



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Marzo 29 de 2019 n.º 5

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>

DOBLE CONFORMIDAD

El recurso de casación es el único mecanismo que procede para garantizar el principio frente a la primera condena emitida en segunda instancia

La Corte decidió *rechazar* por improcedente la *apelación* concedida por el Tribunal y, en su lugar, dispuso la devolución de la actuación en orden al restablecimiento de los términos para recurrir, todo, luego de advertir que la *impugnación especial* y el citado *recurso de alzada* son improcedentes cuando la primera condena fue emitida en segunda instancia, y encontrar, en cambio, que el único mecanismo que puede garantizar el principio de *doble conformidad* en estos casos, es el *recurso extraordinario de casación*. Así mismo se refirió a los *eventos* en que se entiende garantizado el referido postulado y las *contingencias* que pueden surgir.

AP699-2019 (54582) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA - Condenatoria: proferida en única o segunda instancia o en casación, impugnación creada bajo el Acto Legislativo 01 de 2018, procedencia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** es improcedente cuando la primera condena fue emitida en segunda instancia || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** únicamente es viable cuando la primera condena es proferida por la Sala de Casación Penal al resolver el recurso extraordinario || **DOBLE CONFORMIDAD -**

Recurso de casación: es el único mecanismo que procede para garantizar el principio frente a la primera condena emitida en segunda instancia || **DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de apelación:** es improcedente cuando la primera condena fue emitida en segunda instancia || **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

«La Corte **rechazará, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto** por el implicado JDGC y su defensor, contra la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior [...], por las siguientes razones.

No se discute que **el implicado**, en condiciones de igualdad con todos los ciudadanos, **tiene derecho a que la primera condena sea estudiada por el superior funcional de quien la emitió, en ejercicio de la denominada doble conformidad**, garantía que será materializada dependiendo del momento procesal de la actuación.

Hay que señalar sí, que **es improcedente el “recurso de apelación”, o la denominada “impugnación especial”, cuando la primera condena fue emitida en sede de segunda instancia;** como sucedió en el caso que se examina, donde el Juzgado Promiscuo del Circuito [...] absolvió a JDGC y, al desatar la Sala Penal del Tribunal Superior [...] revocó y lo condenó por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

La defensa interpuso el **recurso de apelación** contra aquella condena y el **Ad-quem lo concedió, por equivocación**, para ante la Corte Suprema de Justicia.

El **error** en que incurrió el Tribunal Superior [...], consistió en confundir y tomar por iguales dos situaciones procesales de primera condena que, en realidad son distintas y respecto de las cuales la garantía de la **dobles conformidad** se satisface de la manera como se explica en esta providencia.

Vale decir, una cosa es que la primera condena sea proferida por el funcionario judicial de segunda instancia al resolver el recurso de apelación; y otra diversa es que tal determinación la adopte, por primera vez, la Sala de Casación Penal en sede del recurso extraordinario.

La visión no diferencial del Tribunal [...] condujo a dicha Corporación a efectuar una interpretación extensiva de lo expuesto por la Sala de Casación Penal en Auto de 14 de noviembre de 2018 (SP4883-2018; radicación 48820), que invocó como fundamento para conceder la apelación que interpuso la defensa contra la sentencia condenatoria dictada en segundo grado por la misma Corporación.

Tal aserto por cuanto en dicho pronunciamiento, **la Corte se refirió exclusivamente al evento donde la primera condena es proferida por la Sala de Casación Penal al resolver el recurso extraordinario; única coyuntura procesal donde es viable la impugnación especial; que no el recurso de apelación.**

[...] frente a la claridad de tal determinación, no hay lugar a la interpretación que hizo el Tribunal Superior de Manizales.

La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que **frente a la condena emitida en sede de segunda instancia, se cumplen las finalidades garantistas de la doble conformidad a través del recurso extraordinario, en el que la Sala examinará los cargos y, oficiosamente, si es del caso, se verificará si la condena es conforme a derecho**, tarea que cumplirá en la sentencia de casación o en el auto inadmisorio de la demanda, respecto de los trámites que se adelantan por la Ley 600 de 2000, o después de cumplido el rito de insistencia luego de inadmitido el escrito de sustentación del recurso o en el cuerpo del fallo, en los casos de los procesos de Ley 906 de 2004, según que se cumplan o no los requisitos para la admisibilidad de la sustentación de la casación.

La connotación conceptual de tal postura fue sintetizada de la siguiente manera por la Sala de Casación Penal, en Sentencia de Tutela de 10 de octubre de 2018 (STP1346-2018; radicación

100470), para dejar en claro, una vez más, que **si la condena es emitida por el Tribunal Superior, el principio de doble conformidad se verifica a través del recurso extraordinario de casación [...]**

En aquel contexto, se ha establecido en modo diáfano que **los fines y garantías constitucionales, respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito o el Tribunal Superior Militar, se cumplen a través del recurso extraordinario de casación**, conforme a la última línea jurisprudencial asumida por la Sala en la materia».

DOBLE CONFORMIDAD - Eventos en que el principio se entiende garantizado || DOBLE CONFORMIDAD - Noción de primera condena || DOBLE CONFORMIDAD - Su ejercicio corresponde a una facultad subjetiva y dispositiva del condenado || DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de casación: es el único mecanismo que procede para garantizar el principio frente a la primera condena emitida en segunda instancia

«Es propicia esta ocasión para precisar que en el ámbito iusfundamental de la **dobles conformidad**, la **noción de primera condena** debe ser entendida más allá de su expresión gramatical, no se reduce al orden numérico de aparición de la inicial sentencia condenatoria que surge en el tiempo o que, aparentemente, exigiría que en todos los casos deban emitirse materialmente dos fallos en el mismo sentido, por jueces de distinta jerarquía.

En efecto:

i. Como viene de verse, lo pretendido por la orientación garantista y constitucionalizada de la doble conformidad, va destinada a que todo aquel que sea condenado tenga derecho a una segunda opinión al respecto, por lo general, a cargo del superior funcional de quien emitió la sentencia adversa al implicado. No importa que la segunda opinión se adopte por la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre la inadmisibilidad de la demanda, o cumplido el trámite de insistencia, o en la sentencia que resuelve el recurso de casación, según se trate de Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004, o en el fallo de segunda instancia que profiera al desatar la apelación contra la decisión de primer grado dictada por la Sala de Juzgamiento de primera instancia de la Corporación.

ii. Se trata de evitar que el procesado quede condenado de manera definitiva, por la decisión de una sola autoridad judicial, cualquiera sea su jerarquía (Juez penal municipal, Juez de Circuito, Tribunal o Corte Suprema de Justicia); sin que exista la posibilidad de confrontar o cuestionar dicha sentencia, a través de recursos ordinarios o extraordinarios, eso sí, en los eventos en que se haya rogado la doble conformidad por el procesado condenado o su defensor o en los casos en que la Sala admite que debe pronunciarse sobre la susodicha garantía, como se ha explicado en esta decisión.

iii. Con independencia de la jerarquía del Juez que haya emitido la condena, o en cuál instancia o sede se haya producido, el derecho a la **doble conformidad se entiende garantizado** cuando la normatividad contiene mecanismos procesales de impugnación, a través de los cuales se tenga acceso real a que otra autoridad judicial diferente, estudie la sentencia y la declare ajustada a derecho, si a ello hubiere lugar.

iv. De ese modo, cuando el condenado tiene oportunidad procesal de acceder a recursos ordinarios o extraordinarios, si los interpone, éstos deben ser resueltos por la autoridad competente y si el objeto es una primera condena, si no quedan otros medios de impugnación, deben revisarse los fundamentos de la declaratoria de responsabilidad para que en el caso se dé la doble conformidad judicial, lógicamente condicionada al límite temático que imponga la impugnación.

De tal comprensión surgen consecuencias, como las siguientes:

i. En ningún caso queda déficit de **doble conformidad**, si el condenado decide no acudir a los recursos ordinarios o extraordinarios, dado que **el ejercicio de estos corresponde a una facultad subjetiva y dispositiva**.

ii. **Si la sentencia del Juez Penal (municipal, de circuito o promiscuo), es absolutoria y al desatar la apelación el Tribunal Superior revoca y condena, el único mecanismo para obtener la doble conformidad es el recurso extraordinario de casación**, por las razones anotadas en precedencia, en concordancia con las precisiones hechas en la Sentencia de Tutela de 10 de octubre de 2018; STP1346-2018; radicación 100470».

DOBLE CONFORMIDAD - Contingencias que pueden presentarse

«Otras contingencias que pueden presentarse:

a. Si la demanda de casación presentada por la defensa reúne todas las condiciones para ser admitida, así se declarará y en el fallo de casación se resolverá sobre la prosperidad o no de las censuras y adicionalmente si se trata de primera condena, la Sala se pronunciará sobre los fundamentos de tal decisión, adoptando la que en derecho corresponda, para cumplir con la segunda opinión en materia de juicios penales que condenen al procesado por primera vez, siempre que el límite temático del recurrente lo permita.

b. Si la demanda de casación presentada por la defensa no alcanza las condiciones para ser admitida, el auto que inadmite el libelo así lo expresará. Con todo, en el mismo auto, se efectuará un estudio completo de los aspectos objetivos, subjetivos y probatorios en torno del delito y la punibilidad. Si luego de ello se concluye que la sentencia condenatoria es ajustada a derecho, así será declarado o la recovarará en caso contrario y con ello se agota el examen de doble conformidad.

iii. No existe, cabe recordar, apelación contra la sentencia que emita el Tribunal Superior en sede de segunda instancia; entre otras razones, para evitar el contrasentido de abrir una hipotética dualidad de impugnaciones frente a una misma providencia; esto es, la supuesta apelación para el condenado y la casación para los otros intervinientes (Fiscalía, Ministerio Público y víctimas).

iv. Si la sentencia del Juez Penal (municipal, de circuito o promiscuo), es absolutoria, el Tribunal Superior la confirma y la Corte Suprema de Justicia casa para condenar, entonces, la doble conformidad se activa mediante la impugnación especial, con la división funcional de la Sala de Casación Penal, en los términos del numeral 7° del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018.

v. Si se trata de aforados legales y el Tribunal Superior, actuando como juez de primera instancia, profiere la condena, la doble conformidad se materializa en su totalidad a través del recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal.

Por supuesto, en estos casos no procede el recurso extraordinario.

vi. Cuando sea la Sala de Casación Penal en segunda instancia quien condene inicialmente a los aforados, la doble conformidad se satisface a través de la impugnación especial, con la división funcional de la Sala de Casación Penal, en los términos del numeral 7° del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018.

No podrá pretenderse en este evento ejercer el recurso extraordinario, al no estar previsto por la ley, debido a que si en la doble instancia interviene la Corte Suprema de Justicia, no queda remanente alguno de garantía constitucional que pudiera reclamarse por otro medio.

vii. La misma lógica aplica, en lo correspondiente, cuando la condena es proferida por el Juez Penal Militar o el Tribunal Superior Militar.».

DOBLE CONFORMIDAD - Recurso de apelación: improcedencia, rechazo y devolución al Tribunal Superior para que restablezca el término para interponer el recurso extraordinario de casación frente a la condena emitida por primera vez en segunda instancia

«Al extrapolar los anteriores lineamientos al asunto que se examina, se constata una vez más que obró inadecuadamente el Tribunal Superior [...] al conceder el recurso de apelación contra su propia sentencia de segunda instancia [...], mediante la cual revocó la absolución y condenó -por primera vez- a JJJGC por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal rechazará, por improcedente, dicha apelación y dispondrá devolver la actuación al Tribunal de origen, con el fin de que adopte las determinaciones a que haya lugar, para que se restablezca el término para la instauración del recurso extraordinario de casación, respecto de todas las partes e intervinientes que tuvieren interés para ello, de acuerdo con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.»

(Texto resaltado por la Relatoría)

LEY DE LA CIENCIA - Fuerza de gravedad:
Evento en que la caída parabólica permite inferir que la víctima fue empujada

Al decidir *no casar* la sentencia impugnada con sustento en la demanda presentada por la defensa, la Sala no sólo encontró infundadas las alegaciones alusivas a la concurrencia de un *falso juicio de identidad por cercenamiento*, invocado respecto de los testimonios de los peritos, sino que adicionalmente estimó relevante indicar que acorde a las *leyes de la ciencia*, y particularmente, la alusiva a la *fuerza de gravedad*, la caída parabólica de la víctima menor de edad, en el caso particular, permitió deducir que fue empujada al vacío por la acusada del delito de *Homicidio Agravado* a título de dolo.

SP581-2019 (48757) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE LA CIENCIA - Fuerza de gravedad || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: no se configura || **CASACIÓN - La simple discrepancia en la valoración probatoria no constituye yerro demandable || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** testimonio del perito, apreciación || **LEY DE LA CIENCIA - Fuerza de gravedad:** evento en que la caída parabólica permite inferir que la víctima fue empujada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba:** mejor evidencia, procedencia || **TESTIMONIO ÚNICO - Valoración probatoria || HOMICIDIO AGRAVADO - Se configura**

«Aunque el defensor adujo que **fue cercenada la declaración** de la perito [...], pues con el contrainterrogatorio formulado a ella se determinó que MR no le suministró medidas ni señaló la inclinación del tronco de la niña o que la mujer adulta la estuviera sosteniendo, encuentra la Corte que no atinó a señalar los apartes cercenados con vocación demostrativa

suficiente para acreditar una realidad fáctica y jurídica distinta a la declarada en las instancias.

Además, **no controvertió probatoriamente las conclusiones de la perito**, como aquella de que si el tubo que servía de baranda en el balcón era delgado, la niña no pudo subir por su propia cuenta, sentarse y sostenerse sola, por el contrario, su inconformidad parte de su personal aprehensión del suceso, planteamiento ajeno al rigor propio de este recurso extraordinario, no instituido para que los recurrentes se opongan, sin más, a las conclusiones del fallo atacado, sino para que demuestren errores en la aplicación de la ley, en la apreciación de las pruebas o en la guarda de la validez y legitimidad del trámite.

Se reitera, si la niña no cayó cerca de la fachada del edificio, sino a 3.14 metros, no es necesario demostrar que alguien vio cuando la acusada la empujó, pues mediante un proceso inferencial se colige que **si conforme a una ley de la ciencia, la fuerza de gravedad, los objetos en reposo caen perpendicularmente, es claro que si la caída se produce en forma parabólica es porque se alteró el estado de reposo y, en el caso analizado, puede deducirse que la niña fue empujada como para que cayera a la referida distancia**, como en efecto **lo estableció la perito** [...], circunstancia no desvirtuada por el impugnante.

A su vez, si el tubo que corresponde a la baranda del balcón tenía 5 centímetros de diámetro, es razonable concluir que en un soporte tan delgado la niña no podía mantenerse sola y sin apoyo por cerca de un minuto y, si adicional a ello MR declaró que detrás de la menor se encontraba una mujer adulta, AS, se impone concluir que no solo la subió a dicha baranda, sino que la sostuvo, para posteriormente **empujarla** al vacío.

Adicionalmente, si el balcón estaba a 44 metros de altura, la baranda estaba a 1.11 metros del piso y el muro de apoyo estaba a 40 centímetros de la baranda (fol. 566), es claro que la menor no podía subirse por sus medios a la baranda, tanto menos sentarse en ella y tampoco podía permanecer sobre el tubo por cerca de un minuto, en cuanto tenía una estatura de 1.05 metros, con un peso de 16 kilos, máxime si como lo declaró su padre, era de una *“personalidad temerosa”*, al punto que se abstenía de lanzarse a la piscina de adultos pese a que él le ofrecía sus brazos para recibirla, de modo que no tenía la vocación intrépida y arrojada que sugiere la defensa.

Como consecuencia de lo anterior se impone concluir que AS, simulando jugar con la menor, la subió a la baranda con los pies hacia afuera del balcón, necesariamente la sostuvo por detrás y, luego de un minuto, procedió a **empujarla** al vacío, **causando su muerte** derivada de las múltiples lesiones que sufrió.

Así las cosas, el defensor **no especificó, ni la Sala advierte, qué apartes de la declaración** de la perito [...] **fueron cercenados** y tuvieron decidida injerencia en el fallo cuestionado

En cuanto se refiere a la censura que el casacionista emprendió contra el **dictamen** del otro **perito en física** [...], considera la Corte que si bien el **testigo** MR afirmó que la niña cayó como si no la hubieran empujado, mientras **el perito** describió una **caída en parabólica**, se reitera que si la víctima cayó al jardín del conjunto a 3.14 metros de la fachada del edificio, **se impone colegir que medió una fuerza horizontal, esto es, un empujón**, pues de lo contrario, conforme a la **ley de la gravedad**, estando en reposo en la baranda del balcón, habría caído muy cerca de la fachada, luego es evidente que la **prueba técnica** desvirtúa en este caso la apreciación del **único testigo** de la caída, teniendo el carácter de **mejor evidencia**.

Como también el recurrente señaló que el proceder de la acusada luego de la caída de la niña no permite concluir que se trató de una conducta dolosa, baste señalar que si en verdad la caída hubiera sido accidental, lo normal es que AS procediera a informar al padre y tía de la infante que estaban en el apartamento, en busca de ayuda, pero por el contrario, salió presurosa y en silencio de la unidad residencial y cuando su novio AAPZ, progenitor de la niña, la llamó a preguntarle sobre lo sucedido, fingió total desconocimiento de los hechos, intentando dar pie a la coartada de que la menor estaba sola en el balcón, se subió por sus medios a la baranda y cayó.

Desde luego, no es esta conducta ulterior a los hechos suficiente para demostrar la conducta dolosa, sino que debe ser ponderada en conjunto con lo apreciado por el testigo VM, lo que de ello se deduce, además de los registros fotográficos y topográficos, junto con los dictámenes de los expertos en física y en especial, lo declarado por quienes atendieron inicialmente a la niña, quien les dijo que la habían tirado».

(Texto resaltado por la Relatoría)

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
ACEPTACIÓN O ALLANAMIENTO A CARGOS:
Decisión por medio de la cual se le imparte
aprobación o se niega, constituye un auto
que puede ser objeto de impugnación y
control judicial**

Revisada la negativa a conceder la *apelación* por parte del Tribunal respecto de la determinación que adoptó, consistente en no admitir la *aceptación de cargos* efectuada por el procesado en la audiencia preparatoria, la Sala observó necesario acceder al *recurso de queja* formulado y conceder en el efecto devolutivo el de alzada, puesto que la decisión a través de la cual se imparte aprobación o se niega el allanamiento del acusado al compromiso penal que se le atribuye, constituye un *auto* que puede ser objeto de impugnación y control judicial. En este sentido la Corporación se detuvo a explicar la diferencia existente en el sistema acusatorio, entre los *autos* y las *órdenes*.

AP677-2019 (54708) del 27/02/19

M. P. Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**RECURSO DE QUEJA - Procedencia ||
AUDIENCIA PREPARATORIA - Asuntos que se
discuten en esta diligencia || SISTEMA PENAL
ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a
cargos:** oportunidad, en la audiencia
preparatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO
- Providencias judiciales:** clases || **SISTEMA
PENAL ACUSATORIO - Providencias judiciales:**
autos, resuelven un aspecto sustancial ||
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Providencias
judiciales:** órdenes, se limitan a disponer un
trámite para dar curso a la actuación || **SISTEMA
PENAL ACUSATORIO - Providencias judiciales:**
diferencias entre autos y órdenes || **SISTEMA
PENAL ACUSATORIO - Providencias judiciales:**
autos, son susceptibles de ser impugnados ||
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o
allanamiento a cargos:** decisión por medio de la
cual se le imparte aprobación o se niega,

constituye un auto que puede ser objeto de impugnación y control judicial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** procedencia, cuando se niega el recurso de apelación

«La Sala anuncia que **el recurso de queja será admitido y en consecuencia la apelación concedida, pues ésta sí resultaba procedente**, como procede a detallarse.

De conformidad con el numeral 5 del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en desarrollo de la audiencia preparatoria el juez dispondrá: “*que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario*”.

En otros términos, uno de los momentos que efectivamente hace parte integrante del desarrollo de la **audiencia preparatoria** es aquel en el que el funcionario de conocimiento interroga expresamente al procesado sobre la **aceptación de los cargos formulados** y lo ilustra de las consecuencias de tal manifestación en esa **oportunidad procesal**.

Esa declaración del procesado debe ser objeto de una verificación que permita determinar que la misma es de naturaleza voluntaria, libre, informada y espontánea. De resultar positivo ese examen, en razón del momento procesal y al tenor del numeral citado, el juez de conocimiento procederá a dictar sentencia. En caso contrario, continuará con el trámite ordinario.

Existe una controversia implícita en este asunto, pues parece no haber claridad en torno a la naturaleza jurídica de la providencia judicial adoptada el 30 de enero de 2019 en desarrollo de la audiencia preparatoria, toda vez que para el a quo se trata de una **orden judicial**, mientras que para el quejoso de **un auto**.

En los precisos términos del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal son **autos** los que “*resuelven algún incidente o aspecto sustancial*”, mientras que serán **ordenes** las que “*se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar*

curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma”.

Para los actuales fines, tal distinción resulta medular en la medida en que **sólo los autos son susceptibles de ser impugnados**, comprensión que orientó la decisión de la primera instancia.

[...] El 30 de enero de los corrientes, instalada la audiencia preparatoria, el Tribunal verificó lo relativo al descubrimiento probatorio y concedió el uso de la palabra a las partes para que procedieran a la respectiva enunciación de medios de prueba. Surtido lo anterior por la Fiscalía, el defensor manifestó que no tenía pruebas y solicitó le fuera concedido el uso de la palabra a su representado quien, a su turno, se allanó a los cargos.

Ante esa manifestación, el Tribunal interrogó a VP si se declaraba culpable, a lo que respondió afirmativamente el procesado; si esa aceptación era voluntaria; si estaba condicionada por su estado de salud; y tras evidenciar que era una declaración libre e informada, procedió a preguntarle sobre el reintegro patrimonial de al menos el 50% de lo apropiado.

Efectuado lo anterior, el a quo consideró *“que no tenía para indemnizar o reintegrar el monto de lo apropiado como lo señala la norma... Por lo tanto volver a insistir en el marco de esta audiencia preparatoria, en la que figura el allanamiento sin haberse hecho el reintegro de lo apropiado, al menos el 50% como lo establece la norma, indica revivir temas ya decididos por el Tribunal sobre los cuales dejó sentada su posición. Desde esta óptica, como le corresponde a la Sala darle curso al orden que debe seguir el trámite procesal, considera la Sala que no hay lugar a pronunciamiento sobre el allanamiento que se hace en esta oportunidad sin que se hubiere hecho el reintegro de lo apropiado en un porcentaje del 50%”.*

En esos términos el Tribunal le hizo saber al procesado que no aceptaba el allanamiento a cargos, por la específica razón transcrita, es decir que **sí emitió un pronunciamiento de fondo, adoptando así un auto interlocutorio que resolvía un aspecto sustancial**, pero **impidió que las partes apelaran** esa negativa.

La decisión judicial por medio de la cual se imparte aprobación o se acepta un

allanamiento a cargos, clara e indiscutiblemente, es un pronunciamiento sobre un aspecto sustancial y trascendente del proceso. Igual consideración le corresponde a la **negativa** en esa materia, pues resulta desafortunado sostener que no acoger la declaratoria de responsabilidad del procesado sea para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. **Esas decisiones, con innegables efectos sustanciales, pueden ser objeto de impugnación y control judicial.**

Nótese que el mismo Tribunal reconoció que al negar el allanamiento a cargos en la imputación no se interpusieron recursos y esa decisión cobró ejecutoria. Por esa razón y por el tópico sustancial que era decidido, causa desconcierto que [...], en un escenario procesal que expresamente prevé dicha etapa, no se hubiera procedido del mismo modo, esto es, rechazar motivadamente el allanamiento, notificar la decisión y permitir la interposición de los recursos de ley, por tratarse de un aspecto sustancial de la actuación de tal entidad que podría terminar anticipadamente el proceso.

Al afirmar erróneamente que se trataba de una orden, **el Tribunal denegó sin razón el recurso de apelación que resultaba material y procesalmente viable** para garantizar el debido proceso y el control judicial a la determinación, con independencia de si estimaba errada o desafortunada la postura reivindicada por el defensor y el procesado.

De lo hasta aquí expuesto emerge sin dubitación que el **Tribunal Superior [...] se equivocó al no conceder el recurso de apelación interpuesto** por el defensor de ADJVP **en contra del auto por medio del cual no aceptó el allanamiento a cargos del procesado.**

En consecuencia y por lo señalado, **la Sala reconocerá la procedencia de la apelación**, en el efecto devolutivo, y retornará el expediente al Tribunal Superior [...] para que adelante el trámite correspondiente a la impugnación vertical, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, sin obviar el recurso también interpuesto oportunamente por la Fiscalía cuyo trámite tampoco fue observado».

(Texto resaltado por la Relatoría)

**ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)
La Jurisdicción Ordinaria es competente
cuando se trata de un tercero que no se
acoge voluntariamente a la Jurisdicción
Especial para la Paz**

La Corte ratificó su *competencia* para continuar conociendo de la *demanda de casación* presentada por un *tercero* colaborador del grupo denominado FARC – EP, quien fue declarado penalmente responsable de la comisión del delito de *Rebelión* a título de *cómplice*. En este sentido, la Sala explicó que la comparecencia ante la *Jurisdicción Especial para la Paz* sólo es obligatoria para los *combatientes*, de manera que tratándose de un *tercero* que manifestó su deseo de proseguir su caso en la *Jurisdicción Ordinaria*, su exteriorización de voluntad en tal orientación, resulta *vinculante* para la *administración de justicia*.

AP875-2019 (50874) del 6/03/19

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017): competencia sobre terceros || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017):** la comparecencia de terceros es voluntaria || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Sujeto destinatario:** tercero || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017):** la comparecencia obligatoria se predica exclusivamente de los combatientes de las FARC-EP || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Ordinaria:** es competente cuando se trata de un tercero que no se acoge voluntariamente a la Jurisdicción Especial para la Paz || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Competencia:** de la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de un tercero colaborador de las FARC-EP, que desea continuar el asunto en la jurisdicción ordinaria || **REBELIÓN - Competencia**

«[...]el artículo transitorio 16 del AL 01/2017, establece que **la comparecencia a la JEP para quienes no tienen la calidad de combatientes, es**

decir, los terceros que sin pertenecer a los grupos armados hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, es voluntaria:

“Artículo transitorio 16°. Competencia sobre terceros. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.”

En ese orden, **solo los integrantes de las FARC-EP, o acusados de serlo, son comparecientes obligatorios a la JEP**, por tratarse del grupo alzado en armas que como parte de la negociación con el Estado colombiano exigió, a cambio del desarme, la creación de un sistema especial de justicia con particularidades y especificidades que se identifiquen con el marco del conflicto armado.

En tanto que **quienes no formen parte de la organización alzada en armas, pero hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, son terceros cuyo sometimiento a la JEP es potestativo.**

En el presente asunto, el tribunal atribuye responsabilidad a JAG, por **colaborar con las actividades del grupo armado FARC-EP**, tildándolo de **cómplice**, es decir, de contribuir a la realización de la conducta punible de **rebelión**, toda vez que, según el fallo, el procesado valiéndose de su ocupación de moto taxista, auxiliaba las labores de transporte usuales en la dinámica de dicha organización armada.

Siendo así, JAG es un tercero que sin pertenecer a las FARC-EP, presuntamente colaboraba con ellas, lo que lo ubica en el **grupo de personas cuya comparecencia es voluntaria a la Jurisdicción Especial para la Paz**, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo transitorio 16 del AL 01 de 2017.

Advertida esta situación, las instancias le preguntaron a JAG **si quería acogerse a la JEP, recibiendo respuesta negativa por parte de su defensa**, quien informó que luego de consultar con su cliente, este le manifestó su deseo de

continuar en la jurisdicción ordinaria, **decisión del procesado que vincula a la administración de justicia por tratarse de un tercero colaborador, cuya comparecencia a la JEP no es obligatoria.**

En consecuencia, **la Corte Suprema de Justicia es competente para continuar conociendo del asunto que se estudia.**

(Textos resaltados por la Relatoría)

ACOSO SEXUAL

Para su configuración requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos

Al confirmar la decisión absolutoria emitida por el Tribunal respecto de un funcionario judicial, la Corte consideró preciso estudiar minuciosamente los elementos del tipo penal de *Acoso Sexual*, recabando que su configuración no puede responder a una *conducta aislada* sino a una actividad *persistente, incesante y continua*, la cual requiere de *habitualidad o permanencia* en dirección a la obtención de los fines sexuales pretendidos por el sujeto activo.

SP834-2019 (50967) del 13/03/19

M.P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Configuración: no puede responder a una conducta aislada sino a una actividad persistente, incesante y continua, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima

ACOSO SEXUAL - Delito de mera conducta ||

ACOSO SEXUAL - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos ||

ACOSO SEXUAL - No se configura

«[...] entiende la Sala, en función de la única hipótesis fáctica considerada por el acusador, que el comportamiento desplegado por el servidor judicial **no se adecúa típicamente al delito de Acoso sexual**, por el cual fue acusado, lo cual se revela con mayor claridad frente a la otra característica del tipo penal del artículo 210A del Código Penal, relativa a los verbos rectores sobre los cuales se puede manifestar la conducta típica

lesiva del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales.

Al respecto, es preciso acotar que **para la estructuración del tipo penal en cuestión se requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos**, lo que se desprende de los **verbos alternativos** previstos para su realización: **«acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente»**.

De manera que su caracterización se encuentra definida por la presencia de unas situaciones típicas que, **en modo alguno, pueden responder a una conducta aislada sino a una actividad persistente, incesante y continua, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima**, sin que en ese propósito, importa resaltarlo, sea relevante que se logre o no la finalidad perseguida, puesto que se trata de un **delito de mera actividad que no requiere para su consumación del resultado en lo que al cometido sexual respecta.**

[...] Lo anterior no impide, según también se aclaró por la Corte, que actuaciones materializadas en un solo acto puedan afectar, de distinta manera, el bien jurídico tutelado de la Libertad, integridad y formación sexuales a través de otra norma de prohibición, resaltándose, eso sí, en lo que atañe a la conducta de **Acoso sexual**, que no se precisa de la prolongación en el tiempo sino de la **persistencia** en los actos de acoso, persecución, hostigamiento o asedio.

[...] En el presente caso, está demostrado que el comportamiento desplegado por el acusado CM **fue un acto aislado, sin la continuidad o persistencia en el actuar reclamada por la descripción típica** en relación con las **conductas alternativas** que podrían configurar la existencia de un **acoso sexual** que afrentara, de esa manera, la dignidad y la libertad de autodeterminación de la persona ofendida.

Dicho aspecto en particular fue clarificado por la propia denunciante, quien declaró que aquel día de los hechos fue la primera vez que vio al acusado, que nunca había tenido contacto con él y que, además, después de lo sucedido en esa oportunidad, no volvió a comunicarse con ella. Así mismo, la deponente expresó que el acusado cesó en su empeño una vez ella respondió con insultos a su propuesta, procediendo en el mismo acto a disculparse por su atrevimiento [...].

En suma, se tiene que, en relación con la tipicidad del comportamiento realizado por el acusado DECM, no existe evidencia suficiente para concluir que ejecutó el tipo penal de Acoso sexual».

(Textos resaltados por la Relatoría)

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Para su configuración el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución

La Sala advirtió necesario *casar* el fallo impugnado, al evidenciar la *violación directa de la ley sustancial* por parte del Tribunal, el cual incurrió en *interpretación errónea* de la norma descriptiva del tipo penal de *Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes*, pues entendió que el verbo rector “*llevar consigo*” estructuraba por sí sólo el comportamiento, olvidando la reiterada jurisprudencia de la Corporación, en el sentido que dicha acción contiene como inherente el *elemento subjetivo* relativo a la *venta o distribución*, sin cuya constatación, la conducta es *atípica* y la decisión irremisiblemente absoluta.

SP025-2019 (51204) del 23/01/19

M.P. Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica || **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - No se configura** || **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Configuración:** el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución || **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos:** verbos rectores, llevar consigo, elemento

subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** ratificación de línea jurisprudencial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de acusación:** requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura** || **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY - Se configura** || **CASACIÓN OFICIOSA - Deber de decretarla cuando se afecten garantías** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** en casos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

«[...] es claro que efectivamente **el Tribunal está desplazando la carga de la prueba a la defensa**, por virtud de lo cual sostiene que esta es la encargada de probar la condición de adicto o consumidor del acusado, el asunto tiene un espectro más amplio que el de la simple violación del debido proceso, que en principio se advierte el tipo de vicio pasible de atribuir al Ad quem.

En efecto, ya de manera pacífica la Corte ha sostenido, luego de un cambio gradual en la percepción del fenómeno del narcotráfico y, en especial, de la condición del consumidor o adicto, menesteroso de tratamiento de salud y no punitivo, que **el verbo rector llevar consigo**, establecido como uno de los tantos alternativos del artículo 376 del C.P., **reclama, para su configuración punible, de un elemento subjetivo o finalidad específica, remitidos a la venta o distribución.**

En otras palabras, que **la conducta aislada llevar consigo, por sí misma es atípica si no se le nutre de esa finalidad específica.**

[...] En el anterior marco jurídico conceptual, que ahora se ratifica, es evidente que la determinación de **si el implicado tiene como fin la distribución o venta, se asume necesario complemento del verbo llevar consigo**; entonces, la conclusión obligada de realizar por el fallador **cuando no se demuestra dicho componente subjetivo, es la absolución.**

De esta manera, como se anotó antes, el yerro pasible de atribuir al Tribunal no se agota en la sola **desviación de la carga probatoria hacia la defensa**, sino que abarca su concepción de lo que el tipo penal contiene, o mejor, del **alcance del verbo rector llevar consigo.**

Cuando el Tribunal asume que **llevar consigo** se erige, por sí mismo, en delictuoso, desconoce de la **exigencia subjetiva necesaria** para complementar como efectivamente típica la conducta, lo que redundante, en términos casacionales, en la tergiversación o **indebida interpretación de la norma sustancial.**

Por ello, asiste la razón al Ministerio Público cuando en el cargo segundo alude al error directo en cuestión, fácilmente detectable en la argumentación que utilizó el Tribunal para emitir fallo de condena, no otra, se recuerda, que advertir inexistente la prueba de que el procesado es adicto o consumidor, cuando la inadvertencia debió operar mejor respecto del elemento subjetivo especial, esto es, la demostración de que la droga iba destinada a la venta o distribución, tópicos que necesariamente radican en cabeza del ente acusador.

No es necesario, cabe destacar, que la Corte realice más precisiones respecto de lo debatido, en tanto, es evidente que la jurisprudencia actual cubre con suficiencia las distintas aristas del caso concreto.

Se debe añadir, eso sí, que el mensaje implícito en su tesis, acorde con las coyunturas actuales del fenómeno del narcotráfico y la mejor forma de combatirlo, estriba en llamar la atención respecto del foco de ataque, que no lo debe ser el consumidor o simple portador, sino el andamiaje criminal que permite llevar hasta estos el estupefaciente, a la manera de entender que los organismos de policía e investigación han de sofisticar su tarea para que no se dilapiden esfuerzos y pueda permitirse, a través de una adecuada labor de inteligencia y seguimiento, desarticular las bandas criminales, incluyendo,

desde luego, los encargados de atender el llamado microtráfico.

De otro lado, el Fiscal interviniente en la audiencia de alegaciones postuló, de manera accesoria, la necesidad de que la Corte llame la atención en torno de la calificación fáctica y jurídica que algunos fiscales conciben de manera incompleta, defecto visible en sede de imputación, acusación y alegaciones finales.

Sobre el particular, la Corte advierte que ello efectivamente ha sido motivo de preocupación constante para la Sala, visto el efecto que puede tener para el principio de congruencia y el derecho de defensa, razón por el cual de manera reiterada ha insistido en la necesidad de que los hechos sean expuestos de manera clara, precisa y suficiente.

Incluso, por ocasión de dicha preocupación, de manera pedagógica ha establecido pautas o criterios generales para la elaboración de los escritos de **acusación**, delimitando en qué consiste **la narración de los hechos jurídicamente relevantes** y cómo ello se compagina con la conducta o conductas punibles objeto de persecución penal.

En particular, destaca la Corte lo consignado en los radicados 44866, del 16 de abril de 2015 y 44599, del 8 de marzo de 2017.

Para finalizar, releva la Corte que la sentencia de segunda instancia debe ser casada porque incurre en **violación directa de la ley sustancial**, dado el equivocado entendimiento que dio al contenido del artículo 376 del C.P.

Error que se verifica **trascendente**, pues, debido al mismo emitió sentencia de condena en contra del acusado por solo llevar consigo sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, sin que se comprobara que la misma estaba destinada a la venta o distribución.

Lo anotado conduce a que **se case la sentencia impugnada, que deberá ser revocada para, en su lugar, absolver a ACGG del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes** por el que fue acusado.

Se dispondrá cancelar las órdenes de captura emitidas en contra del procesado, con ocasión del fallo de condena expedido [...].».

(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

