándose de la imputación jurídica, esa posibilidad se viabiliza siempre que “se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad”, degradación que opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación.

En el precedente citado por el censor como base de su pretensión revisora, nunca se hizo una manifestación expresa sobre la voluntad de recoger el criterio que a partir de la sentencia casación del 16 de marzo de 2011 se viene ratificando pacíficamente, al punto que ni siquiera se reflexionó con mayor profundidad sobre el requisito específico aquí alegado, por lo que puede afirmarse que dicho precedente apenas contiene un comentario aislado de un antecedente que, en punto de la exigencia de solicitud expresa de la Fiscalía para proceder al cambio de la calificación jurídica en la sentencia, ya no tenía vigencia alguna, como no lo tiene en la fecha.».

DECISIÓN

Rechaza