



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

**Providencia. N° [AP5084-2014 Rad. \(44472\)](#)  
M.P. Dra. **MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ****

**DEBE ANALIZARSE CADA CASO CONCRETO PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA DEL IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS ENCARGADO DE VIGILAR LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA EMITIDA CUANDO SE DESEMPEÑA COMO JUEZ DE CONOCIMIENTO**

#### ANTECEDENTES RELEVANTES

El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Arauca, manifestó su impedimento para vigilar la condena contra D.M.M., con fundamento en que «el fallo fue proferido por él mismo, cuando fungió como juez de conocimiento». Se pronuncia la Sala acerca del precitado impedimento.

#### PRINCIPALES ARGUMENTOS:

**IMPEDIMENTO** - Haber participado en el proceso: Como Juez de Conocimiento cuando supervisa la condena como Juez de Ejecución de Penas, análisis de cada caso

«Ante una situación como la presente, lo procedente es estudiar la posible configuración de la segunda de las eventualidades contempladas en la disposición en cita, esto es, que el funcionario “hubiere participado dentro del proceso”, la cual, según reiterado criterio de la Sala, debe analizarse de la siguiente manera:

...[L]a comprensión de este concepto [participación previa] no debe asumirse en sentido literal. Es preciso que esa intervención, para que adquiera un efecto trascendente acorde con los fines de la norma, tenga la aptitud suficiente para comprometer la ecuanimidad y la rectitud de la magistrada. Su actividad dentro del proceso, dicho en otros términos, debe haber sido esencial y no simplemente formal. (CSJ AP, 07 May 2002, Rad. 19300).

En seguimiento de tal doctrina, cuando la Corte se ha pronunciado sobre el impedimento para fungir como

jueces de ejecución, propuesto por quienes participaron en el procedimiento en calidad de falladores de conocimiento, (precisamente las tres providencias aludidas previamente), lo ha hecho en los siguientes términos:

1) Consideró infundada la manifestación en tal sentido, propuesta por una magistrada con el objetivo de abstenerse de resolver la apelación contra la negativa de la solicitud de «concesión de permisos para gestionar el pago de sus cesantías ante los bancos de la ciudad y para dictar clases en la casa del menor».

(...)

2) Tampoco aceptó el impedimento expresado por dos funcionarios de un Tribunal, que rehusaron el conocimiento de la alzada respecto de la denegación del beneficio sustitutivo de vigilancia electrónica.

(...)

3) Por el contrario, declaró fundadas las razones expuestas por un magistrado para apartarse de participar en el trámite de segunda instancia relativo a un auto por el cual se negó la sustitución por prisión domiciliaria, con fundamento en que «la materialidad de la causal que se invoca se constata con la simple revisión de la sentencia condenatoria, en la cual claramente se nota que el juez se ocupó de manera expresa de la prisión domiciliaria de [...] la cual negó con una argumentación relativamente extensa, lo que conlleva a concluir que ya comprometió su criterio en esa materia, por lo que deberá ser alejado del conocimiento de dicho asunto...” (CSJ AP, 17 Feb 2010, Rad. 33525).

La Conclusión a la que debe arribarse es que los jueces ejecutores no están automáticamente impedidos para vigilar las condenas que hayan impuesto en calidad de falladores de instancia. Por el contrario, dicha intervención procesal debe ser evaluada en cada caso concreto, para determinar si las consideraciones contenidas en la sentencia tienen la potencialidad de influir en las decisiones relativas a la supervisión del fallo.

En consecuencia, de presentarse la confluencia de funciones (inicialmente la de conocimiento y posteriormente de la de ejecución de penas) en un

mismo funcionario, éste habrá de sopesar si su imparcialidad se encuentra comprometida por su actuación previa; pero, evidentemente, sólo podrá efectuar tal ponderación cuando conozca cuál es el asunto específico que debe resolver, pues puede que la razón impeditiva se configure respecto de uno, pero no respecto de otro.

Así las cosas, es claro que la presente manifestación de impedimento no tiene vocación de prosperidad, pues fue formulada de manera genérica con relación a la pluralidad de determinaciones que eventualmente tendrían que ser adoptadas por el despacho ejecutor. Según se ha explicado, tal proposición no puede emitirse ex ante, ya que es imposible establecer anticipadamente si la objetividad del fallador puede o no verse afectada.

Ante tal panorama, se declarará infundado el impedimento expresado por el titular del Juzgado de Ejecución de Arauca».

#### **DECISIÓN:**

Declarar infundado

**Providencia. N° AP5227-2014 Rad. (44195)  
M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**TRATÁNDOSE DE DELITOS DE EJECUCIÓN  
PERMANENTE CUYA COMISIÓN COMENZÓ EN  
VIGENCIA DE UNA LEY Y SE CONTINUÓ  
EJECUTANDO HASTA EL ADVENIMIENTO DE UNA  
LEGISLACIÓN POSTERIOR, SE IMPONE LA  
APLICACIÓN DE ÉSTA ÚLTIMA  
(NORMAS RELATIVAS A LA LIBERTAD  
CONDICIONAL – LEY 1709 DE 2014)**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

Se pronuncia la Sala acerca del recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra el auto a través del cual el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, concedió la libertad condicional al ex Representante a la Cámara.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE** - Aplicación de la favorabilidad: Se descarta, para conceder la libertad condicional / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Delito permanente

«Durante el lapso de cometimiento del delito imputado al condenado rigió el artículo 64 original de la Ley 599 de 2000.

(...)

Esa disposición fue modificada por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004, vigente desde el 1° de enero de 2005.

(...)

Sobre la vigencia del artículo 5° de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, debe retomar la Corte su estudio para señalar que se encuentra rigiendo en todo el territorio nacional desde el 1° de enero de 2005, por no estar su incorporación a la legislación colombiana sujeta a la implementación gradual del sistema penal acusatorio.

Aunque la Ley 890 se publicó en el diario oficial el 7 de julio de 2004, el artículo 15 dispuso que regiría a partir del 1° de enero de 2005, «con excepción de los artículos 7° a 13», que entraron en vigencia en forma inmediata.

Acorde con lo anterior, la ley comentada no previó excepción o condicionamiento para que el artículo 5° empezara a regir el 1° de enero de 2005, junto con el resto del articulado. La única discusión surgió en la aplicabilidad del aumento punitivo descrito en el artículo 14 ibídem, respecto del cual la Corte ha estimado pacíficamente, en casos de no aforados, que empezó a regir para conductas ocurridas en vigencia del sistema acusatorio.

(...)

Es claro, pues, conforme a lo hasta aquí dicho que dos normas de libertad condicional rigieron durante la comisión de la conducta punible. El artículo 64 original de la Ley 599 de 2000 -vigente hasta el 31 de diciembre de 2004— y el 5° de la Ley 890 de 2004, el cual modificó el anterior y empezó a regir el 1° de enero de 2005.

Aunque la primera instancia no explicó bajo cuál de los disposiciones anteriores le otorgó la libertad condicional al ex Representante a la Cámara aquí condenado, asume la Sala que lo hizo con sustento en el artículo 64 original de la Ley 599 de 2000 porque su análisis se limitó a dos supuestos: el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena y la buena conducta del condenado en el establecimiento carcelario. Pasó por alto ese despacho judicial que tratándose de delitos de ejecución permanente cuya comisión comenzó en vigencia de una ley y se continuó ejecutando hasta el advenimiento de una legislación posterior, se imponía la aplicación de ésta última en concordancia con el criterio jurisprudencial sentado por la Corte en sentencia del 25 de agosto de 2010, casación 31407.

(...)

Si en el presente caso la modificación introducida por el artículo 5° de la Ley 890 de 2004 entró en vigencia mientras se cometía el delito objeto del proceso, se imponía su aplicación. A condición, como es obvio, de que resulte más favorable al condenado que el recientemente expedido artículo 30 de la Ley 1709 de

2014, por el cual se varió nuevamente el artículo 64 del Código Penal».

**LIBERTAD CONDICIONAL** - Aplicación Ley 1709: Favorabilidad / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): Valoración de la conducta punible

«Teniendo en cuenta que el principio de favorabilidad de la ley penal ha de aplicarse caso por caso y no de manera general, por cuanto cada asunto tiene sus particularidades, debe la Sala ahora definir cuál de las dos normas de libertad condicional (el Art. 5° de la Ley 890 de 2004 o el 30 de la Ley 1709 de 2014) le resulta más beneficioso al condenado, advirtiendo antes acerca de la impertinencia de construir una tercera disposición con partes de ambas.

(...)

Los dos artículos coinciden en los siguientes requisitos para la concesión de la libertad condicional: i) valoración de la conducta; ii) buena conducta durante el tratamiento penitenciario, y, iii) reparación a la víctima. En la porción que debe haberse descontado de la pena privativa de la libertad para obtener el beneficio (2/3 partes según la Ley 890 y 3/5 parte conforme a la Ley 1709), resulta notablemente más favorable al condenado la última.

Adicionalmente se observa que mientras la Ley 890 de 2004 requería para la procedencia del subrogado penal el pago de la multa impuesta, el artículo 3° de la Ley 1709 dispuso: “En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo, podrá estar condicionado al pago de la multa”, favoreciendo evidentemente los intereses de OL, ya que no obra constancia en la actuación de la cual se concluya que efectuó el pago de la pena principal pecuniaria impuesta en la sentencia del 6 de marzo de 2013 que se encuentra en ejecución.

En relación con la exclusión legal de subrogados penales, aunque en el artículo 68 A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, se encuentra incluido el delito de concierto para delinquir agravado, el parágrafo 1° ejusdem dispone que esa prohibición no se aplicará a la libertad condicional.

No cabe duda, en conclusión, que es más favorable al sentenciado el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. Y aunque no se debe olvidar que allí se introdujo como exigencia de la libertad condicional la demostración del arraigo familiar y social, se trata de un aspecto que puede ser valorado por el Juez con los elementos de prueba obrantes en la actuación o allegados por el peticionario, naturalmente después de comprobar

satisfecho el cumplimiento del factor objetivo, que como quedó evidenciado disminuyó a las 3/5 partes, en comparación con el establecido en la Ley 890 de 2004.

La razón, entonces, está del lado del recurrente pues ninguna alusión hizo la primera instancia a la conducta punible. En la determinación de conceder o no el subrogado penal aquí aludido el artículo 5° de la Ley 890 -se recuerda— le ordenó al funcionario judicial tener en cuenta la «gravedad de la conducta». El vigente artículo 64 del Código Penal (modificado por la Ley 1709 de 2014 y aplicable por favorabilidad al presente caso) estableció la procedencia del mecanismo “previa valoración de la conducta punible”. Indiscutible, por tanto, que la a quo se equivocó al soslayar las consideraciones del caso asociadas a la estimación del comportamiento imputado al ex Representante a la Cámara EOL.

El examen de ese aspecto es previo al estudio de las demás exigencias y no supone una disertación adicional a la realizada por el juzgador en el fallo, como lo entendió la Corte Constitucional en la Sentencia C- 194 de 2005 al analizar la constitucionalidad del mismo.

(...)

Sobre esta evaluación que corresponde al Juez que vigila la ejecución de la sentencia, encuentra la Corte que en el presente caso el diagnóstico es de necesidad de cumplimiento de la pena por parte del condenado. Si se le concediera la libertad, serían negativos los efectos del mensaje que recibiría la comunidad pues entendería que si personas socialmente calificadas delinquen y en la práctica no se materializa la sanción que les corresponde, también ellos podrían vulnerar la ley penal con la esperanza de que la represión será insignificante.

Siendo EOL un dirigente político del (...), se valió de su ascendencia sobre la población para aliarse con los paramilitares con influencia en la región y de esa manera -dijo la Sala en la sentencia— «(...) a solapa de nobles causas como “servir a la región”, se rebelaron contra la ley del Estado, que bajo égida del delito de concierto para delinquir prohíbe hacer alianzas, pactos o acuerdos políticos, económicos y de todo orden, con ejércitos ilegales, autodefensas o paramilitares, con el fin de promover; fortalecer, catapultar o legitimar ese tipo de organizaciones...».

(...)

Así las cosas, aunque EOL descontó privado de la libertad las 3/5 partes de la pena de prisión impuesta, el diagnóstico que surge de la valoración de la conducta punible por la cual la Corte lo condenó impide la concesión de la libertad condicional. En especial para la satisfacción de las funciones de prevención general y

especial de la pena debe cumplir con la totalidad de ésta».

**DECISIÓN:**

Revoca

**SALVAMENTO DE VOTO: DR. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**DELITOS DE EJECUCIÓN PERMANENTE -**  
Aplicación de la favorabilidad: Se debe aplicar este principio

**Providencia. N° AP5244-2014 Rad. (43964)**  
**M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**EXTRADICIÓN: NOTIFICACIÓN CONSULAR**  
**(CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES**  
**CONSULARES DE 24 DE ABRIL DE 1963)**

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

El Gobierno de Estados Unidos solicitó la detención preventiva con fines de extradición de H.M.C.C., «ciudadano mexicano requerido para comparecer a juicio por delitos federales de narcóticos». Corrido el traslado del art. 500 del C.P.P., «se pronuncia la Sala sobre la solicitud probatoria elevada» por la defensa.

**PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**EXTRADICIÓN -** Notificación consular: Como derecho del extranjero y la oficina consular y deber del Estado

«Siendo HMCC, un ciudadano mexicano, capturado en el territorio colombiano, requerido por los Estados Unidos de América, le es aplicable la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, aprobada por Colombia mediante Ley 17 de 1971, ratificada el 6 de septiembre de 1972, en tanto que allí se regulan las relaciones, privilegios e inmunidades consulares, garantizando a los nacionales de un Estado el acceso a las oficinas de sus consulados, cuando son privados de la libertad en territorio extranjero.

En este entendido, a HMCC se le debe garantizar el acceso efectivo a su consulado, mediante la notificación consular, tal como se prevé en el artículo 36, numeral 1-b de la mencionada Convención, en el que se prescribe:

(...)

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier

comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.

(...)

Previsión normativa que en el acápite subrayado implica una triple condición, pues por un lado, se erige como un derecho del extranjero privado de la libertad a ser informado de la asistencia y orientación que le puede brindar su consulado sobre su situación jurídica, así como se estatuye en un derecho de la oficina consular a tener conocimiento de las acciones que se adelantan en contra de uno de sus nacionales, y como consecuencia de ello, dicho derecho se erige en un deber del Estado que priva de la libertad a un extranjero, pues a efectos de garantizar los derechos antes enunciados, corresponde indicarle la existencia de tal prerrogativa, pues de lo contrario, difícilmente una persona no conocedora del derecho y las relaciones internacionales puede invocar las garantías que le asisten».

**EXTRADICIÓN -** Notificación consular: No informar al requerido de este derecho al capturado se puede subsanar en etapas posteriores

«Se advierte que los funcionarios de la Policía Nacional que hicieron efectiva la privación de la libertad de HMCC, no le pusieron de presente el contenido del artículo 36, numeral 1-b de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, sin embargo, tal omisión no implica que a aquél se le hayan vulnerado sus derechos fundamentales, aparejando con ello una irregularidad con incidencias en el debido proceso, pues es claro que tal error puede aún ser subsanado en la etapa que se está surtiendo, en tanto que la CIJ en el fallo ya referido estableció que el derecho de la notificación consular, si bien debe informarse en el menor tiempo posible, no impide que posteriormente, cuando se advierta tal omisión, pueda remediarse. En ese sentido indicó la CIJ en el mencionado Caso Avena, así:

“Después de un examen del texto de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de su objeto y fin y de sus trabajos preparatorios, la Corte determina que “sin demora” no debe necesariamente interpretarse en el sentido de “inmediatamente” después del momento de su detención, ni tampoco puede interpretarse en el sentido de que el suministro de la información debe necesariamente preceder a cualquier interrogatorio, de modo que la iniciación de un interrogatorio antes de haber suministrado la información fuera una violación



del artículo 36. Sin embargo, la Corte observa que de todos modos existe un deber de las autoridades aprehensoras de brindar la información a una persona detenida en cuanto se advierta que la persona es un nacional extranjero, o una vez que haya razones para pensar que la persona probablemente sea un nacional extranjero”.

Y tal conclusión cobra valor en el sentido que aun cuando la Corte Internacional de Justicia aboga porque el privado de la libertad tenga conocimiento del derecho que le asiste, en el menor tiempo posible, nada impide que el mismo se ejerza a estas instancias del trámite, cuando el requerido en extradición no ha efectuado ninguna clase de manifestación que comprometa su responsabilidad y en el entendido que ningún proceso judicial se ha llevado a cabo en su contra».

#### **EXTRADICIÓN - Notificación Consular: Finalidad**

«El fundamento de la notificación consular radica en que el extranjero privado de la libertad en un territorio extraño, no quede a merced de regulaciones desconocidas, colocándolo en una condición de debilidad».

#### **DECISIÓN:**

Negar la nulidad

**Providencia. N° AP5390-2014 Rad. (44580)**

**M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: MAGISTRADO CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS COMPETENTE PARA DECIDIR LA SOLICITUD DE SUSTITUCIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CUANDO EL PROCESO ESTÁ EN ETAPA DE CONOCIMIENTO**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

La Magistrada de Justicia y Paz con función de control de garantías del Tribunal Superior de Bucaramanga, se abstuvo de decidir la solicitud de sustitución de medida de aseguramiento, al considerar que el funcionario competente era el de Bogotá «porque la actuación contra el postulado ya se encuentra en etapa de conocimiento en dicha ciudad».

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Magistrado de control de garantías: Magistrado competente para resolver asuntos de procesos que están en etapa de conocimiento

«La Sala ya resolvió el problema jurídico que se acaba de exponer y lo hizo con una respuesta positiva al interrogante, es decir, definiendo que la función de

control de garantías en procesos de justicia transicional que ya transitan la fase de conocimiento, debe ser ejercida por un Magistrado del mismo distrito en que aquella se tramite atendiendo los especialísimos principios de este sistema de procesamiento y su distinción con el ordinario.

Claro está, en aquella oportunidad el asunto a decidir era una solicitud de libertad; sin embargo, la solución se extiende al presente evento porque igualmente es un tema cuya naturaleza impone el ejercicio de la función de control de garantías y no la de conocimiento, más aún cuando el efecto práctico que se persigue en ambos casos es el mismo: la liberación del postulado. En tal virtud, en el caso bajo examen no existen razones fácticas, jurídicas ni probatorias que impongan un viraje en el criterio anotado, por lo que el mismo se reitera so pena de un trato diferencial injustificado».

#### **DECISIÓN:**

Define competencia

**Providencia. N° AP5402-2014 Rad. (43716)**

**M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**A TRAVÉS DE SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO, EL DR. EUGENIO FERNÁNDEZ SOSTIENE QUE EL DELITO DE FRAUDE PROCESAL SE CONFIGURA ÚNICAMENTE EN RELACIÓN CON ASUNTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS DE CONNOTACIÓN JURISDICCIONAL POR LO QUE CUALQUIER CONDUCTA FRAUDULENTO SUSCEPTIBLE DE INDUCIR EN ERROR A UN REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS CONFIGURA EL DELITO DE OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

Advierte la Sala que prescribió la acción penal por el delito de fraude procesal, por el que fue condenado H.J.C.A., debido a que de forma fraudulenta, logró la inscripción de la «cancelación del patrimonio familiar y la compraventa del inmueble» de propiedad de C.A.T.M. y Y.M.R.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**PRESCRIPCIÓN** - Cuando se presenta con posterioridad a la sentencia de segundo grado

«Ha dicho la Corte que, desde la perspectiva de la casación, cuando el término prescriptivo se agota luego de proferido el fallo objeto del recurso extraordinario, “es deber del funcionario judicial de segunda instancia, o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla [...], ya sea de oficio o a petición de parte”:

Cuando la prescripción opera después de la sentencia de segunda instancia, se debe decretar directamente y cesar procedimiento con independencia del contenido de la demanda (se prescinde del juicio de admisibilidad) por haberse dictado el fallo en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionatoria del Estado».

#### **DECISIÓN:**

Declara prescrita la acción

#### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DR. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**FRAUDE PROCESAL** - Se estructura: Ocurre dentro de una actuación judicial o administrativa de connotación jurisdiccional

«Se advierten dos (2) posturas teóricas para los fines de establecer la configuración típica descrita en el artículo 453 del Código Penal.

Por un lado, la contemplada en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, según la cual el tipo de fraude procesal, al incluir las expresiones “servidor público” y “sentencia, resolución o acto administrativo”, no sólo busca proteger la administración de justicia, sino la administración pública en general, de suerte que también abarcaría cualquier trámite gubernamental o de similar índole.

Y, por otro lado, la prevista en la sentencia CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848, que, aunque formalmente ratificaba la anterior decisión frente a las actuaciones ante el Registrador de Instrumentos Públicos, sostenía como argumento central que si el inducido en error (en ese caso, el notario) carece de atribuciones de jurisdicción, no sólo porque no ostenta la calidad de servidor público, sino porque tampoco se trata de un particular o una autoridad administrativa habilitados para ejercerlas, no se incurre en el fraude procesal. Este criterio, sin embargo, fue el que precisamente desestimó la Corte en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148.

El debate, entonces, tendría que estar circunscrito a establecer si la conducta de inducir en error a un servidor público con el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley debería predicarse de actuaciones (ya sea de índole judicial o administrativa) en las cuales se debate un derecho o si, por el contrario, comprende cualquier acto gubernamental, además de los de jurisdicción, susceptible de producir efectos jurídicos.

Al respecto, el suscrito considera que el delito de fraude procesal se configura únicamente en relación con asuntos judiciales o administrativos de connotación jurisdiccional, es decir, en los que se induzca en error a un servidor público con deberes y facultades concretas de decisión, disposición, adjudicación o reconocimiento de derechos (son actos de justicia), según sea el caso. Lo anterior, por las siguientes razones:

Los fundamentos de la sentencia CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, no son contundentes. El principal argumento para aducir que la conducta punible de fraude procesal afectaba no sólo la eficaz y recta impartición de justicia (sino, en un sentido más amplio, la administración pública) radicó en que el tipo del artículo 453 del Código Penal se refería como sujeto materia de inducción en error al “servidor público”.

Tal argumento no es unívoco y aceptándose como válido no hace prevalecer el bien de la administración pública por sobre el de la impartición de justicia en el fraude procesal. Esa lectura, en todo caso, se aleja la claridad y precisión de la redacción de la citada conducta punible. Desconoce el principio de estricta legalidad y tipicidad, pues involucra conductas de autoridades administrativas que no resuelven asuntos litigiosos, derechos de partes y cuyo fin es estrictamente cumplir una función administrativa.

Admitir, como hasta ahora lo ha hecho la jurisprudencia, que la naturaleza pluriofensiva del fraude procesal es suficiente para la consumación de esta conducta que se ofenda a la administración pública, así no ocurra lo propio con la administración de justicia, para involucrar en ese ilícito todo acto administrativo obtenido con fraude, no es más que un equivocado entendimiento de esa modalidad de protección del legislador, como pasa a demostrarse.

Los tipos penales pluriofensivos amparan un número plural de intereses jurídicos, lo que debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

- (i) No significa que los bienes tutelados secundariamente desplacen al principal.
- (ii) Tampoco debe entenderse que uno de los intereses subsidiarios de manera independiente en otro tipo penal pueda tutelar la conducta como otra modalidad delictiva, precisamente por poner en riesgo en un caso dado el bien jurídico primigenio.
- (iii) Que el bien jurídico principal que el legislador selecciona para ubicar el tipo penal no deba ser agredido o puesto en peligro de manera grave no es un criterio válido en todos los casos para interpretar los tipos pluriofensivos, sin la ofensa a ese interés la acción

no es típica de esa descripción, podrá serlo de otra y al amparo de un bien jurídico diferente. Y ello es así porque si una conducta óptica no estructura la totalidad de los elementos del tipo penal y el bien jurídico es uno de ellos, no habrá adecuación sin atentar contra el bien principalmente protegido, a lo sumo la conducta corresponderá a otra tipicidad si así está prevista.

iv) En los tipos pluriofensivos, cuando no se pone en riesgo el bien jurídico principal, pero el legislador no previó una modalidad delictiva al amparo del interés subsidiario, es una situación en la que es suficiente para la tipicidad que se reúnan las demás exigencias del tipo conforme al derecho principal resguardado por la ley penal.

De no interpretarse de la manera indicada los tipos pluriofensivos habrá que admitirse entonces absurdamente que los titulares de los bienes jurídicos principales y subsidiarios serían sujetos pasivos de la conducta punible, cuando de manera pacífica se admite que solamente lo es el titular del bien jurídico afectado.

(...)

Los conceptos expresados, aplicados a las conductas fraudulentas que obtienen un acto administrativo, obligan a precisar que algunos ofenden a la vez la administración pública o la fe pública y la eficaz y recta impartición de justicia (fraude en un proceso de jurisdicción coactiva o disciplinario), otros por cumplir meramente una función administrativa ofenden únicamente la administración pública o la fe pública (fraude para obtener un documento público falso como la inscripción en catastro, industria y comercio, registro civil de nacimiento o defunción, oficina de registro de instrumentos públicos).

Nótese entonces que cuando el acto administrativo no ofende el bien jurídico primario (administración de justicia), la lesión o el peligro es exclusivo del interés o los intereses secundarios (administración pública o de pública), lo que obliga a trasladar el encuadramiento típico al título en donde la Fe Pública es principal y bajo cuyo amparo se describe el fraude al servidor público para reprocharlo como obtención de documento público falso.

En el tipo de fraude procesal, si en el juicio de lesión se prescinde del bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, como la administración pública o la fe pública, conforme lo ha venido haciendo la jurisprudencia de la Sala hasta ahora, descontextualiza la descripción típica del fraude procesal, se aparta de la voluntad del legislador quien eligió al primero de los intereses jurídicos señalados como el llamado en el fraude procesal a prevalecer en el campo del derecho

penal mínimo, porque de no entenderse así el alcance interpretativo corresponde a una criminalización expansionista o de derecho penal máximo.

Y, de hecho, ha aducido la doctrina, en relación con los tipos pluriofensivos, que “[a] pesar de la pluralidad de bienes a que la conducta típica se refiere, el legislador ubica estos tipos dentro del título que protege el bien que considera más importante o más hondamente lesionado”. Es decir, que en el caso del artículo 453 de la Ley 599 de 2000, siguiendo con la postura de la Sala en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, el bien jurídico principal que se pretende amparar de manera preferente es la eficaz y recta impartición de justicia.

El artículo 453 sólo se predica de procesos judiciales o administrativos con connotaciones de jurisdicción. El interés jurídico tutelado sería principalmente la recta impartición de justicia, de manera que sólo podría hablarse de una posible lesión a la administración pública o fe pública cuando de actuaciones administrativas de naturaleza jurisdiccional se tratase, en tanto la atribución de funciones judiciales a esas autoridades es excepcional, por mandato del inciso 3º del artículo 116 de la Carta Política.

(...)

Tanto el Título XVI en donde se halla consagrado el tipo («DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA») como el rótulo que lo define (fraude procesal) indican sin lugar a dudas que la conducta se predica solamente de procesos, bien sean judiciales o administrativos, que en tanto tales presuponen una discusión o pretensión de parte acerca de la existencia de un derecho.

En efecto, además de los elementos del tipo, también el rótulo (o denominación jurídica) y el bien jurídico a cuyo amparo el legislador describe una conducta constituyen reglas hermenéuticas que permiten en el proceso de adecuación fijar tanto el contenido como el alcance en su aplicación dentro de una situación específica dada.

Por un lado, es incuestionable dentro de la categoría de la tipicidad la función de sistematización que cumple el bien jurídico, entendida ésta como un criterio de clasificación para organizar en capítulos y títulos los tipos, de suerte que en ellos quedará inscrito no sólo el objeto principal de su protección, sino además un punto de apoyo válido en aras de delimitar su configuración, precisar la antijuridicidad material, emplearlo como argumento de política criminal o determinar el momento consumativo de la conducta, entre otras orientaciones. De ahí que en el evento de obviar esta función sistematizadora del interés jurídico, además de

suplantar la voluntad legislativa, se terminaría por penalizar conductas no correspondientes a la descripción legal o que podrían adecuarse a previsiones de otras normas penales ubicadas en bienes jurídicos distintos, tarea que en cualquier caso le está vedada al intérprete.

Por otro lado, la alusión a ‘proceso’ en el rótulo de fraude procesal comprende toda actuación (judicial o administrativa) que implique el cumplimiento de una función jurisdiccional.

En un sentido amplio, debe entenderse por ‘proceso’ los trámites o las etapas que progresivamente se cumplen para ejecutar una función por una autoridad en el ámbito judicial, administrativo o legislativo. En un sentido restringido, sin embargo, ‘proceso’ es aquel caracterizado por un fin específico, vinculado de manera inescindible con la administración de justicia, que consiste en resolver en derecho una controversia contenciosa o voluntaria en un caso concreto, por autoridad administrativa o judicial.

Para estos efectos, hay que distinguir además entre (i) el proceso administrativo y (ii) el procedimiento (o trámite) administrativo. El primero es aquel rito en el cual se cumplen de manera necesaria las funciones administrativa y judicial dentro de una situación específica. Y el segundo es aquel que, si bien culmina con un acto administrativo, conlleva como manifestación de la administración pública el cumplimiento exclusivo de funciones administrativas, siendo ejemplo de esta última situación el trámite que sigue a radicar un certificado médico de nacimiento para que por medio de su respectiva calificación el Registrador del Estado Civil autorice inscribir el registro civil de determinada persona.

(...)

En este orden de ideas, el delito de fraude procesal, como su denominación jurídica lo indica, sólo debería predicarse de los procesos administrativos, es decir, de cualquier actuación de esa índole que conllevase en el servidor público funciones de jurisdicción, y no de los procedimientos administrativos, esto es, de los trámites ante la administración que tienen fines distintos al de resolver un conflicto decidiendo o adjudicando un derecho.

(...)

No tendría características judiciales cualquier acto administrativo que (i), a pesar de ejercer una función de la administración pública, el ejercicio por la autoridad de su deber no tenga trascendencia en el plano de la administración de justicia; (ii) provenga de un servidor público que carezca de potestades decisorias, o de adjudicación o disposición, respecto de derechos; (iii)

sea emitido en un procedimiento sin fuerza coercitiva; y (iv) no conlleve una restricción del acceso a la administración de justicia».

**PRESCRIPCIÓN** - Cuando hay error en la calificación jurídica

«El administrador de justicia, dado el control constitucional y legal que debe ejercer en el cumplimiento de sus funciones, tiene que velar porque a la conducta se juzgue y se le asigne las consecuencias que jurídicamente correspondan con base en la realidad del acontecimiento, sin que las formalidades puedan autorizar solución diferente, como resolver la prescripción de la acción penal con base en una adecuación que no corresponde a la estricta tipicidad de los hechos que dieron origen a la investigación penal, cuando esta última hipótesis es el único fundamento válido y atendible para absolver, condenar o precluir».

**PRESCRIPCIÓN** - Cuando se aplica frente a una conducta atípica, valoración de la conducta

«No es totalmente cierto y justo que la prescripción impida en todos los casos hacer valoraciones para que la decisión judicial corresponda a la verdad objeto del proceso, propósito que no se cumple si la prescripción de la acción penal se aplica a conducta atípica.

(...)

Al demandante le asistía la razón en cuanto a que la conducta atribuida al procesado no constituía fraude procesal. No estaba en lo correcto cuando sugirió que la acción era por completo atípica, pues ésta encuadraba en una obtención de documento público falso. Y era ajustada a derecho su pretensión última, conforme a la cual la conducta ya había prescrito cuando fue emitida la decisión del ad quem».

**FRAUDE PROCESAL** - Se estructura: Ocurre dentro de una actuación judicial o administrativa de connotación jurisdiccional, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos

«El problema en el presente asunto no sólo consiste en determinar si el Registrador de Instrumentos Públicos de (...) es un servidor público, o si la inscripción y anotación en el folio de matrícula inmobiliaria se trata de un acto administrativo productor de efectos ante terceros, que fue a lo que se limitó la Sala en la sentencia CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, sino también si ese trámite corresponde a una actuación en la cual se adjudique, reconozca o decida con fuerza vinculante un debate acerca de la existencia de derechos de los cuales sea titular determinada persona.

La respuesta a este último interrogante es negativa por lo siguiente:

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.



El Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, en el reciente fallo CE ST, 12 may. 2014, rad. 23128, cuando unificó la jurisprudencia «en relación con la forma de probar el derecho real de dominio sobre un bien inmueble dentro de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo» (en el sentido de que «con el solo certificado de Registro de Instrumentos Públicos puede probarse la propiedad o la titularidad de un derecho real sobre el bien objeto del respectivo folio de matrícula inmobiliaria»), analizó con profundidad el tema de las funciones desplegadas por el Registrador de Instrumentos Públicos, así como del sistema registral inmobiliario. Al respecto, precisó:

El sistema de registro es un servicio público a cargo del Estado:

Ciertamente, como servicio público, el registro de instrumentos públicos es una actividad organizada, dirigida a satisfacer las necesidades de interés general de forma regular y continua por parte del Estado de manera directa, específicamente en cuanto corresponde a las necesidades encaminadas a garantizar la seguridad jurídica y la legalidad -en los términos de las competencias asignadas- en relación con los derechos reales que se constituyan, declaren, aclaren, adjudiquen, modifiquen, limiten, graven o extingan en relación con los bienes raíces .

El fin esencial de este servicio público es brindar seguridad jurídica y publicidad a los actos jurídicos relativos a la negociación de bienes inmuebles.

(...)

El Registrador de Instrumentos Públicos es un servidor público y sus actuaciones constituyen verdaderos actos administrativos.

(...)

El Registrador de Instrumentos Públicos tiene el deber de examinar y calificar tanto el título como el folio para la inscripción de la matrícula inmobiliaria, lo que no implica que resuelva un litigio o defina un conflicto sobre el derecho de propiedad.

(...)

Esa función de examinar y calificar, por lo tanto, no conlleva un control de legalidad ni un estudio de la validez del negocio jurídico, que son atribuciones del juez ordinario.

(...)

En consecuencia, el servicio público de registro de instrumentos inmobiliarios, a decir del Consejo de Estado, “le exige a los Registradores adelantar un procedimiento técnico, jurídico y especializado con el propósito de sólo inscribir aquellos títulos que reúnan los presupuestos legales previstos para ello” .

Se advierte entonces que la naturaleza de la actuación del Registrador en esos casos es un “procedimiento”, del cual ya se advirtieron sus diferencias con el “proceso”.

De la anterior reseña, es obvio colegir que el trámite ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos carece de connotaciones de jurisdicción, controversia, reconocimiento o adjudicación de un derecho en conflicto. Es decir, no implica ni formal ni materialmente una función judicial, en ese acto se cumple tan solo una función administrativa.

En efecto, si bien es cierto que se trata de una actuación adelantada por una autoridad administrativa (que, como tal, realiza en ejercicio de sus funciones actos de igual índole), y que la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria genera efectos jurídicos, no sólo entre las partes que negociaron el inmueble (transmisión de derechos reales) sino entre terceros (principio de publicidad), también lo es que las facultades del Registrador carecen de alcances decisorios o dispositivos sobre dichos derechos, pues no controla la legalidad del negocio que le es puesto de presente y los deberes tanto de examinación como de calificación para la procedencia de la inscripción se limitan a comprobar unos presupuestos (como los relativos a la presentación de un título, la competencia del funcionario, las formalidades en la solicitud y la correspondencia con el bien sujeto a registro) que en ningún momento implican actos de jurisdicción, ni tampoco limitan el derecho de acceso a la administración de justicia».

**OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO** - Se configura: Cuando se induce en error al Registrador de Instrumentos Públicos para obtener un registro ajeno a la verdad

«Teniendo en cuenta, entonces, que cualquier conducta fraudulenta susceptible de inducir en error a un Registrador de Instrumentos Públicos sería atípica frente a la realización del delito de fraude procesal en particular, y no afectaría el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia en general, cabe preguntarse si dicho comportamiento, en todo caso, encuadraría en algún tipo de la Ley 599 de 2000, actual estatuto sustantivo.

El artículo 29 del Decreto Ley 1250 de 1970 consagra la culminación del trámite de inscripción con la expedición de una constancia que se le entrega al interesado.

(...)

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que dicha constancia es la que le sirve al

solicitante como medio probatorio para la acreditación del derecho real transmitido.

(...)

El artículo 288 de la Ley 599 de 2000, por su parte, prevé el tipo de obtención de documento público falso como aquel en el que se induce en error a un servidor público con el fin de conseguir un documento que pueda servir de prueba y en el cual se halle consignada una alteración a la verdad.

(...)

En este orden de ideas, la acción de inducir en error al Registrador de Instrumentos Públicos para que inscriba un acto falaz entre partes con efectos de transmisión del derecho de dominio configura el delito del artículo 288 del Código Penal respecto de la consecución de la constancia que, culminado el trámite, le entrega al interesado el servidor público».

**Providencia. N° [SP11726-2014 Rad. \(33409\)](#)**

**M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**LÍNEA JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA FALTA DE ANTIJURIDICIDAD DEL TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES CUANDO SE TRATA DE LA DOSIS PERSONAL**

**(ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2009)**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

E.A.M.M. fue condenado, previo allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacentes. La defensa argumenta en casación, que E.A.M.M., «al portar para el propio consumo (insular o acompañado) las dosis de marihuana y cocaína (51.8 y 2.2. gramos, respectivamente) no puso siquiera en peligro el interés jurídicamente protegido: la salud pública, encarándose entonces una ausencia de antijuridicidad material o falta de lesividad que, de cara a la Constitución Nacional y a la ley, obligaba a ABSOLVER».

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: Ausencia de antijuridicidad de la conducta / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Dosis personal: Evolución jurisprudencial

«Sobre el tema de la dosis para uso personal, la dosis de aprovisionamiento y la antijuridicidad de la conducta de llevar consigo para el propio consumo, sustancias estupefacentes en cantidades legalmente definidas como de uso personal o ligeramente superiores a éstas, plausible se ofrece señalar, ab initio, que es claro para

esta Corporación que existe una estrecha interdependencia entre el modelo de Estado que se acoja constitucionalmente y la concepción del ius puniendi. Así, en un Estado Social de Derecho, el ejercicio del derecho a punir se justifica en la medida en que el legislador pretenda amparar el disfrute de los derechos fundamentales (vgr. vida, integridad personal, libertad, etc.), al igual que determinados bienes que se han considerado jurídicamente relevantes (vgr. salud pública, orden económico y social, etc.), de tal suerte que no pueden penalizarse o reprimirse conductas que no lesionen o amenacen aquéllos. A su vez, el carácter social del Estado, legitima la función general de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad frente a determinados comportamientos extremadamente lesivos.

Al igual que ocurre con la relación de dependencia existente entre el modelo de Estado y la función de punir, acontece con el vínculo entre el modelo estatal y la interpretación de las normas penales. Por ello, la comprensión del elenco normativo, debe ser adaptada continuamente a los valores y principios que orientan al Estado, interpretando y actualizando su contenido permanentemente, a fin de darle coherencia al orden jurídico que nos rige.

En desarrollo de tal labor, y con el propósito de dotar de contenido y alcance a la aplicación de la dosis personal de estupefacentes, esta Sala ha transitado por varias fases interpretativas y ha elaborado una línea jurisprudencial en la materia. Dichos ejercicios judiciales evidencian el carácter evolutivo y dinámico del derecho y lo cierto es que, en no pocas ocasiones, sus desarrollos también han dependido de los cambios constitucionales y legales que han tenido lugar en el país. De igual manera, en la elaboración de esta línea jurisprudencial, como ocurre con todas, concurren tribunales de diversas jurisdicciones, influyéndose mutuamente con sus decisiones, en lo que la doctrina europea y latinoamericana denomina actualmente como “diálogo entre jueces”.

No obstante que la Corte deba declarar la improperidad de la primera censura propuesta en este particular evento, cabe reconocer que, tal como lo menciona el recurrente, el criterio aplicado por esta Corporación a aquellos supuestos en los cuales el adicto que no tiene la condición de comerciante o expendedor, ha sido sorprendido portando sustancias estupefacentes en cantidades ligeramente superiores a aquellas legalmente permitidas por el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 como dosis para uso personal, ha consistido en que esas mínimas cantidades en que se excede el porte permitido no alcanzan a lesionar los bienes

jurídicamente tutelados por el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, generando en consecuencia su exclusión de responsabilidad criminal, cuestión que obviamente, no es el caso presente.

Pese a no tratarse de eventos similares a este, a la Corte se le ofrece pertinente traer a colación las principales líneas jurisprudenciales que, a lo largo de los años, ha elaborado en materia de porte de sustancias estupefacientes en cantidades definidas como dosis para uso personal. Para tales efectos, se pueden diferenciar las siguientes fases: (i) interpretación de textos legales, sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional; y (ii) la tesis de la ausencia de antijuridicidad material de la conducta.

(...)

Una revisión de los pronunciamientos de la Corporación anteriores a la Constitución de 1991, en materia de dosis personal de droga, permite evidenciar, en términos generales, que la jurisprudencia colombiana anterior a 1991 se caracteriza por aplicar los clásicos métodos de interpretación de la ley (vgr. exegético, sistemático, histórico, teleológico, etc.), sin que se hubiere estimado como necesario acudir a las técnicas de interpretación propias de los derechos fundamentales, tales como la ponderación entre principios constitucionales, o la interpretación conforme con la Constitución o los tratados internacionales, y, por supuesto, sin analizar el impacto que aquéllas tienen en la comprensión de la teoría del delito.

(...)

De allí que las importantes líneas jurisprudenciales que creó la Corte en su momento sobre el tema de la dosis personal de sustancias estupefacientes, se hubieran edificado sobre la comprensión del sentido y alcance del articulado del denominado Estatuto Nacional de Estupefacientes de que trata la Ley 30 de 1986, sin que ahora se observe necesario acudir a lo consignado en el hoy derogado Decreto 1188 de 1974.

Así por ejemplo, en la sentencia del 26 de julio de 1988, luego de realizar una interpretación sistemática de los artículos de la Ley 30 de 1986, arribó a las siguientes conclusiones: (i) el legislador diferenciaba entre el consumidor o drogadicto y quien se dedica al cultivo, conservación o financiación de plantaciones, o las transformara «siendo indiferente el destino que procure de las mismas»; (ii) en relación con los drogadictos, sin llegar a permitir la dosis personal, se le acordaba un tratamiento punitivo más benigno, ya que se consideraba una contravención; (iii) no era posible entremezclar lo relacionado con el cultivo, el manejo de la droga (considerado delito), y el uso de la dosis personal (contravención), ya que los tratamientos

punitivos eran diferentes en cada caso; y (iv) los beneficios que la ley le otorgaba al consumidor de droga no eran extensibles a otras modalidades delictivas.

De igual manera, luego de 1991, la Sala estableció los límites para definir la figura de la dosis personal, instituida en el sistema penal colombiano desde la Ley 30 del año 1986, afirmando que «no será dosis personal la que ‘exceda’ de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al ‘propio consumo’ ni la que tenga por destinación su distribución o venta».

En este orden de ideas, con anterioridad a la actual Constitución, y a la sentencia de la Corte Constitucional C- 221 de 1994, referente a la despenalización de la dosis personal de droga estupefaciente, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia apuntaba a sistematizar y a conferir de coherencia interna a la legislación penal sobre la mencionada dosis.

(...)

Con posterioridad a la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, la Sala dio inicio a la creación de una nueva línea jurisprudencial en relación con el porte de la dosis personal de alucinógenos. Al respecto, debe ponerse de presente que la Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, referentes a la tipificación como contravención del porte de la dosis personal de droga, por cuanto a criterio de la Corte, en la expedición de la ley el legislador había desconocido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En tal sentido, en providencia del 1 de marzo de 1996, la Sala constató que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no excluyó del ordenamiento jurídico colombiano la noción de dosis para uso personal.

Concluyó entonces que el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, que define este concepto como «aquella cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo. Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad», como ahora sucede, se encontraba vigente.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C-420 de 2002, de mayo 28, declaró exequibles varias disposiciones de la Ley 30 de 1986, señalando que: (i)



existe una amplia gama de bienes jurídicamente afectados por el narcotráfico, tales como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, tratándose por tanto de un delito pluriofensivo; y (ii) la penalización del tráfico de estupefacientes no contraría los fundamentos constitucionales de la imputación penal, en cuanto comprende un elenco de conductas que trascienden el fuero interno de la persona y que se proyectan en la afectación de una amplia gama de bienes jurídicos ajenos.

Al mismo tiempo, la Sala comenzó a construir su línea jurisprudencial en relación con la eventual ausencia de antijuridicidad material que tendrían determinados comportamientos de porte de droga estupefaciente en cantidades ligeramente superiores a los estipulados por el legislador como dosis personal, cuando su propósito es el propio consumo atendiendo la condición de consumidor o de adicto de quien la lleva consigo, y no con la finalidad de venta o suministro a terceros, destacando que el asunto debería ser analizado caso por caso, dadas las particularidades que pudiera presentar según la prueba recaudada.

Es así como en la decisión del 18 de febrero de 2003, dentro del radicado 016262, al tratar la necesidad de concurrencia de lesión al bien jurídicamente tutelado para que se configure delito, sostuvo que:

« ... para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).».

Y, bajo la misma cuerda interpretativa, se decidió en la sentencia de 21 de abril de 2004, dentro del radicado 19930, sosteniendo que:

“Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Por su parte, en la sentencia del 8 de agosto de 2005, la Corporación llegó a las siguientes conclusiones: (i) la cantidad de droga portada por el consumidor en ese caso, ligeramente superior a la permitida legalmente, no es punible debido a que su carácter insignificante se ofrece inane en el ámbito de la antijuridicidad material; y (ii) el porte de pequeñas cantidades por un expendedor, traficante o comerciante, vulnera bienes

jurídicamente amparados por el ordenamiento jurídico, pautas que fueron reiteradas en el auto del 23 de agosto de 2006, dentro del radicado 25745.

Este criterio fue ratificado en la casación 23609 de 2007, en la cual la Sala fue enfática al considerar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede ser invocado para desconocer derechos ajenos colectivos o para limitar la capacidad punitiva del Estado, pues no se trata de un derecho de carácter absoluto, y reiteró su criterio de punición cuando el porte de las sustancias alucinógenas por parte del adicto superaba la cantidad legalmente tolerada, por considerarla lesiva de los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden social o económico.

Posteriormente, en sentencia del 8 de octubre de 2008, la Colegiatura precisó que (i) una acción relativa al porte de estupefacientes que equivalga a la dosis personal mínima, o que incluso no la supere de manera excesiva, carecerá desde el punto de vista objetivo de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume; y (ii) quien distribuya o venda cantidades incluso menores a la dosis mínima, pone en peligro bienes jurídicamente amparados (salud pública, orden económico y social, seguridad pública etc.), y por ende, no constituye una acción insignificante ajena al derecho penal.

Ese mismo año, se produjo la decisión correspondiente al radicado 29183, en donde la Corporación confirmó el criterio de que la posesión ligeramente superior a la dosis mínima permitida, no siempre amenaza el bien jurídicamente tutelado, pero insistió en la necesidad de que en cada caso sometido a su consideración, los jueces debían analizar las particularidades que el mismo presentara, a efecto de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

(...)

A continuación, en sentencia del 8 de julio de 2009, dentro del radicado 31531, la Corte avanzó en la definición de las siguientes pautas interpretativas en materia de dosis personal de droga: (i) las normas legales sobre la dosis personal deben aplicarse de conformidad con el principio de lesividad en el Estado constitucional, social y democrático de derecho; (ii) cuando se exceda en pequeña cantidad el estupefaciente que alguien porta, debe acreditarse que no tenía como finalidad su distribución, comercialización, venta o suministro, sino su exclusivo consumo personal; (iii) el concepto de dosis personal se extiende a aquel de

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.



aprovisionamiento, el cual abarca a los consumidores habituales y ocasionales, es decir, a quienes no presentan dependencia física o síquica; (iv) en cada caso concreto deberá examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos; (v) resulta admisible la noción de “dosis de aprovisionamiento”, el cual se presenta cuando se reúnen varios adictos o consumidores con el fin de consumir conjuntamente un estupefaciente, caso en el cual alguno de ellos podría aparecer portando cantidades levemente superiores de las legalmente permitidas como dosis para uso personal, circunstancia que eventualmente no sería lesiva de bienes jurídicos en cuanto no se trataría de una actividad de suministro o de tráfico, sino de tenencia conjunta para el propio uso, dada la condición de adictos o de consumidores que ostentan; y (vi) en estos supuestos en que la conducta no trasciende la propia salud de los adictos o consumidores, podría estimarse que se ofrece carente de lesividad social y, por ende, carente de reproche penal por ausencia de antijuridicidad material».

#### **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Dosis personal: Acto legislativo 02 de 2009**

«Advierte la Corte, que con posterioridad al mencionado pronunciamiento, el 21 de diciembre de 2009 se produjo una enmienda constitucional con la expedición del Acto Legislativo 02, mediante el cual se modificó la redacción del artículo 49 Superior.

(...)

Con fundamento en el citado Acto Legislativo, la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, artículo 11, reformó el texto del artículo 376 del Código Penal.

(...)

Como puede advertirse, en esta reforma legal no se hizo mención alguna al tema de la dosis personal, con lo cual, prima facie, se podría llegar a entender que la misma fue prohibida por el ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, fallos posteriores de la Corte Constitucional y de esta Sala arribaron coincidentemente a la conclusión contraria.

Fue así como la Corte Constitucional, en sentencia C-574 del 22 de julio de 2011, se declaró inhibida para pronunciarse sobre una demanda ciudadana, presentada contra la expresión “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, contenido en el Acto Legislativo 02 de 2009, por un supuesto vicio de sustitución de la Constitución.

A pesar de tratarse de un fallo inhibitorio, la Corte Constitucional analizó en profundidad el contenido y el

alcance del Acto Legislativo 02 de 2009. Para tales efectos, adelantó una interpretación histórica, sistemática, teleológica y exegética de la mencionada reforma constitucional.

(...)

A manera de colofón, la Corte Constitucional afirmó que “Una vez analizado el apartado demandado desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal, se puede concluir que la prohibición que se establece, que en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto”.

Bajo la misma óptica interpretativa, el 14 de diciembre de 2011, dentro del radicado 34093, la Sala consideró que el principio de lesividad, consagrado en el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, en cuanto establece que la antijuridicidad de la conducta típica está sujeta a la puesta en peligro de manera real o efectiva, sin justa causa, del bien jurídicamente tutelado por la ley, plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta, la primera, que debe tratarse de una conducta que afecte las necesidades del sistema social considerado en su conjunto y, la segunda, las consecuencias de la lesión deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales.

Igualmente, en sentencia del 17 de agosto de 2011, concluyó lo siguiente:

“Considera la Sala que aún con la prohibición constitucional de porte y consumo de estupefacientes, el concepto de dosis personal no ha desaparecido del ordenamiento jurídico, pues el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, no ha sido derogado, a pesar de las varias normas que se han expedido en orden a tener por lícito su consumo y ahora por penalizarlo.» Lo que advierte la Sala es un conflicto entre normas de carácter constitucional, a saber, el artículo 49 que prohíbe el porte y consumo de lo conocido en nuestra comunidad jurídica como dosis personal, y el artículo 16 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuya defensa y efectividad, desde el año 1994, la Corte Constitucional declaró contraria a la Carta la norma legal, artículo 51 de la ley 30 de 1986, que sancionaba penalmente a personas adictas a las drogas enunciadas en el artículo 376”.

Este criterio fue también aplicado en el auto de inadmisión de demanda de revisión 37380 de diciembre 7 de 2011, en donde esta Corte reiteró su criterio en el sentido que en aquellos supuestos en los cuales el

portador de la sustancia se sobrepase la cantidad mínima contemplada por la ley, en un rango que no pueda ser catalogado de leve, la conducta debe ser considerada como punible.

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-491 de 2012, tomando en consideración diversos fallos proferidos por esta Sala en relación con el porte de la dosis personal de estupefaciente y declaró exequible el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, «en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado».

Esta Colegiatura, por su parte, en la casación 38516 de abril 18 de 2012, mantuvo la postura, en el sentido de que cantidades de droga, destinadas para uso o consumo personal que sobrepasen mínimamente la dosis personal legal, pueden eventualmente ser excluidas de responsabilidad en la medida en que no alcancen a afectar los bienes jurídicos tutelados, afirmando que en los supuestos en que se supere la cantidad legalmente estipulada para la dosis personal se pone en peligro la salud pública como bien jurídico protegido por el legislador.

(...)

A manera de conclusión, puede afirmarse válidamente que tanto la jurisprudencia constitucional, como la de esta Corporación han vinculado el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a una amplia gama de bienes jurídicos susceptibles de ser vulnerados tales como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, debido a que el consumo de las drogas objeto de regulación afectan negativamente la salud produciendo adicción y dependencia; produce cambios en la conducta con posibilidades de afectar bienes jurídicos ajenos, dado que actúa sobre el sistema nervioso central, y genera altos índices de violencia por los grandes volúmenes de dinero en efectivo que se manejan y porque la alta rentabilidad que el tráfico de estupefacientes ha conllevado a que sea utilizado para la financiación de grupos de delincuencia organizada, armada y jerarquizada que atentan contra el monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de la pacífica convivencia, al tiempo que propicia la circulación de grandes capitales que afectan gravemente las fuerzas económicas del país, tiene una alta capacidad corruptora y genera indiferencia por el daño causado a los titulares de los derechos que se cercenan.

En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios

legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; (ii) el suministro, distribución o venta de droga, o la sola tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal.

Finalmente advierte la Corte que, de acuerdo con la Ley 745 de 2002, incurre en conducta contravencional quien consume sustancias estupefacientes en presencia de menores de edad, o en el domicilio propio con grave riesgo para la tranquilidad del hogar, así como la ingesta, porte o almacenamiento en cantidades consideradas como dosis personal en establecimientos educativos o lugares aledaños, o en el domicilio de personas que aún no hayan obtenido la mayoría de edad; siendo claro que en ningún caso operaría la privación de la libertad personal».

**TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Tendencia hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes

«No escapa a la Corte que en la actualidad existe una tendencia mundial hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes, a tal punto que el pasado 13 de marzo de 2014, un Grupo de Trabajo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), presentó en Viena un informe contentivo de un conjunto de recomendaciones encaminadas a desincentivar el empleo de medidas penales para los consumidores de drogas.

Las recomendaciones de la ONU concuerdan con los informes elaborados por la “American Public Health Association”, la Federación Internacional de la Cruz Roja, la Organización Mundial de la Salud, al igual que un grupo importante de Organizaciones no Gubernamentales.

En palabras del mencionado Informe, la despenalización de la posesión de la dosis personal, comporta mayores beneficios en términos de seguridad ciudadana y de salud pública.

(...)

Cabe concluir que en Colombia, la despenalización del consumo y porte de drogas estupefacientes en cantidades normativamente señaladas como dosis para uso personal, es tema que constitucional, legal y jurisprudencialmente ha de entenderse por superado, máxime si desde el marco constitucional se ha comprendido que el adicto es un enfermo que requiere de atención especial del Estado, a fin de lograr su recuperación».

#### **DECISIÓN:**

Casa parcialmente

#### **ACLARACIÓN DE VOTO. DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Allanamiento a cargos: Nulidad, vicios del consentimiento y / o violación de garantías fundamentales, ausencia de antijuridicidad de la conducta

«El aspecto sobre el cual debo aclarar el voto, apunta a precisar que dentro de las ilegalidades y violaciones de garantías capaces de dar al traste con el allanamiento a cargos o con el preacuerdo entre procesado y fiscalía, se encuentra la hipótesis de la ausencia de antijuridicidad material, pues como categoría dogmática que conforma la estructura óptica del delito resulta indeclinable e irrenunciable en la declaración de responsabilidad penal.

Es decir, debe tenerse claro que la aceptación de cargos o el preacuerdo deben tener como presupuesto de legitimidad la presencia de la antijuridicidad material, pues si desde la escuela clásica se ha definido que no hay delito sin daño, no se aviene con tal comprensión que el procesado renuncie a la acreditación de tal elemento, y cuando ello es así, no hay duda, corresponde a la administración de justicia reconocerlo y declarar que no se configuro la entidad delictiva».

**Providencia. N° [SP11729-2014](#) Rad. (44094)  
M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO  
FERNÁNDEZ**

#### **VALOR PROBATORIO DEL INDICIO**

**(PREVARICATO POR ACCIÓN A TRAVÉS DE  
RESOLUCIÓN DE PRECLUSIÓN DE INVESTIGACIÓN Y  
AQUELLA QUE DECIDE ACERCA DEL COMISO)**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

La doctora M.O.P.C. fue condenada por los delitos de Prevaricato por acción y Cohecho propio al haber precluido la investigación a favor de M.J.V.U. «por los delitos de Falsedad en documento público y Porte ilegal de arma de fuego de defensa personal», a la vez que,

por ordenar «la entrega definitiva de la pistola incautada».

En el recurso de apelación, la defensa argumenta que existe duda acerca de la responsabilidad de la doctora M.O.P.C por el delito de cohecho y, hubo indebida apreciación probatoria para concluir el delito de prevaricato al emitir la resolución de preclusión y falta de claridad al considerarlo frente a la orden de entrega del arma.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Indicio: apreciación probatoria / **COHECHO PROPIO** - Soporte probatorio de su configuración

«Cierto es que en la sentencia recurrida se acudió a prueba indirecta o indiciaria para acreditar el recibo de dinero por parte de la funcionaria enjuiciada para proferir dos decisiones judiciales que, como más adelante se explicará, fueron manifiestamente contrarias a la ley. Tal realidad en nada impide que pueda existir el conocimiento exigible para condenar porque (i) las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias son plenamente aceptadas en la dinámica procesal introducida por la Ley 906 de 2004 , y (ii) porque aunado a los indicios obran pruebas directas sobre los elementos típicos esenciales del Cohecho propio, especialmente sobre la ejecución de los actos contrarios a los deberes oficiales a que se habría comprometido la procesada».

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: A través de decisión de preclusión

«Una vez expuestos los fundamentos de la decisión de preclusión de la instrucción y confrontados al detalle con los de la resolución acusatoria que revocó; puede concluirse que es evidentemente ilegal por las siguientes razones:

a) La providencia que ordenó precluir la instrucción no contiene ningún análisis de las pruebas aducidas al proceso, es más ni siquiera las menciona; por el contrario, se limitó a sostener axiomáticamente que no se acreditó el dolo con que actuó el sindicato MJVU en el porte ilegal de un arma de fuego y de un salvoconducto falso, sin explicar las razones por las cuales las pruebas obrantes ahora ya no indicaban la responsabilidad del sindicato por lo menos en grado de probabilidad (art. 397 C.P.P./2000), contrario a lo que había afirmado enfáticamente para proferir la originaria resolución de acusación con suficiente fundamentación probatoria.



b) Se revocó la acusación sin que se desvirtuaran los plurales argumentos que la misma fiscal había manifestado previamente para estimar cumplidos los requisitos que demandaba una resolución de tal índole. Es más, ni siquiera se refirió y mucho menos rebatió las razones que expuso en el inicial proveído calificadorio para inferir la existencia de dolo en la conducta del procesado, las cuales se mostraron consistentes para desestimar el alegato de la defensa.

(...)

c) El mero cotejo de la inicial resolución de acusación y la posterior preclusión de la instrucción permite atisbar una desproporción argumentativa; por cuanto aquélla contiene sólidas razones fácticas, probatorias y jurídicas por las cuales se consideraron cumplidos en el caso bajo examen los requisitos previstos en el artículo 397 para dictar acusación, mientras que la segunda decisión se caracterizó por fundarse en consideraciones dogmáticas abstractas (definición, clases y consecuencias del error de tipo), premisas fácticas indemostradas y en mínimas referencias al caso investigado. Además, se advierte con facilidad que los argumentos preclusivos no desvirtuaron ni la mitad de los acusatorios como ya se manifestó.

d) El examen de las pruebas obrantes en la actuación permitía acreditar en grado de certeza la existencia de las conductas punibles investigadas y en grado de probabilidad la actuación responsable del sindicado.

(...)

En la misma decisión de preclusión, la fiscal enjuiciada resolvió que no se notificaría sino que solo se enteraría a los sujetos procesales, que no admitía recurso contra ella y que, en consecuencia, cobraría ejecutoria inmediata. Estas determinaciones son manifiestamente ilegales por las siguientes razones:

Una resolución que decreta, como lo hace la preclusión, la finalización anticipada del proceso penal es una providencia interlocutoria, pues decide un aspecto que es sustancial sin duda alguna como es la continuidad del ejercicio de la acción penal; por ende, es obligatoria su notificación según lo dispone el artículo 176 del C.P.P./2000. Cualquier otra tesis es absurda porque supondría asignarle a aquella la naturaleza de resolución de sustanciación o de mero trámite, que por no configurar una de las excepciones descritas en el mismo artículo precitado, descarta su imperativa notificación. Por esa vía, también se desconoció el precedente contenido en la sentencia C-641 de 2002, según la cual es obligatoria la notificación aún de las providencias que desatan recursos.

Una providencia que al resolver una reposición decide mutar absolutamente la resolución inicial de acusación

por la opuesta de preclusión, contiene una decisión y una motivación novedosas, es decir, diferentes de manera radical a las iniciales. Por tal razón, contra aquél proveído son procedentes los recursos ordinarios tal y como lo prevé el artículo 190 del C.P.P./2000, más aún cuando, a consecuencia de la reposición, sujetos procesales como el Ministerio Público podían haber adquirido interés para recurrir. Una determinación contraria como la adoptada, a más de violar la norma legal invocada, supuso una ruptura del debido proceso y del derecho a la controversia de las decisiones judiciales.

En consecuencia, también fue ilegal que la fiscal enjuiciada determinara que la resolución de preclusión adquiriría ejecutoria inmediata desconociendo abiertamente la regla contemplada en el artículo 187 del C.P.P./2000 según la cual “Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.”».

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Decisión manifiestamente contraria a la ley: A través de providencia que decide acerca del comiso

«En principio parece lógica la conclusión del impugnante según la cual una vez finalizado el proceso penal mediante decisión de preclusión de la instrucción ejecutoriada, es procedente la entrega o devolución mediante decisión de plano de un arma de fuego incautada en dicha actuación a su legítimo propietario quien, por demás, no tiene vinculación alguna con el delito que se investigó. A pesar de esa aparente logicidad, el argumento es falaz porque parte de una premisa inexacta y omite otras absolutamente necesarias en el análisis legal de la situación. Por ende, una vez se ajusten y se incluyan todas las premisas indispensables emerge como tesis ineludible que la decisión de entrega definitiva del arma de fuego fue manifiestamente contraria a la ley por su contenido y por la forma en que se produjo.

(...)

Aquélla orden violó, (...), de manera protuberante las previsiones del Decreto 2535 de 1993, sin que pueda alegarse ignorancia o error sobre los hechos infractores pues los mismos aparecían de manera clara y evidente en el mismo expediente.

(...)

A más que el contenido de la decisión fue manifiestamente ilegal, a esta conclusión se arriba también por la forma en que aquella se produjo: resolución de plano. Según el censor, esta modalidad fue acertada porque el arma incautada “... ni se requería



para la investigación, porque esta (sic) ya había sido precluída; no era el objeto material de la infracción, porque lo que se investigaba era la supuesta falsedad del salvoconducto; ni se había cometido con ella conducta delictiva alguna, ni provenía de la ejecución de delito ninguno; ni, finalmente, se requería para efectos de extinción de dominio.” Por tales razones, considera que resultaba aplicable el artículo 64 del C.P.P./2000.

(...)

Por lo menos tres premisas a partir de las cuales sostiene el impugnante que la disposición normativa aplicable es la trascrita son falsas: a) que el arma de fuego no era objeto material del delito, b) que se investigaba únicamente la falsedad del salvoconducto y c) que con aquella no se había cometido delito alguno. Recuérdese que el objeto material y, a la vez, el instrumento con el cual se comete la conducta punible descrita en el artículo 365 del Código Penal pueden serlo las armas de fuego, sus partes o accesorios esenciales, o las municiones, asimismo que el proceso contra MJVU se adelantó no sólo por el delito de Falsedad material en documento público sino por el que antes se refirió. Estas breves consideraciones son suficientes para demostrar la equivocación de las premisas utilizadas por el defensor. Por último, olvidó al impugnante incluir en su análisis una premisa impediende de orden legal: el comercio del bien reclamado no es libre sino, por el contrario, restringido y monopolizado por el Estado.

Además, ha de advertirse que el proceso penal adelantado por la funcionaria investigada culminó con una resolución de preclusión que, como ya se explicó, es manifiestamente ilegal pero que en todo caso se fundó en una tesis de error de tipo que para nada afecta la existencia de las conductas investigadas ni su tipicidad objetiva, por lo que la decisión contraria a la ley no desvirtuó la naturaleza del arma de fuego incautada como objeto material e instrumento de un delito. Esta precisión descarta la aplicación del precitado artículo 64 e imponía de manera evidente la tramitación de un incidente para resolver la petición de devolución del arma, según lo ordena el artículo 138 del C.P.P./2000.

(...)

De acuerdo al precepto normativo transcrito, tres son los requisitos para que una petición de restitución de bienes deba tramitarse como incidente procesal: a) que quien la eleva no sea sujeto procesal y que en todo caso no esté obligado a responder penalmente, b) que tenga un derecho económico afectado en la actuación, y c) que la decisión no deba ser tomada de plano. De acuerdo a lo

antes expuesto es claro que JFLA, quien solicitó la entrega del arma a través de una apoderada, no tenía la condición de sindicado ni ninguna otra que lo acreditara como sujeto procesal, que su derecho a la posesión y tenencia de un arma de fuego o lo que percibió por concepto de su transferencia podían ser intereses afectados en el proceso, y que, en su caso, no era viable la decisión de plano.

En consecuencia, la decisión consistente en ordenar la entrega del arma de fuego que venía incautada fue manifiestamente ilegal, tanto por su contenido como porque la forma de producirla desconoció en lo absoluto el debido proceso».

#### **DECISIÓN:**

Confirma

**Providencia. N° [SP12152-2014](#) Rad. (43849)  
M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO  
FERNÁNDEZ**

**EMPLEADO DE ARS PRIVADA SE CONSIDERA  
SERVIDOR PÚBLICO DEBIDO AL SERVICIO  
PRESTADO POR LA ARS Y EL ORIGEN DE LOS  
RECURSOS ADMINISTRADOS**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

F.CH.M, fue condenado por el delito de Peculado por apropiación debido a que, cuando se desempeñó como pagador de la «Empresa Solidaria de Salud y Administradora de Régimen Subsidiado –ARS-, encargada de la implementación, administración y aseguramiento del régimen subsidiado en salud, además de la intermediación en la prestación de ese servicio público a la población más vulnerable», se apoderó de una considerable suma de dinero.

La defensa elevó como cargo único, la violación directa de la ley por interpretación errónea, que llevó erradamente a concluir que F.CH.M. tenía la calidad de servidor público.

#### **PRINCIPALES ARGUMENTOS:**

**SERVIDOR PÚBLICO** - Empleado de ARS privada: Debido al servicio prestado por la ARS y el origen de los recursos administrados

«No puede concluirse cosa diferente a que el procesado CM ejercía de manera transitoria funciones públicas, en la medida en que tenía bajo su cargo la administración y custodia de recursos oficiales, de los cuales se apropió ilegalmente.

Al efecto, basta recordar que cometió el ilícito imputado cuando fungía como pagador de la AMBUQ, cuya naturaleza jurídica quedó ampliamente explicada

en el acápite anterior, destacándose que no obstante su carácter de ARS privada, por disposición legal le correspondía la prestación del servicio público de salud y era la encargada de administrar dineros públicos para el cumplimiento de su misión.

En concreto, dichos recursos eran manejados por CM, quien estaba vinculado a la entidad mediante contrato a término fijo.

(...)

Si bien la doctrina y jurisprudencia referida a este tipo de conductas punibles ejecutadas por quienes intrínsecamente no son funcionarios ha recalado en el tópico de los contratos, su naturaleza y finalidades, la Corte debe precisar que el caso concreto examinado se aparta con mucho de ese tipo de institutos, pues, aquí se aprecian unas muy particulares circunstancias, ajenas a las de aquellos, que obligan incluso advertir una mayor vinculación del pagador con el delito funcional que se le atribuye, atendidos, como ya se dijo, el tipo de tarea asignada a la entidad en la que prestaba sus servicios y el origen de los dineros objeto de apropiación.

(...)

Ahora bien, como acertadamente lo reseñaron los falladores, la función desempeñada por el sindicato como pagador de la ARS, permite adecuarlo al concepto de servidor público previsto en el artículo 63 del Código Penal de 1980, que como tal considera expresamente a “los particulares que ejerzan funciones públicas permanentes o en forma transitoria”, siendo reiterado ello en el artículo 20 de la Ley 599 de 2000.

En el mismo orden de ideas, el artículo 123 de la Constitución Política establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Entonces, por disposición constitucional es la ley la llamada a determinar en qué casos los particulares ejercen funciones oficiales y deben considerarse, por tanto, servidores públicos.

Es lo que sucede con los funcionarios adscritos a las Administradoras de Régimen Subsidiado, que no obstante su naturaleza privada -como ocurre con la AMBUQ-, sus empleados tienen la condición de oficiales, debido no solo por la función que desempeñan dichas empresas, sino también por el carácter y origen de los recursos que administran.

(...)

En tales condiciones, es innegable que los recursos administrados por el sindicato CM eran de origen estatal, así como que él ejercía transitoriamente funciones oficiales que le dan el carácter de servidor público, en la medida en que estaba vinculado

laboralmente a una empresa encargada, por disposición legal, de prestar el servicio público de salud.

No es, como erradamente alega el casacionista, que apenas ejercía una labor meramente material porque la función pública de salud no le fue transferida, pues, con semejante tesis se incurriría en el desatino de considerar que sólo los profesionales de la salud, que son quienes efectivamente cumplen esa función, podrían ser considerados servidores públicos, dejando por fuera a funcionarios que, como el inculpatado, cumplen funciones administrativas.

En éste orden de ideas, para la Sala no cabe duda respecto de la materialización del delito de peculado por apropiación atribuido al procesado, pues, cabalmente se cubren las exigencias de orden objetivo y subjetivo consignadas en la norma típica respectiva, debiendo agregar apenas a lo ya dicho que en términos materiales y no simplemente formales, el comportamiento del acusado causó enorme daño al bien jurídico tutelado, no solo porque se puso en entredicho a la administración pública, bajo cuyo innegable mandato ejercía sus actividades aquél, sino porque esos principios de satisfacción del bienestar público insertos en la actividad oficial, fueron claramente desdibujados con el comportamiento que se destaca, al punto de poner en grave riesgo el cubrimiento del servicio esencial de salud, respecto de un grupo poblacional determinado».

#### **DECISIÓN:**

No casa

---