



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Septiembre 17 de 2019 n.º 16

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

CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA

Su ámbito de aplicación no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación

Al desatar el conflicto de competencias planteado entre la *Comisión de Ética del Congreso de la República* y la *Procuraduría General de la Nación*, la Corporación estimó oportuno señalar que el *Código de Ética y Disciplinario del Congresista* no estableció ningún fuero especial en esta materia, que los sustraiga de la posibilidad de ser investigados disciplinariamente por parte del *Ministerio Público*. De esta manera, recordó que cuando la *Procuraduría* ejerce el *poder disciplinario preferente*, como prerrogativa constitucional que le asiste, no le es posible a la *Comisión de Ética y Estatuto del Congresista* proponer una *colisión positiva*, pues el efecto de tal decisión es su desplazamiento de la atribución para conocer del asunto. Consecuentemente y para evitar dilación del trámite, dispuso el envío de la actuación al ente de control.

AP3622-2019 (55939) del 27/08/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Poder disciplinario preferente: en procesos adelantados contra congresistas || **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE CONGRESISTAS - Conflicto de competencias:** inexistencia del conflicto positivo, cuando la Procuraduría ejerce el poder disciplinario preferente

«A partir de los planteamientos esbozados por la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Congreso de la República se observa que ambas autoridades se atribuyen la competencia para conocer de la acción disciplinaria que se tramita en contra del senador GBM.

[...] En ese contexto, **refulge de manera indubitable para la Sala que** en el caso objeto de estudio, sin importar si la conducta se enmarca en los postulados de la Ley 1828 de 2017, **la Procuraduría General de la Nación está ejerciendo su potestad disciplinaria preferente y prevalente de que trata el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Política**, sobre “*quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular*”, prerrogativa **que conlleva el correlativo desplazamiento funcional de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista en el conocimiento del asunto que se sigue contra el congresista GBM**, y por tanto, se torna inocuo cualquier tipo de pronunciamiento que se realice sobre la adecuación del hecho frente a los actos sancionables de la ley en comento.

[...] en el presente trámite **no existe**, ni siquiera, **conflicto positivo de competencias, pues cuando la Procuraduría General de la Nación ejerce la potestad disciplinaria preferente en asuntos dirigidos contra congresistas, el principal efecto jurídico de ello es desplazar al funcionario público que adelanta el control interno**, a fin que se abstenga de dar inicio a la investigación disciplinaria a que haya lugar o suspenda la que se encuentre en curso, para luego remitir el expediente al Ministerio Público».

CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación (Ley 1828 de 2017) || **CÓDIGO DE ÉTICA Y**

DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación: no implica la creación de un fuero especial en materia disciplinaria para los congresistas (Ley 1828 de 2017) || **CÓDIGO DE ÉTICA Y DISCIPLINARIO DEL CONGRESISTA - Ámbito de aplicación:** no excluye el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación || **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Poder disciplinario preferente:** en procesos adelantados contra congresistas, constituye una prerrogativa conferida por la constitución || **LEY - Interpretación:** criterios, gramatical || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE CONGRESISTAS - Conflicto de competencias:** la Ley 1828 de 2017 se refiere únicamente a los conflictos negativos || **PROCESO ÉTICO DISCIPLINARIO DE CONGRESISTAS - Conflicto de competencias:** la Sala asigna la competencia a la Procuraduría General de la Nación

«Ahora, conviene traer a colación el artículo 3º ibídem, el cual dicta:

ARTÍCULO 3º.Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.

Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código.

La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan. (Se resalta).

Al respecto, **precisa la Corte que**, si bien dicho precepto jurídico consagra la competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar la acción disciplinaria respecto de los actos no previstos en dicho cuerpo normativo, **de allí no se desprende la creación de un**

fuero especial en materia disciplinaria para los congresistas, que excluya el ejercicio del poder preferente otorgado al Ministerio Público, si se observa que el artículo 266 de la Ley 5ª de 1992 señala que “*En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 118 y 277 numeral 6, constitucional, el Procurador General de la Nación podrá ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de los Senadores y Representantes.*”.

Sumado a que **la prerrogativa en comento ha sido conferida a la Procuraduría por mandato expreso de la Constitución Política**, reformable, como se sabe, únicamente por el Congreso, mediante acto legislativo, Asamblea Constituyente o por el pueblo, a través de referendo, según el artículo 374 del mismo cuerpo normativo.

En ese contexto jurídico, a criterio de la Sala, la intelección gramatical que propone el Ministerio Público, consistente en que **el artículo 23 de la Ley 1828 de 2017 se refiere a los conflictos negativos de competencia que se susciten con la Comisión de Ética y Conducta del Congreso -mas no a los positivos**, porque en ellos prevalece el ejercicio preferente del poder disciplinario (núm. 6º, art. 277 C.P.)- en manera alguna puede ser considerada como desconocedora de garantías fundamentales de las partes e intervinientes dentro del proceso disciplinario que se adelanta en contra de los congresistas, antes bien, sistemáticamente resulta armónica y coherente con la Carta Política

En esas condiciones fácticas y jurídicas, **al estar en ejercicio el poder de vigilancia disciplinaria superior, jurídicamente no puede suscitarse conflicto positivo de competencia entre los organismos públicos mencionados**, razón por la cual, resulta improcedente dar curso al trámite incidental propuesto.

No obstante lo expuesto, **en aras de evitar la dilación en el trámite de la acción disciplinaria** que se adelanta contra el senado GBM y salvaguardar su derecho fundamental al debido proceso, **la Corte asignará la competencia a la Procuraduría General de la Nación**, de conformidad con la competencia preferencial asignada por la Carta Política».

(Textos resaltados por la Relatoría)

FACULTAD DE PRESCINDIR DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

Examen que debe efectuar el juzgador

Al superar los defectos de la demanda casacional, en aras de garantizar el principio de *doble conformidad*, la Sala encontró fundamental referirse a la facultad legal que asiste al juzgador de *prescindir de la imposición de la pena*, en casos concretos de delitos culposos o con sanciones no privativas de la libertad. Con tal propósito, analizó los requisitos de procedibilidad de esta potestad reglada, así como los parámetros doctrinales y legales que la fundamentan, refiriéndose de manera puntual al *examen* que corresponde efectuar al juez cuando deba dilucidar la posibilidad de acudir a la denominada *pena natural*. Por modo que, en el caso concreto y de cara al *principio de necesidad*, encontró razonable *prescindir de la imposición de la pena* privativa de la libertad impuesta por el Tribunal frente al delito de *Homicidio Culposo*, atribuido al conductor de una motocicleta respecto de su compañera permanente, por lo que casó parcialmente el fallo recurrido.

SP3070-2019 (52750) del 06/08/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación: frente a la condena emitida por primera vez en segunda instancia la Sala examinará los cargos y, oficiosamente, si es del caso, verificará si es conforme a derecho || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** aplicación, solo frente a los delitos culposos o con pena no privativa de la libertad || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** grado de parentesco o afinidad requerido || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** aplica luego de superarse el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** requisitos || **PENA - Facultad de Prescindir de su imposición:** evolución legislativa || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** debe atender el principio de necesidad || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** examen que debe efectuar el juzgador

«La posibilidad de prescindir de la pena en el caso concreto

Aunque el tema no fue propuesto por el defensor en la demanda ni a lo largo de la actuación penal, **la Sala**, por estarse ante un delito culposo, considera necesario examinar si hay lugar a aplicar el segundo inciso del artículo 34 de la Ley 599 de 2000, según el cual:

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, **se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.**

Revisados los **antecedentes legislativos** de la Ley 599, se verifica que esa disposición no hizo parte del proyecto inicial presentado por el entonces Fiscal General de la Nación, sino que se introdujo en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República, dentro del pliego de modificaciones a lo aprobado en la Comisión Primera Constitucional de esa célula legislativa - en esa ocasión se hizo referencia genérica a “familiares cercanos”-. La justificación para incluirlo fue:

La vida práctica enseña casos donde el autor del delito, por consecuencia de su ejecución, sufre él o sus familiares cercanos las consecuencias del mismo, en tal forma que proceder a la imposición de una pena implicaría el desconocimiento del principio de necesidad. Podría decirse que en el auto-daño causado se encuentra la retribución y sus consecuencias no justifican la prevención especial o general. (Subraya la Sala).

El inciso se conservó en el proyecto discutido en la Cámara de Representantes, aunque en la ponencia para primer debate, además de unos correctivos de forma, se precisó el **grado de parentesco o afinidad requerido**. En los fundamentos expuestos por los ponentes, se acotó:

En esencia se mantiene el texto propuesto; sin embargo, se le hacen unos correctivos de forma y se indica que el grado de parentesco o afinidad requerido en el inciso 2°, es el mismo que se observa para agravar las figuras de homicidio y lesiones personales, a efectos de zanjar disputas estériles sobre esta materia e introducir la inseguridad jurídica con tal saludable institución. Naturalmente, la posibilidad de prescindir de pena en estos casos es una importante

consagración que debe ser mantenida, máxime que responde a los principios de necesidad de intervención y de proporcionalidad consagrados expresamente en el art. 3 del Proyecto".

De lo expuesto se extrae lo siguiente:

El artículo 34 aplica luego de superarse el juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y refiere, sin distinguir, a todas las sanciones penales dispuestas en el Código sustantivo.

La facultad que el legislador decidió otorgarle al juez para prescindir de la imposición de la pena es reglada. Solo tiene lugar cuando el delito por el que se proceda sea culposo o esté sancionado con pena no privativa de libertad; y, siempre que las consecuencias de la conducta punible hayan recaído únicamente en: (i) el autor; (ii) sus descendientes, (iii) su cónyuge, (iv) su compañero o compañera permanente, (v) sus hermanos, adoptante o adoptivo, o (vi) sus parientes hasta el segundo grado de afinidad.

Esa dispensa debe atender, primordialmente, **el principio de necesidad**, en la medida que solamente habrá lugar a exonerar al procesado de la imposición de la pena cuando ésta no resulte necesaria, dependiendo las particularidades del caso en estudio.

Por consiguiente, **corresponde al juzgador, inicialmente, examinar la modalidad de la conducta punible** -para verificar si es culposa-, **o la clase de pena dispuesta para ella** -para constatar que no sea aflictiva de la libertad-.

En seguida, habrá de analizar detenidamente el caso, en orden a determinar el alcance de las consecuencias -que pueden ser corporales o económicas en tanto el legislador no hizo diferenciación alguna-, generadas con el delito -si impactó al autor o a alguna de las personas enlistadas en la norma-.

Agotado satisfactoriamente el ejercicio precedente, **es indefectible que reflexione sobre la necesidad de la imposición de la sanción penal, para lo cual tiene la carga de considerar si con ella se cumplirían o no sus fines».**

PENA - Ius puniendi: limitantes || **PENA - Principios** || **PENA - Principio de necesidad** || **PENA - Pena natural:** concepto || **PENA - Pena natural:** diferente de la pena forensis || **PENA - Pena natural:** implica aflicción corporal o

económica del autor || **PENA - Facultad de prescindir de su imposición:** procedencia || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **PENA - Funciones:** prevención general y especial || **CASACIÓN OFICIOSA - Procedencia** || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca parcialmente

«[...] en un Estado social y democrático de derecho, **el ejercicio del ius puniendi tiene limitantes**. Con ese norte, el Código Penal (Ley 599 de 2000) establece, en el artículo 3°, que **la imposición de la pena** -también la medida de seguridad- **responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad**, lo que deberá aplicarse **en armonía con** el 4° ibidem, precepto éste que, dentro de **las funciones de la pena**, enuncia la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado.

No obstante, **el principio de necesidad**, determinante en el asunto que ahora es objeto de estudio por la Sala, debe entenderse, como así lo dispone el segundo inciso del citado artículo 3°, «en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan».

De ese precepto se derivan dos presupuestos en torno a la necesidad de la pena. Por un lado, que **su análisis judicial debe responder al cumplimiento de su fines de prevención, general y especial**; y, por otro, que no podrá acudir a ella sino en los eventos en los que el mismo legislador la haya previsto, como sería en los cánones: 61 -inciso tercero-, del Código Penal (como fundamento para su individualización; 63 -numeral 2°- ibidem (tratándose de la suspensión de la ejecución de la pena), y el 34 idem (el que ocupa la atención de este fallo).

Ahora bien, de los antecedentes legislativos relacionados anteriormente, se colige que, para los congresistas, en el auto-daño causado por el propio delito al autor, se verifica la finalidad retributiva de la pena, y **las consecuencias del mismo en el caso concreto hacen que la prevención, especial y general, se torne superflua o inútil**.

Podría afirmarse, entonces, que el legislador tuvo en cuenta lo que en la doctrina se ha llamado **poena naturalis, en contraposición a la poena forensis**. Mientras la última se

concreta en la sanción legal impuesta por el Estado a través de la autoridad judicial, aquella representa un mal físico o moral que por la imprudencia o caso fortuito padece el autor del delito como consecuencia directa de éste. Así, esa afección o dolor, hace que la sanción legal resulte innecesaria. La **pena natural** encuentra fundamento tanto en la compensación de la culpabilidad, como en razones de dignidad humana.

En los términos de JACOBKS, «*un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la poena forensis que le corresponda*».

Así, **la aflicción -corporal o económica-**, padecida por el autor, en razón del delito, **resulta de especial relevancia al momento de considerar la imposición de la sanción legal**, por cuanto sería desmesurado que, además de ese dolor, se asignara el cumplimiento de una pena adicional. La pena, entonces, sería innecesaria, no solo desde el punto de vista de la prevención especial, sino de la prevención general, y, dadas las particularidades del caso, no supondría la derogación del orden jurídico vigente.

Cabe traer a colación que el Código Penal alemán prevé una potestad judicial semejante a la del artículo 34 en comentario:

Exclusión de pena. El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año.

Al explicar esa exención, JESCHECK, sostiene que las consecuencias del hecho pueden ser de naturaleza corporal o económica y basta con que «*alcancen al reo de un modo indirecto, siempre que sean graves, incluso aunque las consecuencias directas alcancen a un pariente o alguna persona próxima a él, siempre que en este caso suponga un grave daño también para el reo*». Para el autor, esa dispensa no se justifica «*por la falta de merecimiento de la pena, sino por falta de necesidad de pena*», en tanto el sujeto agente de la conducta punible «*se ha castigado a sí mismo con las graves consecuencias de su delito que le han alcanzado ("poena naturalis")*» y, por ende, ninguna de las razones reconocidas para la imposición de la pena -compensación del

injusto y de la culpabilidad, prevención general y especial- «*hacen necesaria en este caso una sanción penal que vaya más allá de las consecuencias producidas*».

Descendiendo al caso concreto, **la Sala encuentra cumplidas las exigencias del canon 34 de la Ley 599 de 2000 para prescindir**, por lo menos, **de una de las sanciones penales impuestas** a PB. Estas son las razones.

En primer término, **el delito por el cual se le procesó y condenó es culposos**.

En segundo lugar, si bien el juicio oral no giró en torno a demostrar el grado de parentesco o afinidad que pudiera existir entre el acusado y SCMM, lo cierto es que la Fiscalía se refirió a SC como su pareja sentimental; y, aunque en el escrito de acusación y en su formulación relacionó, como una de las víctimas, a WJBV, quien indicó era el esposo de aquella, se tiene que, cuando WJ hizo su presentación en la audiencia del juicio, adujo estar divorciado: «*yo era el esposo de Sandra [...] estábamos divorciados ya*».

Aunque ninguno de los testigos llevados por la Fiscalía hizo mención a la existencia o no de una unión marital de hecho entre SCMM y el inculcado, éste, que renunció a su derecho de guardar silencio, declaró -con ocasión de las preguntas complementarias que sobre ese puntual aspecto formuló el Juez de conocimiento-, que: eran pareja, sin hijos en común y llevaban viviendo juntos como siete años; así mismo, ante la interrogación del juzgador de si SC «*¿era divorciada, separada de esa otra persona, del papá de los hijos?*», PB respondió que era una relación intermitente, pues se separaban, volvían, pero no compartían matrimonialmente; y, luego, indicó que esa situación de intermitencia «*se dio mientras [él] vivía con ella*».

[...] Lo anterior deja entrever que tenían una relación, aunque no es posible afirmar, en grado de certeza, que fuesen **compañeros permanentes**, sin embargo, **en aplicación del principio in dubio pro reo**, para los efectos de esta sentencia, que abarca el campo meramente penal, **se entenderá la existencia de esa relación**, máxime cuando ella no fue desvirtuada por la Fiscalía General de la Nación ni por las víctimas -citadas por esa parte- que acudieron al proceso.

En tercer lugar, **en lo que atañe a la necesidad de la pena, atendiendo los fines de prevención general y especial, basta decir**, de cara a la relación reconocida por la Sala en párrafo anterior, **que es posible presumir que la pérdida de ese ser querido, como consecuencia del actuar imprudente del acusado, causó en él una afectación personal**, que no se desvirtuó en el juicio, y **que ella misma hace innecesaria la pena privativa de la libertad**.

Como corolario de lo anterior, **se casará oficiosa y parcialmente la sentencia recurrida**, en el sentido de revocar parcialmente el numeral segundo de su parte resolutive, pero solo **en cuanto impuso al acusado la pena de prisión, para, en su lugar, prescindir de la imposición de ella**, por las razones expuestas en este proveído».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PECULADO POR APROPIACIÓN

Se configura entre entidades públicas, cuando las sumas o bienes recibidos por el contratista no se destinan a su objeto social, sino al beneficio patrimonial de terceros

Al decidir no casar el fallo condenatorio impugnado, la Sala advirtió la necesidad de referirse a los delitos de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación*, para precisar, entre otros aspectos, que el último de los comportamientos sí puede configurarse en *contratos interestatales*, cuando las sumas o bienes recibidos por el contratista no son destinadas a su *objeto social* sino al *beneficio patrimonial* de terceras personas, todo, mediante el despliegue de actos de corrupción, en los que se utiliza irregularmente la modalidad de *contratación directa* y la figura de *intermediación*.

SP2653-2019 (53479) del 17/07/19

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Cooperativas y asociaciones territoriales: contratación directa, no surge del capricho, interés particular o discrecionalidad del contratante || **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Cooperativas y asociaciones territoriales:** contratación directa, el contratante debe verificar que la

entidad seleccionada para prestar el servicio, actúa de manera directa y no como intermediaria || **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Configuración:** a través de un acto corrupto || **PECULADO POR APROPIACIÓN - No se configura:** entre entidades públicas, al ser atípico por no ser predicable detrimento entre organismos estatales || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos:** el tercero al que se refiere la norma debe entenderse un particular || **COOPERATIVAS Y ASOCIACIONES TERRITORIALES - Naturaleza:** Ostentan la condición pública, como instituciones oficiales || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Se configura:** entre entidades públicas, cuando las sumas o bienes recibidos por el contratista no se destinan a su objeto social, sino al beneficio patrimonial de terceros || **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES - Concurso con peculado por apropiación || PECULADO POR APROPIACIÓN - Cuantía || PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único:** no se puede hacer más gravosa su situación

«Lo anotado en líneas anteriores respecto del delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, sirve de soporte suficiente para desestimar el segundo cargo propuesto por el demandante en casación.

En efecto, el demandante busca entronizar, como soporte de la ausencia de detrimento patrimonial, la facultad que supuestamente poseía el burgomaestre local de acudir al

mecanismo de **contratación directa**, que estima completamente legal en el caso concreto.

Como se anotó ya, **no es discrecional del alcalde municipal acudir a este mecanismo**, pues, **debe verificar previamente que a través del mismo no opere una simple intermediación**; pero, además, está sujeto a normas específicas que le obligan a otorgar condiciones de igualdad y evitar desmedro patrimonial.

De esta manera, nunca en el cargo el recurrente explicó en qué consiste la omisión probatoria que atribuye al Tribunal, pues, finalmente, la controversia se limita a buscar desestimar las razones que llevaron a ambas instancias a verificar no solo el desconocimiento de mínimos legales en el trámite presupuestal, sino el efectivo detrimento patrimonial que ello aparejó.

La Corte tiene que afirmar, de conformidad con lo probado, que efectivamente **la intervención irregular del acusado en el trámite contractual, al escoger para el mismo, con pleno conocimiento de ello, a una entidad que apenas ejerció una tarea de intermediación**, sí elevó sustancialmente el costo de la motoniveladora y de ello tuvo, también, suficiente conocimiento desde el mismo momento en que decidió acudir al mecanismo de contratación directa.

Es que, si de verdad, como lo pregona el procesado aupado por su defensor, se hizo una labor previa que permitió conocer el valor de la máquina en el mercado, incluso con verificación expresa ante los directos importadores y distribuidores -entre ellos [...] y [...]-, era evidente que su valor habría de ser inferior a quinientos millones de pesos y, en consecuencia, no existía razón para realizar una apropiación presupuestal de seiscientos millones de pesos; ni mucho menos, aceptar la oferta de la Cooperativa, que superaba en setenta y nueve millones de pesos el precio original.

No es solo que objetivamente se puede verificar inconcusa la enorme diferencia de precios, sino que en modo alguno ella podía explicarse en atención a algún tipo de labor trascendente adelantada por [...] , en tanto, como se vio, emergió inocua, en simple intermediación formal, que ningún gasto o erogación importante debió representarle, descartado como se encuentra, a pesar de lo declarado por el

representante legal de la Cooperativa, que tuviese que almacenar, equipar, acondicionar o siquiera transportar la motoniveladora a su lugar de destino.

En este sentido, cuando menos absurdos se ofrecen los ítems que pretendió hacer valer el gerente en cuestión en su declaración, referidos a supuestos gastos de alquiler de oficina en Bogotá y pago de sus empleados, cuando ostensible se aprecia que desde un principio el contacto operó directo entre la comercializadora y el municipio.

Debe la corte reiterar que **en este caso se observa indiscutible el tipo de corrupción que permiten las normas porosas de contratación**, asumidas como especie de mampara para eludir el proceso licitatorio que el monto del contrato reclamaba.

Es por ello que **no asiste la razón al demandante cuando pregona** en el tercer cargo (subsidiario), **que en el caso concreto no se perfeccionó el delito de peculado por apropiación**, simplemente porque el supuesto exceso en el valor de la máquina adquirida por el municipio de Paipa, no fue a parar a manos de un particular, sino que ingresó en el patrimonio de otro ente estatal, como así debe estimarse la Cooperativa [...].

A este respecto, si bien, **la más reciente postura de la Corte sobre el particular**, detalla que en asuntos similares no se cumplen los presupuestos del tipo objetivo de peculado, en tanto, **el tercero al que se refiere la norma debe entenderse un particular y no es factible pregonar detrimento patrimonial entre organismos estatales**, es lo cierto que, precisamente, la concreta actuación que aquí desplegó la Cooperativa, permite advertir cómo, en su esencia, lo pactado no representa el dicho convenio interadministrativo.

Debe la Sala, eso sí, partir por aceptar que, en efecto, **la Cooperativa [...], opera como institución oficial**, pues, está conformada en calidad de unidad jurídica por varios municipios [...], creada mediante acuerdos municipales y con apropiaciones presupuestales destinadas a este efecto.

Al respecto, cabe destacar que el Consejo de Estado en reiterados conceptos ha advertido de **la condición pública de estas cooperativas**, dado el origen de sus dineros, su forma de creación y las actividades que desarrollan.

Sin embargo, la Corte entiende necesario precisar que la verificación de que no se materializa el delito de peculado en estos casos, pasa por asumir que los dineros obtenidos por el mismo se destinan a cumplir con sus fines societarios.

Ello porque es adecuado sostener que no hubo, en estricto sentido, algún tipo de pérdida o detrimento para el erario público, dado que se realizó un traslado de dineros desde una entidad a otra y los mismos se utilizan en satisfacer necesidades públicas, así no se trate de aquellas propias del contratante.

No obstante, en el trámite objeto de estudio lo observado dista mucho de ello, pues, en su calidad de alcalde municipal, el acusado se valió de la Cooperativa, apenas como fachada para generar un detrimento que en nada favoreció a la entidad contratista.

En este sentido, se observa bien discutible el comportamiento contractual e incluso procesal del gerente de la cooperativa en cuestión, quien no solo aseveró, en contra de la evidencia, que la motoniveladora efectivamente se encontraba, previo a la negociación con el municipio [...], en su stock, sino que además hizo llegar una relación de gastos que por su evidente impropiedad verifican la materialidad del peculado.

Esto por cuanto, importa destacar, si el gerente en cuestión da cuenta de unas sumas evidentemente ajenas en su destino a sufragar esos inexistentes gastos, cabe concluir que las mismas no pudieron ingresar, en cuanto ganancia o efecto de la intermediación, a la Cooperativa, para cumplir sus fines sociales.

El desvío de esas sumas hacia particulares, o cuando menos, terceros diferentes de la Cooperativa, informa que no se cumple el presupuesto básico bajo el cual estimar atípico el delito de peculado entre entidades oficiales: que las sumas o bienes recibidos por el contratista se destinen a su objeto social y no a manos de particulares o terceros, por la potísima razón que aquí se hace imposible sostener que lo apropiado pasó de una entidad oficial a otra.

En estas condiciones, es necesario significar que la sentencia condenatoria por el delito de **peculado** se aviene completamente con los hechos, las normas que regulan la conducta y

las pruebas que certifican la intervención directa y dolosa del acusado, pues, cabe agregar **para perfeccionar el tipo penal, ostensible surge que con la utilización de un intermediario, a manera de delito medio, el municipio pagó** por la máquina setenta y nueve millones de pesos **más de su valor**, en caso de haberla comprado directamente al distribuidor [...], acorde con la certificación que esta misma compañía expidió con respecto al costo de la motoniveladora en el mercado.

Lo expuesto en precedencia, de igual manera, permite desvirtuar el argumento central del cargo planteado por el demandante, dirigido a señalar que la jurisprudencia de la Sala impide condenar por el delito de peculado, en cuanto, entiende, siempre que se trate de contratos entre entes públicos, se estima inexistente la apropiación que signa el tipo penal en cuestión.

Es claro que lo deducido por **el recurrente parte de una interpretación parcial y descontextualizada de lo consignado por la Sala.**

[...] **No es**, como se verifica textualmente en la cita, **que la Corte establezca un criterio único e inamovible del cual se siga que en todos los casos de contratos interestatales, de entrada, emerge atípica la conducta de peculado, sino que la definición del tópic pasa siempre por auscultar si los dineros fueron o no utilizados en el objeto social de la entidad que los percibe.**

En el caso antes fallado por la Sala, el punto nodal de absolución a partir de la atipicidad objetiva de la conducta, vino consecuencia expresa de que se entendió utilizado el dinero percibido por la entidad contratista, en su objeto misional -o, cuando menos, nunca fue planteado, ni mucho menos investigado o demostrado, lo contrario-.

Junto con ello, es necesario destacar, la decisión proferida por la Corte examinó el delito de **contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, allí atribuido también a la procesada, y pudo constatar que no se utilizó, como en este asunto, **a título de delito medio para perfeccionar el peculado**, pues, verificó inexistente el elemento subjetivo del tipo, por ocasión de la posible existencia de un error de tipo en el actuar de la acusada.

Ello, huelga anotar, **se diferencia bastante de lo aquí discutido**, en tanto, como antes se

reseñó, el contrato se edificó con el fin de obtener un dinero excedente por la intermediación en la compra de la motoniveladora, jamás destinado a soportar el objeto social de la Cooperativa [...].

Ahora bien, para agregar otros argumentos respecto de la desestimación del segundo cargo propuesto en la demanda de casación por el recurrente, remitido a que nunca se demostró algún detrimento patrimonial, es necesario señalar que el soporte de tal postulación ha sido suficientemente desvirtuado en líneas anteriores, a partir de definirse que no se trata, efectivamente, de un contrato interadministrativo completamente legal, de lo cual se sigue, entonces, que carece de asidero la afirmación del demandante atinente a que la intermediación simplemente generó para la Cooperativa una ganancia amparada por la ley y destinada a su objeto social, manifestación, esta última, que también fue desvirtuada.

Y, aunque el gerente de la sucursal de [...], acudió a declarar que probablemente, en caso de licitación, el precio del bien podría subir su costo, es lo cierto que esa manifestación, a más de evidentemente dirigida a favorecer al acusado -entre otras razones porque se advierte bastante particular la forma en que la compañía intervino en la tramitación, supliendo por completo la supuesta actividad que debería desarrollar la Cooperativa-, se torna por completo hipotética, en cuanto, el declarante no acertó a precisar -por fuera de aseveraciones genéricas de algunos costos-, cómo, por qué o en qué cantidad específica subiría el precio.

El fallador A quo sostuvo que, de la diferencia de setenta y nueve millones de pesos, entre el precio comercial y el efectivamente pagado por el municipio, cabía restar las sumas explicadas por el acusado como destinadas a gastos propios del contrato, de lo cual concluyó que, finalmente, lo ilegalmente apropiado asciende a \$49.644.355.

La Corte no comparte esta apreciación, pues, pasa por alto que todo el trámite contractual resulta espurio y, por ello, los gastos generados en curso del mismo comparten igual efecto.

En este sentido, si se observa incontrastable que las Cooperativas no podían suministrar el tipo de maquinaria adquirido, sigue vigente la posibilidad de que directamente la distribuidora vendiera a precios del mercado el bien, cuyos costos se deben evaluar en abstracto, dado que no se conoce cuáles serían las condiciones particulares en que se desarrollaría el contrato.

Empero, **dado que el monto estimado** por el A quo y ratificado por el ad quem, **sirve de norte no solo a la tasación de perjuicios, sino a la pena imponible, la Corte debe asumir esa cifra, para no afectar el principio de no reformatio in pejus.**

En suma, **se desestiman todos los cargos propuestos** por el demandante y, consecuentemente, **se confirmará en su integridad la sentencia atacada».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

PROHIBICIÓN SOBRE REBAJAS PUNITIVAS Y BENEFICIOS

Inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, es improcedente en procesos que han terminado de manera ordinaria

Al casar parcialmente el fallo del Tribunal, referido a los delitos de *secuestro extorsivo* y *hurto calificado*, ambos en la modalidad *agravada*, la Sala recordó que la inaplicación del aumento de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, resulta improcedente en asuntos que han terminado de manera ordinaria, pues lo que hace razonable tal decisión, es el hecho de que el procesado

hubiere acudido a los mecanismos de justicia premial, que implican la culminación anticipada del proceso. De esta manera, encontró válidos los motivos de disenso de la Fiscalía, por lo que refrendó la sentencia de primer grado, en la que se había incluido dicho incremento punitivo.

SP2449-2019 (52091) del 03/07/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY 890 DE 2004 - Aumento de penas del artículo 14 || LEY 890 DE 2004 - Aplicable a procesos de Ley 600 de 2000 || LEY 890 DE 2004 - Aplicable al Sistema Penal Acusatorio || LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26): inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890, es improcedente en procesos que han terminado de manera ordinaria || **LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26):** inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890, únicamente cuando el implicado acepta los cargos

«Alcances del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como el debate se suscitó en torno a la **inaplicación de la referida norma** por parte del Tribunal [...], es pertinente recordar que mediante la Ley 906 de la misma anualidad se implementó el sistema penal acusatorio, vigente gradualmente a partir del 1° de enero de 2005. El 7 de julio de 2004 se sancionó la Ley 890 a través de la cual, básicamente, se incrementaron las sanciones establecidas en la Ley 599 de 2000, con el propósito de otorgar un margen de maniobra a la Fiscalía General de la Nación en la negociación de las penas en procura de conseguir acuerdos y allanamientos con los procesados, según se constata en las exposiciones y debates que en el Congreso de la República se efectuaron sobre tal normatividad [...]

[...] fueron razones de política criminal las que llevaron a que el legislador estableciera un aumento de pena para las conductas delictivas, con el fin de evitar que por razón de las reducciones punitivas como consecuencia de la implementación de instrumentos de colaboración con la justicia los infractores se hicieran merecedores a sanciones muy bajas que no se compadecían con la ofensa a los bienes jurídicos que tutelan los tipos penales.

A partir de tal interpretación la Corte recogió la línea jurisprudencial definida hasta ese momento en torno a la aplicación en el tiempo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para casos reglados por la Ley 600 de 2000, y *“reafirmó el criterio de que la Ley 890 de 2004 tiene una causa común y está ligada en su origen y discurrir con la Ley 906 de 2004, por manera que el incremento punitivo de su artículo 14, sólo*

se justifica en cuanto se trate de un sistema procesal premial que prevé instituciones propias como el principio de oportunidad, negociaciones, preacuerdos y las reducciones de penas por allanamiento a cargos”.

No obstante, la preocupación del legislador porque algunos comportamientos podrían tener penas no condignas con su gravedad, condujo a que se expidiera la **Ley 1121 de 2006, en cuyo artículo 26 se excluyen las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, condena de ejecución condicional, libertad condicional, o prisión domiciliaria** *“Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos”.*

[...] **la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004** tratándose de los punibles de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, **únicamente es procedente en el marco de procesos culminados en forma anticipada, no así para aquellos que han terminado de manera ordinaria una vez surtidas las etapas propias de las instancias».**

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL – Se configura || LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26): inaplicación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890, es improcedente en procesos que han terminado de manera ordinaria || **LEY 1121 DE 2006 - Prohibición sobre rebajas punitivas y beneficios (art. 26) || DEMANDA DE CASACIÓN - No recurrente || PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único:** no se vulnera, evento en que la defensa no interpuso el recurso y la Fiscalía acudió a la casación para buscar el incremento de la pena || **CASACIÓN - Redosificación punitiva**

«[...] advierte la Sala, que **la Corporación de segundo grado incurrió en violación directa de la ley, al entender de manera equivocada el alcance que a tal norma le ha dado la jurisprudencia de esta Corte**, en cuanto es claro que no basta para su inaplicación que se trate de los delitos señalados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, **pues es preciso, además, que el proceso haya terminado de manera anticipada producto de allanamiento**

o preacuerdo, no así cuando como en este asunto, se surtieron íntegramente las instancias por la vía ordinaria.

Resta señalar que en su intervención el defensor no demostró por qué razón era improcedente aplicar el incremento de pena establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 pues, en primer lugar, si su asistido le solicitó impugnara en casación el fallo del Tribunal, a lo cual no procedió, tal circunstancia no tiene injerencia alguna en la decisión que ahora corresponde adoptar.

En segundo término, no atinó a señalar por qué su representado tiene la condición de **apelante único** derivado del interés que motivó la impugnación extraordinaria, en cuanto **el propósito de la Fiscalía no fue el de actuar en defensa de los intereses del acusado, sino en procura de aumentar la pena impuesta y, por ello, no se configura el instituto del apelante único** que impediría la modificación de la sanción con base en el principio de interdicción de la reforma peyorativa.

En tercer lugar, pese a cuestionar de manera general e imprecisa la individualización de la

pena por parte del juzgado de primer grado, olvidó que tal aspecto fue suficientemente abordado por el Tribunal [...]

[...] si el defensor estaba inconforme con la motivación y tasación de la pena por parte de la funcionaria de primera instancia, aspectos que fueron confirmados por el Tribunal, salvo en cuanto atañe a marginar el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, así debió plantearlo impugnando en casación y no, a la hora de nona, pretender habilitarse tardíamente en orden a suscitar un debate con el cual se mostró conforme.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que **asiste razón a la Fiscalía en su carácter de recurrente** y, tal como lo solicitó también el Ministerio Público, **es necesario casar parcialmente la sentencia del Tribunal, en el sentido de cuantificar la pena incluyendo el incremento de pena reglado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004**, como en efecto se procedió en el fallo de primer grado, el cual, en consecuencia, será confirmado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Cuando es agravado por la cantidad de sustancia incautada, no tiene ninguna incidencia su grado de pureza, proceso o mezcla con otras

Al decidir no casar la sentencia impugnada, referida al delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, la Corte tuvo ocasión de precisar que, para la configuración del agravante alusivo a la cantidad de sustancia incautada, no tiene ninguna incidencia su grado de pureza, proceso de fabricación o mezcla con otros elementos, pues el legislador no hizo ninguna distinción a este respecto, de modo tal que bajo los postulados de la hermenéutica jurídica, no les es dable al intérprete proceder a distinguir. Así mismo, enfatizó en la importancia y valor probatorio de la *prueba de identificación preliminar homologada*, en la que se realiza el denominado *narcotest* y se efectúa el pesaje del alcaloide.

SP2201-2019 (48288) del 18/06/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DICTAMEN PERICIAL - Prueba de identificación preliminar homologada (PIPH): determina el peso de la sustancia incautada || **DICTAMEN PERICIAL - Prueba de identificación preliminar homologada (PIPH):** no está contemplado algún precepto legal que le reste valor probatorio a los análisis de narcotest || **LEY - Interpretación:** principio de hermenéutica jurídica, si la norma no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir || **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** por la cantidad de sustancia incautada, no tiene ninguna incidencia su grado de pureza, proceso o mezcla con otras || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de libertad probatoria** || **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** se configura

«[...] en relación con los cargos segundo y cuarto en los cuales el censor añora el examen químico definitivo de la sustancia que permitiría aclarar su peso, se debe aclarar que por regla general el análisis definitivo de la droga se hace sólo sobre una muestra que se envía al perito químico con el fin de que realice la comprobación, no le llega a él todo el material incautado, de ahí que **es en la prueba preliminar homologada PIPH que se determina el peso**, aspecto que sirve también para fijar competencia.

[...] para los juzgadores se corroboraba que la sustancia hallada el 13 de noviembre de 2014 en poder del procesado correspondía a la inicialmente examinada en el aeropuerto por el policial, JR y a la analizada al otro día por el Técnico del Cuerpo Técnico de Investigación LR, pruebas que de manera coincidente develaron que se trataba de cocaína, además, debe destacarse que **no está contemplado algún precepto legal que le reste valor probatorio a los análisis de narcotest o PIPH**, máxime que aquí acudieron a juicio los servidores públicos que hicieron tales valoraciones con el fin de declarar sobre los procedimientos y conclusiones hechas.

Y en cuanto a la falta del examen que habría establecido la pureza del alcaloide y eventualmente disminuir su cantidad, lo que pudiera incidir frente a la causal de agravación predicada y aun en el factor de competencia del juez que conoció, **para la Corte no resulta acertada la diferenciación que en el segundo cargo hace el demandante al decir que el artículo 376 del Código Penal abarca cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína, en tanto que el numeral 3° del artículo 384 del mismo ordenamiento se refiere únicamente a cocaína dejando por fuera cualquier otra sustancia estupefaciente a base de ella, porque pasa por alto el principio de hermenéutica jurídica que si la norma no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir.**

Ciertamente, se muestran vanas lucubraciones tendientes a diferenciar que uno es el delito que sanciona, según los varios verbos rectores relacionados con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas y otro es **la causal de intensidad punitiva basada en que la sustancia supere los cinco (5) kilos de**

cocaína, toda vez que en esta última ninguna incidencia tiene el grado de pureza. El legislador no hace alguna diferencia en el estado de la cocaína o su proceso (base de coca, pasta base de coca, clorhidrato de cocaína) o su mezcla con otras sustancias, por eso **con acierto el juzgador concluyó que, ante el peso de 5,150 gramos de cocaína, era plenamente aplicable la aludida causal de agravación.**

Finalmente, la queja que en el cuarto cargo hace el defensor relacionada con que el Tribunal acudió a internet para argumentar las varias presentaciones que puede tener la cocaína se torna también intrascendente, porque se insiste, **ninguna incidencia tiene el grado de pureza frente al peso de la sustancia** de 5.150 gramos incautada a GM.

Tampoco el libelista dedica espacio a derruir la regla de la experiencia a la que también acudió el juzgador para construir prueba circunstancial relacionada con el doble fondo hallado en la maleta que portaba en su mano el procesado, forma generalmente utilizada para camuflar estupefacientes y tratar de eludir la acción de las autoridades, máxime que aquél no dio alguna explicación a esa modificación encontrada en su equipaje.

En este orden, la pretensión del censor no logra salir adelante, ya que si bien la fiscalía no aportó el álbum fotográfico de la incautación ni la prueba química definitiva, **con base en el principio de libertad probatoria** se tuvieron en cuenta los análisis de narcotest y PIPH, acta de destrucción de la sustancias, avalados cada uno de estos con las declaraciones de los respectivos servidores públicos que los practicaron **acreditando la autenticidad de la evidencia física y por ende la materialidad de la infracción penal.**

Vista así la realidad contenida en el fallo impugnado, se concluye que carece de fundamento la pretensión del censor y, por consiguiente, como lo solicitan los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público ante esta sede, las censuras no están llamadas al éxito».

(Textos resaltados por la Relatoría)

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La esencia definitoria del núcleo familiar es la convivencia conjunta

Al declarar infundada la causal de revisión invocada, la Sala estimó relevante referirse al delito de *Violencia Intrafamiliar*, y concretamente, al concepto de *núcleo familiar*, así como al parámetro que lo define, consistente en la *convivencia conjunta*. De este modo, consideró que, en el caso concreto, si se configuró el comportamiento delictivo, teniendo de presente que el sujeto activo continuaba *vinculado* a la *unidad doméstica*, así fuera de manera *arbitraria y disfuncional*, por lo que no resultaba procedente su alegación, relativa a la aplicación de un cambio jurisprudencial favorable.

SP2251-2019 (53048) del 18/06/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, concepto de convivencia ||
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, etapas o fases de convivencia ||
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración: mediante un acto de violencia de género ||
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos: núcleo familiar, su esencia definitoria es la convivencia conjunta || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** núcleo familiar, no puede deducirse de la sola existencia de hijos en común || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura:** evento en que el sujeto activo seguía integrado de manera arbitraria y disfuncional a la unidad doméstica

«Ahora, como quiera que la revisión de la sentencia es solicitada con fundamento en los elementos reseñados en precedencia [...], que aplican a la construcción de la premisa mayor del silogismo en que se basa el juicio de adecuación típica, en la fase de verificación de la tipicidad objetiva, **la Sala ha de determinar las condiciones en que vivían CAMC y la señora TO, a fin de establecer si entre ellos existía o no un núcleo familiar.**

Dentro del proceso penal se tuvo conocimiento de que, para el momento en que se materializaron las agresiones, CAMC y la víctima **ya no hacían vida marital como pareja.**

Tal perspectiva fáctica, en efecto, se acreditó en el juicio con el testimonio de la señora LET.

[...] Ello acredita, contrario a lo expuesto por el accionante, que **el victimario no había abandonado la residencia para la fecha en que se ocasionaron los maltratos físicos.** Y así se constata al ahondar en el contexto fáctico que rodea las agresiones que dieron lugar a la condena del señor MC como autor de **violencia intrafamiliar**, pues **lo que hay que establecer es si la manera en que aquéllos vivían permite verificar la existencia o inexistencia de un núcleo familiar.**

Como se verá, del relato de la víctima es dable sostener que **si bien su vida marital con el señor MC había culminado por razones de violencia -de género-**, que más adelante se pondrán de manifiesto, **aquél permaneció aposentado en su vivienda**, prácticamente establecido en su hogar, **instalado a una cercanía tal, que debió convivir con él** por mucho tiempo, en condiciones agobiantes, hasta el día en que, con ocasión de la denuncia que dio origen al proceso penal por violencia intrafamiliar, aquél “*se fue*”:

[...] Es menester destacar que la vivienda en mención no se caracterizaba por unas adecuadas condiciones urbanísticas y arquitectónicas, sino que correspondía a un asentamiento irregular [...]. Por lo general, ese tipo de establecimientos irregulares son asentamientos que abarcan a comunidades o individuos albergados en viviendas autoconstruidas bajo deficientes condiciones de habitabilidad. Sobre tales condiciones, la víctima dio información en el juicio.

Al relatar los momentos previos en que el sentenciado la agredió, [...].

Ahora bien, **de esas condiciones de convivencia es dable identificar tres fases de la relación de familia -bastante disfuncional-** sostenida entre la agredida y CAMC. **La primera etapa**, caracterizada por la vida marital entre aquéllos bajo el mismo techo, perduró pese a una cotidianidad de maltrato y violencia; **la segunda**, correspondiente a la ruptura de la relación por tales causas, provocó la instalación del señor MC en la entrada del inmueble, sin dejar el entorno familiar; **la tercera** fase se identifica con el verdadero abandono del hogar por parte del sentenciado, quien atemorizado por las consecuencias penales de la agresión a L.E.T.O., se fue definitivamente.

Sobre la primera etapa de convivencia entre la denunciante y el condenado, en calidad de compañeros permanentes, aquél tuvo problemas de drogadicción y alcoholismo que hicieron

problemática la relación, máxime que se presentaron episodios de violencia física y moral que LE no denunció por temor e intimidación.

[...] Tales condiciones de **violencia doméstica**, no denunciadas, ocasionaron que la señora TO expulsara de la casa a su compañero, situación que dio inicio a la segunda etapa de convivencia. En el contexto fáctico hasta aquí reconstruido, es claro que esa separación, a lo sumo, fue de cuerpos -aplicando analógicamente las disposiciones del Código Civil referentes al matrimonio-, pues **si bien ya el agresor no compartía lecho con la denunciante, la convivencia entre aquél y ésta, así como con los demás integrantes del núcleo familiar -conformado por las hijas y nietos de aquéllos-, no cesó** con la ubicación de CAM en la puerta de la casa. En las ya conocidas condiciones de precariedad de la vivienda y **en el marco de tan disfuncional relación de familia, la convivencia con el sentenciado mutó, pero no cesó.**

Si bien agresor y agredida ya no dormían como pareja, el señor MC se instaló a un metro de la puerta de su hogar, en un “cambuche”. En esas circunstancias, no sólo continuó con sus actos de maltrato y agresión, cuyas víctimas eran tanto LE como sus hijas, sino que, en una típica actitud de hostigamiento propio de la **violencia de género contra la mujer**, asediaba a aquélla, por entender que “*le pertenecía*”.

Sobre ese particular, la víctima declaró que el sentenciado no asimiló que ella quería separarse de él, pues le decía que no podía verla con otro hombre, porque “*si no era para él, no era para nadie*”. En ese marco de asedio y dominación al que CMC siguió sometiendo a LET, los maltratos continuaron: [...].

Adicionalmente, se presentaron agresiones físicas motivadas en que el sentenciado se acercaba a pedir comida y ésta le era negada por LET

Pero ese insoportable ciclo de **violencia de género** de la que aquélla fue víctima finalmente fue denunciado, con ocasión de un especial acto de maltrato físico, acaecido el 9 de enero de 2010, en el que el condenado la sujetó del cabello y la arrastró por la calle. Esta agresión física y humillación pública marcó la determinación de la agredida de poner fin, definitivamente, a cualquier vínculo con CAMC,

a quien denunció por **violencia intrafamiliar**, dada la magnitud del maltrato [...]

[...] Pues bien, contrastados los anteriores enunciados de hecho [...] con los criterios jurisprudenciales con fundamento en los cuales se demanda la revisión de la sentencia [...], la Sala encuentra que **no hay lugar a modificar el juicio de adecuación típica que condujo a declarar responsable a CAM como autor de violencia intrafamiliar agravada.**

Dadas las particulares circunstancias que rodearon la vida familiar entre el señor MC y la señora TO, en compañía de sus hijas y sus nietos, para la Corte, **la separación del sentenciado de ese núcleo familiar apenas se dio cuando, después de haber atacado físicamente a la víctima, abandonó definitivamente el sitio donde aquéllos residían**, no con la simple ubicación de aquél a la salida de la casa.

Desde luego, **se trataba de una unidad doméstica disfuncional y disgregada, en la que las condiciones de marginalidad, sumadas a la drogadicción del sentenciado, condujeron a que éste siguiera conviviendo con todos ellos**, pese a haber interrumpido su vida marital con LE. Antes de “*desaparecer*”, CM tan sólo salió de las paredes de la casa familiar, mas no por ello es dable sostener que dejó de convivir con la denunciante, sus hijas y sus nietos.

En el entorno de una vivienda autoconstruida, en un asentamiento irregular y bajo deficientes condiciones de habitabilidad, afirmar que el sentenciado dejó de convivir con su familia, pese a que cesó la vida marital con su compañera, es insostenible.

Convivir significa vivir en compañía de otro u otros; en este caso, en compañía de su familia. Y **esa convivencia no pudo haber cesado** cuando, estando el señor MC a un metro de la casa, la denunciante, así como sus hijas y sus nietos, debieron interactuar diariamente con él, viéndose en la obligación de soportar su presencia y malos tratos. Ni siquiera las paredes de la casa los resguardaban de aquél, pues como se reseñó, los muros solían caerse cuando había fuertes lluvias.

El contexto fáctico arriba descrito no sólo muestra que el accionante se equivoca al afirmar que el condenado y la víctima no vivían bajo el mismo techo, pues en tales condiciones

de precariedad no había un resguardo seguro para ninguno. Además, **en una cercanía tan próxima en la que se instaló el señor MC, difícilmente puede decirse que éste abandonó el hogar.** Antes bien, sus familiares tuvieron que vivir la dura realidad de tener que verlo diariamente -en estado de indigencia- en su hogar. Muestra de esa permanente interacción se evidencia en que aquél se acercaba a pedir comida y se tornaba agresivo cuando le era negada, al tiempo que asediaba a LE para dejarle en claro -desde su perspectiva-, que le seguía perteneciendo como mujer.

Además, en el informe de la perito sicóloga que se introdujo en el juicio oral, se advirtió de la potencial existencia de *«un nivel de riesgo alto para la denunciante y un nivel de peligrosidad alto por parte del señor CAM»*.

Y tan cruda realidad socio-familiar muestra, igualmente, que los conceptos jurisprudenciales también han de ser sometidos a interpretación. Las dinámicas familiares son un fenómeno social que evoluciona permanentemente, de la mano de nuevas formas de relacionamiento entre los seres humanos.

La esencia definitoria de un núcleo familiar, en tanto ámbito más profundo de las relaciones de familia, **es la convivencia conjunta.** Y ésta viene definida por múltiples factores que

influyen en la conformación de tan íntimo entorno de relacionamiento, motivo por el cual no es posible que, a fin de identificar cuando dos personas conviven en un escenario de tal naturaleza, se acuda a conceptos rígidos, que lejos de ser equivalentes -per se- a un núcleo familiar, son apenas referentes para identificar cuando existe tal forma de composición social, sin excluir otros factores que también son pertinentes para entender la constitución de un determinado núcleo familiar.

Por consiguiente, **al margen de que los juzgadores de instancia hubieran deducido la pertenencia de víctima y victimario al mismo núcleo familiar en la mera existencia de hijos en común -algo que ciertamente es insostenible a la luz del nuevo criterio jurisprudencial** invocado por el accionante-, por las razones aquí expuestas **es claro que CAMC, al tiempo de los maltratos denunciados por LET, seguía integrado -aunque arbitraria y disfuncionalmente- a la unidad doméstica que aquélla mantenía con sus hijas y nietos. De suerte que la declaratoria de responsabilidad de aquél por violencia intrafamiliar agravada es correcta y ha de mantenerse».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN

Se configura, cuando la sentencia condenatoria se fundamenta exclusivamente en un informe de policía judicial, limitado por la tarifa legal negativa

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

Se configura, al valorar un documento otorgado en el extranjero, sin cumplir con el protocolo de asistencia judicial para su producción

Al casar *parcialmente* la sentencia impugnada, para, entre otras decisiones, absolver a los procesados de los delitos de *concierto para delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, ambos en la modalidad agravada, la Corte encontró imprescindible señalar que el *informe de Policía Judicial*, en el

que se resumen las grabaciones magnetofónicas e interceptaciones, únicamente sirve de criterio orientador de la investigación, por lo que *carece de valor probatorio*, de modo que cuando el fallo de condena se soporta exclusivamente en tal elemento, se incurre en *falso juicio de convicción*.

Igualmente precisó que la valoración de un documento otorgado en el extranjero, sin agotar el *protocolo de asistencia judicial* para su producción, se traduce en un *falso juicio de legalidad*.

SP1964-2019 (54151) del 05/06/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Concepto || PRUEBA - Apreciación probatoria: no hay tarifa legal || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Sirve como criterio orientador de la investigación || INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Respecto de grabaciones magnetofónicas e interceptaciones:** carece de valor probatorio y solo constituye criterio orientador de la investigación || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Respecto de grabaciones magnetofónicas e interceptaciones:** no constituye dictamen pericial, que requiera conocimientos científicos, técnicos o artísticos || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Valor probatorio:** tarifa legal negativa || **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - Se configura:** cuando la sentencia condenatoria se fundamenta exclusivamente en informe de policía judicial, limitado por la tarifa legal negativa || **CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado:** no se configura || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** no se configura

«**El falso juicio de convicción** es un error de derecho que consiste en dejar de otorgar a la prueba el mérito preestablecido en la ley o en asignar uno diverso al que aquella le atribuye.

Incluso, es bueno resaltar que este tipo de yerro actualmente goza de un alcance limitado por cuanto nuestro sistema procesal penal no es tarifado sino que se funda en la persuasión racional como método de apreciación y, en esa medida, son escasas las normas que le confieren algún grado específico de convicción a las pruebas, como ocurre, verbi gratia, con **los informes de policía judicial, cuyo valor se limita**, al tenor del artículo 314 de la Ley 600 de 2000, **a servir de criterio orientador de la investigación.**

Según el censor, **la condena se fundó en un informe de policía judicial** del DAS -052 de 2008- **que**, distinto a lo expresado por los juzgadores, **no tiene la condición de documento, sino, escasamente, de criterio orientador, por cuanto corresponde a una síntesis de las grabaciones de las conversaciones telefónicas atribuidas a su asistido**, cuya veracidad está en discusión, en la medida que se desconoce si lo ahí consignado equivale a lo expresado por los interlocutores o a lo que subjetivamente pudieren haber plasmado

los policiales encargados de las interceptaciones. **Y tiene razón.**

En efecto, los jueces de primer y segundo nivel, al unísono, estimaron que, el citado informe podía ser objeto de valoración probatoria porque se trataba de un documento -para el a quo- y de una “*prueba*” en general -según el ad quem-, en la medida que narra lo que los funcionarios de policía judicial que los suscribieron percibieron de manera directa y fue expedido por servidores públicos, como producto de órdenes de interceptación telefónica impartidas por la fiscal del caso, durante la fase instructiva.

[...] no cabe duda que, **el resumen o síntesis de los registros auditivos de las interceptaciones telefónicas, consignado en el informe N°. 052 de 2008 no podía ser válidamente justipreciado por los juzgadores**, pese a que se recaudó el testimonio de los funcionarios que lo suscribieron, pues, en este caso, no se trata de información de la que fueron testigos directos los funcionarios de policía judicial, sino de operaciones mecánicas de escucha y transcripción de las conversaciones -e incluso de análisis de información-que **tampoco se asocian a experticias que requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos** (artículo 249 de la Ley 600 de 2000).

En este punto, está bien señalar que, distinto a la opinión de la Procuraduría, lo narrado en sus testimonios por los funcionarios que suscribieron el informe 052 se reduce a la confirmación genérica de lo que los sujetos objeto del monitoreo telefónico manifestaron en sus comunicaciones, de la opinión que a aquellos les merecían las expresiones de los interlocutores (presunto lenguaje cifrado) y de la supuesta identificación de los hablantes, lo cual, dicho sea en este momento, no quedó acreditado porque no se especificaron los actos concretos a través de los cuales se pudo establecer que alguno de los interlocutores era AJGG.

Aun cuando el Ministerio Público afirma que, dichos investigadores no cumplieron la simple tarea de transmisores de información sino de verificación, lo cierto es que, no hay evidencia en el expediente que indique que ellos mismos estuvieron a cargo de las incautaciones de estupefacentes o de específicas labores de seguimiento o vigilancia, máxime cuando, en tratándose del cargamento de cocaína, a bordo

del barco “[...]”, imputado a GG, se señaló que su interceptación estuvo a cargo de los guardacostas estadounidenses.

En estas condiciones, **ante la comprobación cierta del falso juicio de convicción en que incurrieron las instancias, se impone excluir del acervo probatorio objeto de valoración el tantas veces nombrado informe 052**, a través del cual los falladores dieron por probada la participación de AJGG y DGI -a quien le son extensivos los efectos de esta decisión por estar en idéntica situación que GG- en el tráfico de estupefacientes relacionado con la incautación de 2.430 kilos de cocaína, a bordo de la embarcación “[...]”.

Ciertamente, **para la Corte emerge claro que existía una tarifa legal negativa que impedía analizar el anotado informe, por manera que se configura el vicio alegado por la vía de la violación indirecta de la norma sustancial, con el efecto de que no debió ser tenido en cuenta por los juzgadores** como parte de la sustentación probatoria del juicio de reproche, defecto del todo trascendente, **en la medida que, constituyó la única prueba de la responsabilidad de GG y GI en los delitos de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, ambos agravados, de lo cual se sigue la necesaria casación parcial del fallo impugnado con la consecuente declaración de absolución de esos procesados en los punibles endilgados.**

Repárese, en este punto, que, en verdad, aquel informe es el único referente probatorio en el que se fundamentó el juicio de responsabilidad en contra de los citados procesados, pues, si bien los funcionarios que lo suscribieron lo ratificaron, se insiste, solo lo hicieron para corroborar genéricamente lo consignado en el mismo y para asegurar que habían logrado su identificación a partir de actos de seguimiento -no precisados- y por los datos que suministraban en las llamadas -sin aclarar cuáles-.

Del mismo modo, aunque a estas alturas resulta insustancial, cualquier otra reflexión de la Corte a efecto de visibilizar el yerro pregonado, no sobra destacar que, razón le asiste al libelista cuando indica que el plurimentado informe corresponde a un mero extracto de las grabaciones, cuya veracidad se encuentra por completo en entredicho, habida cuenta que los registros auditivos y sus transliteraciones, como

se indicó en el cargo anterior, no obran en el expediente, por lo cual sería imposible tener certeza acerca de si lo registrado por los funcionarios de policía judicial es fiel a lo expresado en las comunicaciones, máxime cuando a la par de la síntesis que se hace de las grabaciones se incorporan manifestaciones que corresponden a la interpretación por parte de los investigadores de las expresiones de los interlocutores, bajo la premisa de que, justamente, ciertas palabras, son las que integran un lenguaje cifrado.

Y aunque deviene especulativo señalar, como lo hace el defensor, que los policiales quisieron incriminar falsamente a los procesados cuando señalaron un específico significado para ciertas palabras mencionadas durante las conversaciones telefónicas -alcance acogido por las instancias para dar por probado que GG fue el encargado de conseguir las coordenadas para trazar la ruta de navegación y evadir el control náutico de las autoridades de policía-, y del mismo modo, descansa en el campo de las conjeturas que se diga en la demanda que resulta curioso que el informe 052 solo se rindió después de que, a finales de abril de 2008, la DEA informó a la Fiscalía sobre la incautación de la sustancia estupefaciente a bordo de la embarcación “[...]”, es lo cierto que, este informe no refleja sino opiniones subjetivas que solo podían servir de orientación al valorar las grabaciones y/o transliteraciones, que, se recaba, no reposan en esta actuación.

Recuérdese, finalmente, **frente a los análisis de información obtenidos de terceros, realizados por los funcionarios de policía judicial, que, por igual, su poder demostrativo está limitado por la tarifa legal negativa en cuestión**, habida cuenta que la percepción del investigador no proviene de hechos conocidos directamente por quien suscribió el informe (CSJ SP, 7 dic. 2011, rad. 36883; CSJ SP18532-2017, rad. 43263), luego, tampoco, por esta vía, era posible la valoración del mencionado informe 052».

CONCIERTO PARA DELINQUIR - Agravado: no se configura || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Agravado:** no se configura || **INFORME DE POLICÍA JUDICIAL - Respecto de grabaciones magnetofónicas e interceptaciones:** carece de valor probatorio y solo constituye criterio orientador de la investigación || **PRUEBA -**

Cláusula de exclusión: concepto || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** sus efectos se producen tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria || **NECESIDAD DE LA PRUEBA - Principio de legalidad:** el ejercicio de valoración debe estar precedido de un examen de licitud y legalidad de cada medio de conocimiento || **SOLICITUDES DE ASISTENCIA JUDICIAL - Originadas en Colombia:** a través de los mecanismos de cooperación, exhortos, despachos comisorios, cartas rogatorias y notas suplicatorias || **SOLICITUDES DE ASISTENCIA JUDICIAL - Originadas en Colombia:** con el propósito de recaudar pruebas en el extranjero || **PRUEBAS - Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero:** validez, presupuestos || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** al valorar un documento otorgado en el extranjero, sin cumplir con el protocolo de asistencia judicial para su producción

«[...] la representante de la sociedad en sede de casación afirma que la materialidad del delito de concierto para delinquir agravado se encuentra acreditado con las inspecciones judiciales practicadas *«a los diversos informativos que dan cuenta de los hallazgos del[os] semisumergibles y del astillero donde se fabricaban los mismos»* y con el oficio mediante el cual la DEA informa de la aprehensión de la nave [...] y que el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por su parte, está probado con la **mentada comunicación del agente especial de la DEA** y los informes que dan cuenta de ese hecho.

No obstante, la Sala advierte que el juez de primera instancia, expresamente, excluyó del juicio de responsabilidad los eventos relacionados con la construcción de los semisumergibles, así como se impone anticipar que **el aludido oficio de la DEA exhibe defectos en su producción que tornan inviable su análisis probatorio**, tal como adelante se analizará.

Del mismo modo, aunque la Procuradora afirma que las interceptaciones revelan que la incautación de dicha embarcación fue un suceso de público conocimiento para los procesados, porque a ello se refirieron en los diálogos transliterados en los informes, particularmente en el 052, no se puede perder de vista que, justamente, porque en el expediente no obran las transliteraciones ni las

grabaciones correspondientes, sino un resumen, su valoración es imposible por las razones atrás mencionadas.

[...]

Es palmario que lo dicho hasta aquí **es suficiente para declarar la absolución** en favor de AJGG -y de paso del sujeto no recurrente en idénticas situaciones de hecho y de derecho (DGI)-. No obstante, la Corte encuentra relevante hacer las siguientes reflexiones, en orden a evidenciar que tampoco se encuentra acreditada la materialidad de los delitos de concierto para delinquir y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, los dos agravados, circunstancia que, por igual, conlleva la absolución de dichos procesados.

Suficiente se ha ilustrado por la doctrina y la jurisprudencia que **la cláusula general de exclusión**, de raigambre superior (inciso final del artículo 29 de la Constitución Política), según la cual *«[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»*, comporta un límite cardinal al poder punitivo que se vincula con las ideas de Estado de derecho y juridicidad de sus actos y de intangibilidad de las garantías esenciales del ciudadano, así como **implica la sanción de inexistencia jurídica para aquél medio de convicción** aprehendido y/o practicado con total desconocimiento de las reglas legales de producción, práctica y aducción **-ilegalidad- o con violación de las garantías fundamentales -ilicitud-**.

Tal postulado, asienta sus raíces en la vigencia del Estado liberal, la protección de la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, de tal modo que están proscritos todos aquellos métodos encaminados a obtener el conocimiento judicial a través del menoscabo de la voluntad e integridad del individuo.

Esto, debido a que la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad.

Así, **el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 constituye un desarrollo de la regla de exclusión**, en la medida que impone la obligación al funcionario judicial de fundar sus providencias en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

Lo deseable, de este modo, es que, el ejercicio de valoración probatoria esté precedido de un examen de licitud y legalidad en términos de producción y aducción respecto de cada elemento de conocimiento -primario o subsidiario-, de tal suerte que, **solamente, aquellos que superen ese escrutinio puedan ser objeto de análisis judicial.**

En ese contexto, se debe partir por señalar que no le asiste razón al casacionista al indicar que los falladores incurrieron en falso juicio de convicción, al valorar el oficio DAS. [...], dirigido a la Fiscalía 3 UNAIM, por cuanto no es cierto que fuera considerado la “prueba” de la incautación de la sustancia estupefaciente en el barco “[...]”, pues, únicamente sirvió de vehículo para allegar la comunicación del 25 de marzo de 2008, por cuyo medio, el agente NVJ., al servicio de la DEA, dio cuenta de ese evento.

No obstante, **acierta al señalar que se recayó en falso juicio de legalidad, toda vez que se pretermitieron los presupuestos normativos para la producción de la comunicación suscrita por el anotado agente de la DEA.**

En verdad, pese a que se equivoca el censor al sostener que, para la obtención de ese documento de la DEA y demás pruebas que acreditaran el peso y la clase de la sustancia incautada, debía aplicarse el procedimiento señalado en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y el artículo 506 de la **Ley 600 de 2000**, pues no se ajustan al asunto en cuestión, habida cuenta que los aludidos instrumentos internacionales regulan exclusivamente los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial y la última disposición anotada consagra la asistencia judicial de las autoridades colombianas a las extranjeras y no al contrario, y son los preceptos 503 y 504 ejusdem, los que consagran la cooperación de la mentada agencia de investigación estadounidense a los organismos de investigación de nuestro país, es lo cierto que, **el expediente revela que, dicho oficio no fue producto de alguna solicitud de las autoridades colombianas** y que obra insular frente al tema de prueba.

En efecto, advierte la Corporación que, **la Fiscalía no desplegó ninguno de los mecanismos de cooperación judicial, encaminados a obtener la información o a refrendar** lo que el agente de la DEA mencionó en su comunicación, esto es, que, *«[e]l día 24 de octubre del año 2006, el servicio de Guarda Costas de los Estados Unidos, [...], trabajando conjuntamente con el barco naval de Bélgica, incautaron la motonave de pesca [...] aproximadamente 25 millas náuticas al norte de Chimare, Colombia, en aguas internacionales»*, en la que se habrían encontrado 2430 kilogramos de cocaína.

Ello genera absoluta incertidumbre no solo respecto a la identidad y vinculación del supuesto agente con la referida agencia de investigación estadounidense, sino, sobre todo, acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la incautación relacionada con el barco [...], particularmente, en lo concerniente a los protocolos para identificar la cantidad y tipo de sustancia incautada.

De acuerdo con el señalado artículo 503, en el propósito de recaudar pruebas en el extranjero y determinar la procedencia de la acción penal, entre otros asuntos, los jueces, fiscales y magistrados o los jefes de unidades de policía judicial pueden concurrir o comunicarse directamente con autoridades extranjeras o por los conductos legalmente previstos, que, para el caso, no son otros que los establecidos en los cánones 41, 171, 251 del Código General del Proceso y 7° de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Es así que el artículo 171 del primero de los compendios normativos señalados indica que *«[l]as pruebas practicadas en el exterior deberán ceñirse a los principios generales contemplados en el presente código, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes»*.

[...] **Se requiere, entonces, que, para el recaudo probatorio en el exterior, las autoridades judiciales acudan a exhortos, despachos comisorios, cartas rogatorias o comisiones rogatorias y notas suplicatorias ante los gobiernos extranjeros**, por intermedio de la cancillería colombiana o del cónsul o

embajador de Colombia en el país correspondiente.

[...] en el caso de la especie, se tiene que, en efecto, **no solo no obra en el expediente ninguna solicitud de las autoridades colombianas a través de la cual se hubiere solicitado el documento suscrito por el presunto agente de la DEA, sino que se trata de una reproducción en copia simple que, si bien está en el idioma castellano, no reúne las condiciones exigidas por el artículo 251 del Código General del Proceso para ser tenida como prueba dentro del presente trámite**, pues no cuenta con apostilla.

Además, tal cual lo destaca el libelista, es evidente que, para corroborar la información ahí plasmada, el ente investigador no hizo la menor diligencia para establecer la veracidad de los datos allí consignados, relativos a la fecha y lugar de la incautación, el peso y el tipo de sustancia -estupefaciente o no- y demás pormenores de dicho presunto decomiso.

Ahora, aunque, no son más que conjeturas o suspicacias las que llevan al letrado a concebir la concurrencia de una actividad criminal de los funcionarios del DAS y de la Fiscalía, en connivencia con la DEA, para incriminar al procesado, tales como que: i) resulta extraño que el oficio -sin sellos y firmado por un agente

y no por el jefe de sección- estuviera dirigido expresamente a la fiscal que llevaba el caso y sin embargo arribara al DAS o ii) los hechos consignados en ese informe no tenían relevancia para la Fiscalía, por cuanto alcanzan «una antigüedad de 17 meses y un día», pero fueron comunicados a la Fiscal Tercera, donde precisamente se investigaban hechos relacionados con el asunto, reporte aquél que terminó coincidiendo, prácticamente, con la emisión del cuestionado informe No. 052 de 2008, **es una verdad irrefutable que ese documento, en las condiciones reseñadas, carece de la virtualidad indispensable para acreditar la existencia del hecho investigado, porque, se recaba, no existe ningún otro medio de prueba que lo confirme, incluso, porque el presunto funcionario extranjero que lo rindió tampoco lo ratificó.**

Por ende, por esta vía, también se confirma la necesidad de casar parcialmente el fallo, en aras de absolver a GG -y de paso a GI- del cargo elevado por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que se hace extensivo al delito de concierto para delinquir, porque el único suceso que, de acuerdo con la acusación y las sentencias, vinculaba a dichos procesados con la organización criminal es el relativo al del barco “[...]”.

(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