



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Septiembre 30 de 2019 n.º 17

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>

DESAPARICIÓN FORZADA

Coautoría impropia del militar que ostentaba el mando y control total de la operación

En la decisión a través de la cual no se casó la sentencia impugnada, la Sala abordó tópicos fundamentales sobre el delito de Desaparición Forzada, cuya ejecución principió, en el caso específico, durante el operativo militar desplegado el 6 de noviembre de 1985, en desarrollo de los hechos y circunstancias alusivos a la denominada “*retoma del Palacio de justicia*”. Uno de tales aspectos, se refirió al título de *imputación del resultado* atribuible al militar que dirigió la actividad operacional, pues aunque el Tribunal acudió a la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, aludiendo a la *omisión* en el cumplimiento del deber de garantía, la Corte advirtió que dicha figura no resulta aplicable en casos en que se acredita un proceder activo por parte del agente, quien suministra un aporte esencial en la materialización del comportamiento, debido a la connotación de ostentar el mando y control total de la operación, analizada no por fracciones sino como unidad. Consecuentemente, explicó que la correcta modalidad de imputación, corresponde a la *coautoría impropia*, por la que, en definitiva, se impuso la condena, conforme a la aclaración efectuada por la Corporación, y en observancia del principio de *congruencia personal, fáctica y jurídica* con la *acusación*.

SP3956-2019 (46382) del 23/09/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata: concepto || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** elementos || **DESAPARICIÓN FORZADA - En el marco del conflicto armado interno** || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** elementos, requiere de una estructura criminal organizada con vocación de permanencia || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** su fundamento consiste en que el sujeto activo no realiza un acto de ejecución del tipo penal, sino que otro lo hace a su nombre || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** por omisión, no se configura || **DESAPARICIÓN FORZADA - Se configura:** evento en que correspondió a un plan militar estratégicamente diseñado y analizado como unidad || **DESAPARICIÓN FORZADA - Se configura:** evento en que se obró con desatención del principio de distinción establecido en los protocolos adicionales a los convenios de Ginebra || **COAUTORÍA - Requisitos:** subjetivo, decisión de realizar conjuntamente la conducta punible || **COAUTORÍA - Requisitos:** objetivo, codominio funcional del hecho || **COAUTORÍA IMPROPIA - Concepto** || **COAUTORÍA IMPROPIA - Se configura** || **DESAPARICIÓN FORZADA - Coautoría impropia:** del militar que ostentaba el mando y control total de la operación

«Para la Agencia Especial del Ministerio Público -contrario a la opinión de la Procuradora que concurrió al trámite casacional—, el Tribunal desconoció el principio de congruencia.

Adujo que la Fiscalía acusó al general JAAC como “*coautor impropio*” del delito de desaparición forzada, y el Tribunal lo condenó como “*autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder.*” Al hacerlo, considera que el Tribunal varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa del

general, al impedirle controvertir probatoriamente la acusación de último momento como “*autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder*”, novedosa imputación del juzgador de segunda instancia que además contradice la dogmática de ese modelo, que no prevé la autoría mediata omisiva en aparatos organizados de poder.

[...] La necesidad de sancionar a quienes no ejecutan materialmente la conducta, pero la ordenan, tratándose en especial de crímenes cometidos por grupos al margen de la ley o por miembros del Estado que actúan como un aparato organizado e ilegal de poder -“*máquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas*”, como dice Aponte— llevó a idear, con el fin de evitar altos costos de impunidad, **la autoría mediata como forma de atribución de resultados**: un vínculo entre quien imparte la orden y domina el aparato organizado criminal con poder de mando, y un autor fungible que ejecuta el comportamiento responsablemente.

La Sala no hará un extenso análisis de la evolución de dicha figura. Simplemente mencionará, según el diseño de la jurisprudencia sobre el tema y la reflexión anterior, que **la autoría mediata en aparatos organizados de poder supone**, entre otros: **(i)** una estructura criminal organizada con vocación de permanencia, **(ii)** el vínculo con poder de mando del autor mediato sobre la organización (el dominio de la voluntad), y la **(iii)** actuación responsable del ejecutor fungible o intercambiable.

El Tribunal consideró que no se demostró que el general JAAC hubiera actuado al mando de un aparato de poder organizado al interior del Estado y tampoco que ese colectivo lo hubiera hecho con vocación de permanencia. Igualmente que la dogmática de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue configurada para la sanción de acciones positivas y no para omisiones. Aun así, concluyó lo siguiente:

“En nuestro caso concreto, en el delito de desaparición forzada de personas que usualmente se imputa por comisión activa hemos identificado la autoría del obligado por omisión de la acción esperada, lo que a su vez es una infracción al deber de protección impuesto al autor por la Constitución Política. Ya sea porque el caso no es frecuente, o porque la doctrina no se

había enfrentado a un caso teórico de esa naturaleza, la declaración jurisdiccional puede parecer académicamente novedosa, pero es la que la realidad impone.

... En fin, el ejercicio de su autoridad le imponía al general acusado el deber de garantía de proteger los derechos de los civiles rescatados y subversivos capturados, de donde se deriva su responsabilidad por la intervención de quienes realizaron la instrucción de desaparicimiento de sospechosos y de la combatiente vencida, cuando debía evitar que esa instrucción se reiterara y, en todo caso, que se cumpliera.”

Como se ha indicado, **el general JAAC fue el conductor del operativo militar de principio a fin**. Así también se definió fácticamente en la sentencia de primera instancia, que es compatible con la acusación y con la reconstrucción detallada que ha realizado la Sala del operativo, desde sus inicios, hasta la culminación con la liberación de personas, pero también con la retención de “*sospechosos*” y miembros vinculados con el grupo armado ilegal, M 19.

Sobre este último momento es demoledora la comunicación a la que se refirió la juez de primera instancia en la que Arcano 5, LCS ordena:

“Arcano 5: Eh, recomendación especial mantener eh los no heridos y los que aún no se han podido identificar plenamente eh aislados, aislados, eh, la Dinte lo va a apoyar para su clasificación, cambio.”

De allí, esto concluyó el Tribunal:

“... está probado que como superior en la cúspide de la Brigada militar que reiteró y ejecutó el Plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales -pudiendo hacerlo—, por lo que se le imputa el resultado, a título e coautor mediato en relación con los otros coautores intermedios y ejecutores finales que reiteraron, transmitieron y cumplieron las órdenes terminantes de desapariciones forzadas.”

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante -elemento que no es un supuesto autónomo de autoría —, por haber

omitido como jefe de un aparato organizado de poder “*ad hoc*”, los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, **es equivocada y contraria a la evidencia.**

La Sala no desconoce los esfuerzos dogmáticos por copar vacíos con el fin de evitar costosas lagunas de impunidad y sabe de los esfuerzos de todo orden -de la doctrina y de tribunales especiales internacionales, desde Nuremberg hasta Ruanda y Yugoslavia en Europa, y de Argentina y Perú en Suramérica al juzgar crímenes de magnitudes incomprensibles— para evitar la impunidad en eventos en donde la imputación del resultado se complica en casos en donde el autor detrás del autor se esconde en complejas estructuras criminales.

Como se indicó al iniciar esta decisión, la Corte considera que la conducta atribuida al general JAAC es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, **no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación.** Primero, porque **tanto la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como la autoría mediata que podría denominarse “convencional,” se sustentan en la idea de que el autor detrás del autor no realiza un acto de ejecución** del tipo penal, **sino que lo hace otro a nombre de él**, sea que actúe como instrumento en el primer caso, o como sujeto fungible y responsable en el otro.

Segundo, porque **la autoría mediata** que aquí se trata, **requiere de una estructura criminal organizada y con vocación de permanencia**, aspecto que el Tribunal consideró en la decisión que no se había probado, por lo cual recurrió a la consideración que se trataba de una estructura de poder “*ad hoc*.”

No se desconoce que las tesis acerca de la manera como imputar al hombre de atrás son seductoras y que hacen parte de un derecho penal que amplía los términos de imputación de la conducta al autor con el fin de evitar que la rigidez de los textos legales deje a salvo a los principales artífices, a quienes dominan la voluntad en el aparato criminal.

Pero si algo se debe destacar es que, sea que se trate de un asunto de autoría mediata o de autoría mediata en aparatos organizados de

poder, esas elaboraciones parten de un supuesto fundamental: que la dificultad de imputar el resultado recae en el hecho de que **el autor mediato no ejecuta el comportamiento, no se implica con el momento ejecutivo del comportamiento**, o según algunos, “no interviene en la causalidad natural”, aunque al controlar el aparato y la voluntad domine el hecho, lo que hace que fracasen los arquetipos de la determinación.

Por lo que se ha expuesto, tal como se encuentra dicho en las instancias, **al general JAAC se le entregó el mando de la operación militar de retoma del Palacio de Justicia**; que se le haya entregado el mando significa, en este caso, que **tuvo el control de todo el operativo y de las unidades que lo ejecutaron**, de la Brigada XIII, del B2, de la Policía, de la inteligencia.

Asimismo, está suficientemente probado que el general JAAC, Arcano 6, **no solo impartió ordenes, sino que participó directamente en el operativo**, manejó situaciones puntuales con las personas capturadas y dispuso de ellos como consideró que la situación lo ameritaba.

El operativo debe analizarse como unidad; no es correcto fraccionar sus momentos para buscar una tipicidad a cada segmento. Desde este punto de vista se debe observar que la retención de los “*sospechosos*” y la aprehensión de los guerrilleros, no es una acción o idea de último momento, o la manifestación coyuntural de una idea que al final se le ocurrió a alguien. No. Las órdenes del general AC, que la Sala ha indicado, demuestran que **él, conductor del operativo y dominador de la acción, dispuso y ordenó la retención y custodia de los retenidos, de aquellos que salieron vivos del Palacio, en medio de una acción que él personalmente dirigió** conforme al diseño del “*Plan Tricolor*” y al convenio con sus superiores.

El posterior desaparecimiento no puede desvincularse de esta compleja acción ni fraccionarse para encontrar la ilicitud en el acto final y no en el conjunto del comportamiento, pues como se ha indicado, la desaparición de los “*capturados*” corresponde a un plan estratégicamente diseñado desde cuando se inició la operación conforme a las líneas del “*Plan Tricolor*”, y que culmina precisamente con la captura y clasificación de los sospechosos y con su posterior ocultamiento al poder civil, desde ese momento y hasta ahora.

Actuaron, entonces, además, a pesar de que lo sabían -como lo reconoció el general SM—, ante una situación singular relacionada con el conflicto armado, **por fuera del deber ético que imponen los protocolos II y II adicionales a los convenios de Ginebra, lo que explica que no distinguieran entre combatientes y no combatientes**, entre ciudadanos y sospechosos, asumiendo decisiones de facto ante una situación que ha debido manejarse bajo las reglas del derecho.

Todo ello explica que **el general JAAC, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación**: un elemento objetivo expresado en el **aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional** del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000).

Según los artículos 268 A y 268 B, incorporados por el artículo 1 de la Ley 589 de 2000 al decreto 100 de 1980, el delito de desaparición forzada consiste en:

“Artículo 268 A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Artículo 268B. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de cuarenta (40) a sesenta (60) años en los siguientes casos:

1.- Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción...”

Por supuesto que, según la definición anterior, **en estricto sentido y conforme al mero sentido ontológico de la ley, el general JAAC no ejecutó el verbo rector del tipo en sentido material**. Pero según se ha expuesto, **su aporte fue esencial y definitivo a la ejecución del comportamiento, que es precisamente en lo que consiste la coautoría impropia** -noción en la cual no todos los autores realizan actos ejecutivos ni consumativos—, pero en la que, el aporte del coautor es esencial; la ponderación del aporte del general, es pues, un tema que no está en duda».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto: constituye un acto condición || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** la armonía del supuesto fáctico es sustancial || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Debido proceso:** incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo || **INCONGRUENCIA - Fallo de reemplazo en casación** || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** coautor y autor mediato || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia personal, fáctica y jurídica:** la congruencia fáctica y personal es absoluta || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Congruencia personal, fáctica y jurídica:** la congruencia jurídica es relativa || **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Procedencia:** es una opción que se admite desde el inicio del juicio, de acuerdo a la Ley 600 de 2000 || **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Modalidades:** por error en la denominación jurídica de la conducta || **VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Modalidades:** originada en prueba sobreviniente || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - No se vulnera** || **APARATO ORGANIZADO DE PODER - Autoría mediata:** por omisión, no se configura || **COAUTORÍA IMPROPIA - Se configura** || **DESAPARICIÓN FORZADA - Coautoría impropia:** del militar que ostentaba el mando y control total de la operación

«La defensa planteó que con ocasión de la modificación de la imputación se vulneró el principio de congruencia entre acusación y sentencia, y con ello el derecho de defensa del acusado.

En este sentido, recuérdese que el general fue acusado como **autor mediato en aparatos organizados de poder**, y sobre esa base, el Juzgado de primera Instancia destacó en sus reflexiones lo siguiente:

“Ahora, si el general AC comandó el proceso respectivo, es obvio que su autoridad no se limitaba a las acciones desarrolladas en el edificio judicial, sino que trascendía a todas las maniobras relacionadas con ese suceso, lo que rima con la exigencia que cobijaba al coronel Edilberto Sánchez Rubiano de dar parte a sus superiores sobre cualquier eventualidad, anomalía o sospecha que se presentara con el manejo de los liberados remitidos al Museo del 20 de Julio.”

Con base en ese tipo de razones, consideró que el general debía responder como **autor mediato en aparatos organizados de poder** al tener una posición de dominio de los hechos como consecuencia de su ubicación jerárquica y de mando sobre el aparato de poder organizado, cuestión que también es elemento fundante de la acusación.

La Corte ha sostenido que **la sentencia debe ser simétrica a la acusación como acto condición**, y ha destacado que **la armonía entre el supuesto fáctico de la acusación y la sentencia es sustancial**. Es un **principio del debido proceso que incorpora la lealtad como elemento de configuración de un juicio justo**.

La incongruencia, como causal de casación, en caso de admitirse, debe resolverse de acuerdo como lo dispone el artículo 217 numeral 1 de la Ley 600 de 2000, es decir, **casando el fallo y dictando el que debe reemplazarlo**. Esta solución se debe asumir cuando se acredita que no existe la indispensable simetría entre el núcleo básico del supuesto fáctico de la acusación y la sentencia, entre el acto condición y el fallo definitivo, afectando la unidad conceptual del proceso.

En ese orden se debe precisar que **el núcleo duro del principio de congruencia se condensa en el supuesto fáctico, debido a que la posibilidad de variar la calificación jurídica es una opción que se admite desde el inicio del juicio**, como lo autoriza el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de prever que una de las posibilidades de variación de la calificación jurídica surge por error en la denominación jurídica de la

conducta, otra es, lo cual no corresponde a la situación que se analiza, que por prueba sobreviniente respecto de un elemento estructura del tipo, forma de coparticipación o de imputación subjetiva, sea menester variar la acusación.

Se trata, como se comprende, de dos **modalidades**: en la **una, la variación procede por error en la denominación jurídica de la conducta**, lo que implica que el supuesto fáctico permanece inalterable. En el **segundo** evento **la variación surge por razón de una prueba sobreviniente** que desajusta los supuestos de hecho que fueron la base de la resolución de acusación en relación con la coparticipación o de la imputación subjetiva. Desde ese punto de vista, entonces, es evidente que el tema que se discute ahora se relaciona con la primera variante, en cuanto sobre la misma base fáctica el Tribunal consideró que el hecho al autor debía imputarse como autoría mediata por omisión en aparatos organizados de poder, y no como una conducta activa, según lo decidieron la fiscalía en la acusación, y el juzgado en la sentencia de primera instancia.

Esa adjudicación, como se explicó en apartes de esta decisión, se sustentó en un fraccionamiento de la conducta y en el equivocado entendimiento de que la desaparición forzada era parte de la *“solución final”* que se le dio a la agresión terrorista y no a un comportamiento que solo se puede entender axiológicamente **como unidad**. De manera que **el Tribunal valoró la parte y no el todo, incurriendo en un error de adjudicación normativa de las normas que regulan la autoría y la participación**.

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial.

De esta manera la Sala actúa como lo ha hecho la Corte en casos idénticos, en los cuales ha señalado que:

“La congruencia personal y fáctica es absoluta y la jurídica es relativa porque el juez puede

condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor.”

Con las precisiones indicadas en la parte motiva de esta decisión, que están dentro del giro de interpretación de la sentencia de primera instancia, la Sala **no casará el fallo.**

Precisará, simplemente, como se indicó, **que la condena es como coautor de la conducta de desaparición forzada y no como autor por omisión en aparatos organizados de poder.**

Así se preserva el supuesto fáctico de la acusación y el derecho de defensa, pues fue por un delito doloso de acción en concreto que el general fue acusado, y se defendió».

(Textos resaltados por la Relatoría)

LAVADO DE ACTIVOS

Para su configuración no exige que el sujeto activo tenga un deber legal de evitación ni posición jurídica de garantía

En la determinación por medio de la cual no se casó la sentencia impugnada, la Sala encontró fundamental referirse al tipo penal de *Lavado de Activos*, en orden a precisar que para su estructuración no demanda que el sujeto activo tenga un *deber legal de evitación* ni tampoco una *posición jurídica de garantía*, sino que basta que incurra en cualquiera de los *verbos rectores* que lo describen. En este sentido, recordó que se trata de un comportamiento distinto del referido a la *omisión de control*.

SP3208-2019 (51092) del 06/08/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LAVADO DE ACTIVOS - Diferente a la omisión de control || **LAVADO DE ACTIVOS - Se configura:** mediante la prestación del servicio de corresponsalia no bancaria para el blanqueo de dineros del narcotráfico || **LAVADO DE ACTIVOS - Configuración:** no exige que el sujeto activo tenga un deber legal de evitación ni posición jurídica de garantía || **LAVADO DE ACTIVOS - Se configura:** ante la realización de cualquiera de los verbos rectores

«[...] el recurrente pierde de vista que la atribución de responsabilidad contra MO no lo fue por una conducta omisiva, sino porque **de manera dolosa**, con conocimiento del origen

ilícito de los recursos y con la voluntad de ocultarlo, **utilizó el servicio** de “Conavitel” que regentaba **para incorporar en el sistema financiero esos fondos y darles apariencia de legalidad.**

Véase que a MO se le señaló de prestar un aporte activo a la cadena del blanqueo de capitales distinto del escueto incumplimiento de un deber de control que, según el censor, no le era exigible; en concreto, se le acusó porque *"conocía al señor AJH y a otros miembros de la banda criminal Los Traquetos, estructura armada que era liderada por el ex jefe paramilitar DFMB, así como de sus actividades ilícitas, y... prestó el servicio de Conavitel para circular estos fondos espurios por el sistema bancario con la finalidad de OCULTARLOS y separarlos de su origen ilícito"*.

[...] Frente a tales premisas fácticas, la controversia que propone el demandante resulta en todo irrelevante; si la enjuiciada tenía o no la obligación de ejercer controles para el lavado de activos, o bien, si contaba o no la capacidad contractual de rechazar ciertas transacciones, son circunstancias que nada tienen que ver ni con los hechos por los que fue acusada, ni con la estructura típica del delito por el que se le condenó.

Dicho de otro modo, si a MO **no se le acusó por incumplir un deber de vigilancia** ni se le sentenció por ese hecho, ni **tampoco se le atribuyó la comisión de un tipo penal cuya configuración reclame que el sujeto activo se encuentre en una posición jurídica por virtud de la cual dicho deber le sea exigible**, deviene, como consecuencia lógica de todo ello, que las quejas planteadas no guardan ninguna relación con las bases jurídicas y probatorias del fallo de segundo grado, ni pueden entonces rebatirlo.

Y es que, precisamente, el recurrente parece entender que el punible de lavado de activos sólo puede ser cometido por quien tenga **obligaciones legales de control**, con lo cual **confunde dicho ilícito con aquellos a los que sí subyace el incumplimiento de un deber de origen normativo**, en concreto, los definidos en los artículos 325, ya mencionado, y 325A. En contraste con estos, el comportamiento definido en el artículo 323 no presupone la existencia de un deber de tal naturaleza ni demanda la concurrencia de una cualificación especial en el agente.

Nótese que la primera de tales conductas la comete «*el miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo*», mientras que la segunda, «*aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo*».

Como se ve, a ambas especies típicas subyace una posición jurídica especial del agente a partir de la cual le son exigibles una serie de deberes de control derivados de la normatividad especializada pertinente; en contraste, el artículo 323 del Código Penal, modificado por la Ley 747 de 2002, por el cual MO fue acusada y sentenciada, prevé, en lo pertinente, que:

El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la

administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de seis a quince años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este evento, y distinto a lo que sucede con los ilícitos atrás reseñados, **la comisión del delito no exige que el sujeto activo tenga un deber legal de evitación, de suerte que se materializa ante la realización de cualquiera de los verbos rectores allí establecidos, con absoluta independencia de la existencia de una posición jurídica de garantía.**

En todo caso, y en línea el razonamiento expuesto, esta Corporación ha sostenido que «*no se... puede predicar... el simple delito de omisión de control (de quien) ... hizo parte del andamiaje para llevar a cabo el lavado de activos*», de suerte que -se reitera- el reparo presentado carece de toda entidad para controvertir los pilares jurídicos y fácticos de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Las consideraciones que anteceden bastan para desestimar el cargo subsidiario presentado por el defensor de BNMO, por lo cual **no se casará** el fallo impugnado, máxime que la Sala no avizora violaciones de los derechos fundamentales de la procesada que hagan necesaria su intervención oficiosa».

(Textos resaltados por la Relatoría)

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
IMPUGNACIÓN DE COMPETENCIA**
**No interrumpe la audiencia de formulación
de imputación**

Al decidir sobre la impugnación de competencia, la Sala precisó que dicho trámite, establecido en la Ley 906 de 2004, no conduce a la *interrupción de la audiencia de formulación de imputación*, razón por la cual consideró incorrecto el procedimiento impartido por un Juez de Control de Garantías en este sentido. De este modo, se

decidió la remisión del asunto al Estrado Judicial para la continuación y culminación de la referida diligencia.

AP2889-2019 (55693) del 17/07/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Impugnación de competencia: no interrumpe la audiencia de formulación de imputación || **DEBIDO PROCESO - Estructura procesal:** antecedente, consecuente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia territorial, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** connotación procesal

«[...] erró el juez [...] penal municipal con función de control de garantías de Tunja en el trámite impartido en la audiencia de formulación de imputación, pues pese a que se pronunció sobre la impugnación de competencia y concluyó que en efecto le asistía el deber de adelantar dicha diligencia, optó por remitir la actuación a esta Corporación, sin que se terminara tal acto procesal, pues lo lógico era que se procediera a su culminación.

Lo anterior, por cuanto **no existe en la Ley 906 de 2004 norma que indique que la audiencia de formulación de imputación se interrumpe con la impugnación de competencia**, máxime que se reitera, se presentaba una situación de urgencia por la que la Fiscalía había acudido a los jueces de Tunja, la cual cobijaba no solo la declaratoria de legalidad de la captura, sino además, la imputación.

Aunado al hecho que la formulación de imputación *«con la cual se abre el proceso a través de la comunicación que el fiscal hace al indiciado de la investigación que se le adelanta*

por una determinada conducta punible, tiene una connotación procesal innegable dentro del principio antecedente consecuente, pues, sin ella no es posible, en primer lugar, hablar del inicio formalizado del proceso, y en segundo término, viabilizar la posibilidad de formular acusación al imputado, si se trata de la vía ordinaria, o permitir la terminación extraordinaria por el camino del allanamiento a cargos o los acuerdos entre las partes. (CSJAP6049-2014, rad. 42452).

[...] Así las cosas, advierte la Sala que si bien en el caso objeto de análisis la audiencia de legalización de captura se efectuó y el procesado quedó en libertad ante el retiro de la Fiscalía de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento por cuenta de la presente actuación, lo cierto es que **el Juzgado [...] Penal Municipal con función de Control de Garantías era competente para adelantar la audiencia de formulación de imputación, que además, ha debido culminarse en dicho estrado judicial.**

Lo anterior, por cuanto no se ha verificado si se cumplió lo establecido en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, tampoco se le han informado a OR los derechos que le asisten como imputado ni se le ha indagado sobre la posibilidad que tiene de allanarse o no al cargo formulado y sus consecuencias y se reitera, el Juzgado en mención, tenía competencia excepcional para adelantarla.

Así las cosas, no resulta lógico y razonable que la diligencia que se inició en Tunja se concluya en Fortul (Arauca), por lo que no le queda camino diferente a esta Corporación que declarar que **el competente para continuar con la audiencia de formulación de imputación contra BOR es el Juzgado [...] Penal Municipal con función de Control de Garantías** de Tunja al que se remitirán de manera inmediata las diligencias para lo pertinente».

(Textos resaltados por la Relatoría)

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO -
DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL
JUICIO**

***En casos de retractación o variación, su
incorporación y valoración requiere***

***satisfacer el principio de confrontación
mediante contrainterrogatorio***

En la determinación por virtud de la cual no se casó el fallo impugnado, la Corporación estimó

importante recordar, frente a las *declaraciones rendidas antes del juicio oral*, que en eventos de retractación o variación, su incorporación y valoración implica la observancia del principio de confrontación. De esta manera, advirtió que se respetaron estos parámetros, en un evento de *testimonio adjunto*, que cumplió con los protocolos requeridos para su introducción al juicio como medio probatorio, cuya apreciación en estas condiciones no configuró los falsos juicios *de convicción y de legalidad*, alegados por el recurrente.

SP2667-2019 (49509) del 17/07/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de prueba, eventos de admisión excepcional || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, alcance para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, hacen parte del testimonio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** testimonio adjunto o complementario || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante conainterrogatorio || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - No se configura** || **FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN - No se configura**

«[...] acorde con lo que se viene señalando, **es necesario descartar la existencia del error de derecho por falso juicio de convicción postulado**, por cuanto, contrario a lo señalado por la demandante, **está claro que no obstante la restricción legal general en orden a incorporar y valorar como prueba las declaraciones previas al juicio oral, existen algunas excepciones que permiten su ingreso al plexo probatorio según se trate** de prueba de referencia, del uso del interrogatorio cruzado con fines de refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad, o **de prueba**

complementaria o adjunta en eventos de retractación o modificación de la versión inicial, siempre que se cumpla con las previsiones atrás anotadas.

En ese orden, inicialmente corresponde verificar si la exposición rendida por ATP antes del juicio oral fue incorporada adecuadamente como medio de prueba y, de ser afirmativa la respuesta a ese cuestionamiento, evaluará si el mérito asignado a ella por el ad quem como fundamento de la condena, responde a los postulados de la sana crítica, de cara al resto del acervo probatorio.

Frente al primer aspecto, se tiene que ATPO compareció al juicio oral y estuvo disponible para el interrogatorio y conainterrogatorio, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2012.

Así mismo, el registro de su testimonio enseña que, durante el interrogatorio directo, dicho deponente negó haber observado al que portaba el arma de fuego y menos los momentos en que éste disparó dentro del establecimiento de comercio de copropiedad del primero.

[...] A continuación, el declarante fue requerido por la Fiscal para que explicara las razones por las que en su exposición previa manifestó haber visto cuando la persona que discutía con su hermano sacó de su chaqueta el arma, lo amenazó y después disparó y tiró el revolver hacia un lado, mientras en su declaración en el juicio se desdijo de lo dicho para afirmar que no se percató de nada porque estaba en la bodega del establecimiento comercial.

El deponente, bajo marcado nerviosismo y ansiedad, respondió que lo que narró ante “el cuartel” de Policía se basó en lo que le contó su hermano y que lo expresó así porque estaba tensionado y preocupado por éste, dado su carácter problemático cuando está borracho, además que no estaba acostumbrado a que sucedieran cosas como estas en su negocio.

Así mismo, aclaró que i) sí distinguía al sujeto con el que discutió su familiar debido a que es un cliente del café e incluso se lo ha encontrado, con posterioridad a los hechos, un par de veces, ii) cuando salió de la bodega vio a su hermano discutiendo y forcejeando, ante lo cual le preguntó qué había sucedido y éste le expresó que un tiro, tras lo cual llegaron los policías, iii) le manifestó a los uniformados que ese día estaba en la bodega y iv) después de que le manifestó a los policiales que un señor había

hecho un tiro, estos salieron a buscarlo, volviendo con un sujeto bajito, moreno y canoso que es el mismo que estuvo «*palabreando*», es decir, discutiendo con su hermano.

Por su parte, en el escenario del **contrainterrogatorio**, el testigo insistió en que no percibió por sí mismo los acontecimientos criminales porque estaba en la bodega, ante lo cual fue interrogado por el defensor acerca de la inconsistencia derivada de haber narrado en su entrevista que vio cuando un señor hizo un disparo, explicando que lo que expuso en el «*cuartel*» de policía es porque le preguntó a su hermano qué pasó y éste le dijo «*tal y tal cosa*», de manera que lo único que sintió fue la detonación y al salir solo vio el forcejeo, la bulla y el arma encima del mostrador.

Del mismo modo, se advierte que la funcionaria investigadora **solicitó la introducción de la**

referida declaración anterior como testimonio adjunto, petición acogida por la juzgadora y frente a la cual la defensa expresó que no tenía ninguna manifestación que hacer.

Así las cosas, **se advierte que la entrevista de ATP cumplió los protocolos para su introducción como medio de prueba en tanto testimonio complementario**, pues fue leída por el testigo -en los apartes atrás transcritos- y el deponente estuvo disponible para el interrogatorio y el contrainterrogatorio en punto de los aspectos contradictorios suscitados entre la exposición previa y la atestación realizada en el debate oral, salvaguardando, entonces, el principio de confrontación; **por modo que, el Tribunal tampoco incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PECULADO POR APROPIACIÓN

Es un tipo penal monosubjetivo, que está estructurado de manera que una sola persona puede realizar la conducta

Al inadmitir la demanda de casación, la Corporación encontró relevante referirse a la estructura del delito de *Peculado por Apropiación*, explicando que por tratarse de un tipo penal *monosubjetivo*, está estructurado de forma tal que una sola persona pueda realizar la conducta. Así, el hecho de que el sentenciado hubiera sido condenado a título de *autor*, no implica que no pudiera deducirse la *circunstancia de mayor punibilidad*, referida a la *coparticipación criminal* con los terceros que se beneficiaron de la apropiación de los dineros del Estado.

AP2374-2019 (48773) del 18/06/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Técnica en casación: el demandante debe aceptar los hechos declarados en la sentencia y la valoración de la prueba realizada por el juzgador || **DEMANDA DE**

CASACIÓN - Principio de corrección material: obligación de que corresponda a la realidad procesal || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** grado de participación, de coautor a autor || **PECULADO POR APROPIACIÓN - Tipo penal monosubjetivo:** está estructurado de manera que una sola persona puede realizar la conducta || **CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD - Obrar en coparticipación criminal:** no viola el principio de doble incriminación || **NON BIS IN IDEM - No se vulnera** || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión** || **PECULADO POR APROPIACIÓN - En favor de terceros:** se configura

«Recuérdese que cuando se intenta la postulación de la censura por la ruta de la **violación directa de la ley sustancial, el recurrente debe** hacer completa abstracción de lo fáctico y probatorio y, en ese sentido, **admitir los hechos y la apreciación de los medios de convicción fijados por los sentenciadores**, de manera tal que le corresponde desarrollar el reproche a partir de un ejercicio estrictamente jurídico, en el que establezca la vulneración del precepto normativo en el caso concreto, a través de cualquiera de las tres modalidades de error: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea y seguidamente, demuestre la trascendencia del yerro en el sentido de la decisión impugnada.

Mientras la falta de aplicación opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto, la aplicación indebida, deviene de la errada elección por el fallador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico. La interpretación errónea, en cambio, parte de la acertada selección de la disposición aplicable, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

Según el casacionista, como consecuencia de la **variación del grado de participación de coautor a autor** por parte del Tribunal se sigue que es imposible deducirle a su cliente la **circunstancia de mayor punibilidad**, descrita en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, **relativa a la coparticipación criminal**, por cuanto, bajo las consideraciones de la segunda instancia, tal agravante genérica solo es procedente cuando en la conducta punible concurren otros sujetos: cómplice, determinador, interviniente pero, en este caso, el peculado solo habría sido ejecutado por el procesado.

Esta última consideración, es decir, la relativa a que el punible fue cometido exclusivamente por el acusado, es la que no responde al **postulado de corrección material**, pues, si bien es cierto, el ad quem estimó que no está acreditado que OM desarrolló la acción criminal peculadora a título de coautoría y que lo condenó en calidad de autor, **no descartó la existencia de otros partícipes, justamente, los que se beneficiaron con el detrimento patrimonial.**

Ahora bien, asegura el libelista que dicha agravante genérica no se puede inferir de la participación de dichos sujetos en el peculado, porque ello vulnera el **principio de non bis in idem**, dado que se trata de un delito de encuentro y convergencia -como la rebelión, la asonada, el concierto para delinquir, el aborto- en el que el tipo exige la concurrencia de varias personas.

Sin embargo, se equivoca el censor al incluir el **delito de peculado** en la categoría dogmática señalada, pues aquél **es monosubjetivo, es decir, no es de sujeto activo plural y, en ese orden, está estructurado de manera que una sola persona puede realizar la conducta descrita**, por lo que la mayor punibilidad se predica del actuar en cooperación con otra, cuestión que, en esas condiciones, procura lograr el aseguramiento del resultado con la intervención de más de un individuo.

Esta forma de ejecución de la conducta añade al desvalor del resultado un especial e intenso desvalor de la acción, ya que el sujeto activo, en esas condiciones, obtiene una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado delictivo.

Así las cosas, se concluye que **era perfectamente posible la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad relativa a la coparticipación criminal** en el caso concreto y **se descarta la posibilidad de admitir el reproche».**

(Texto resaltado por la Relatoría)

INVESTIGACIÓN PREVIA

La extensión de su término, por sí sola, no apareja la infracción de garantías del investigado ni acarrea la exclusión probatoria

Al inadmitir uno de los cargos planteados en la demanda casacional, la Sala debió abordar el tema relativo al término de la indagación preliminar, y concretamente a los eventos en que se produce su extensión, todo, bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, para especificar que tal circunstancia no comporta

por sí misma la *exclusión de las pruebas practicadas* durante dicho periodo ni la infracción de las garantías fundamentales del investigado. En tal sentido, precisó que en el caso concreto no se acreditó el *falso juicio de legalidad* alegado por el actor.

AP2372-2019 (53759) del 18/06/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Concepto || PRUEBA - Cláusula de exclusión: solicitud, requisitos || INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES - Legalidad || DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA - No se vulnera || DERECHO A LA INTIMIDAD - No se vulnera || FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Técnica en casación: cuando se postula respecto de una misma prueba o grupo de pruebas, el recurrente debe distinguir si se trata de ilegalidad o ilicitud || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Técnica en casación:** el recurrente debe enunciar la regla o procedimiento inobservados, la garantía transgredida y el efecto adverso concreto || **DERECHO DE DEFENSA - No se vulnera || INVESTIGACIÓN PREVIA - Derecho de defensa || INVESTIGACIÓN PREVIA - Prolongación de la investigación por fuera del término:** validez de las pruebas || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Término:** su extensión, por sí sola, no apareja la infracción de garantías del investigado ni acarrea la exclusión probatoria || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Notificación de su inicio:** su omisión no genera irregularidad sustancial || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Término:** vencimiento, no implica que automáticamente la Fiscalía se vea obligada a cesar en los actos de investigación preliminar || **INVESTIGACIÓN PREVIA - Pruebas:** no se invalidan por la omisión de decretar la apertura de instrucción, una vez la persona sea individualizada o identificada || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Principio de trascendencia || DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«En síntesis, el demandante alega que el Tribunal incurrió en **error de derecho por falso juicio de legalidad**, al haber fundado la sentencia en pruebas *«obtenidas y aducidas con manifiesta violación y/o restricción de los derechos y garantías fundamentales»*, en la medida en que **la Fiscalía extendió**, sin razón alguna, **el término de la indagación previa**, desde el 11 de enero de 2007 hasta el 30 de julio de 2008, contraviniendo el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal de 2000, forma como privó al acusado de sus derechos a la defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y controvertir las de la contraparte.

En consecuencia, para el defensor todas las pruebas practicadas con posterioridad al vencimiento del término fijado por la ley para la indagación previa, o, al menos desde cuando DLTM fue identificado —el 3 de mayo de 2007—, hasta la apertura formal de instrucción, debieron ser sancionadas con la cláusula de exclusión, de acuerdo con el inciso final del artículo 29 de la Constitución; agregando que gran parte de esos medios de prueba se aportó por los investigadores mucho tiempo después de haberse obtenido, sin estar bajo la dirección del Fiscal a cargo.

Pues bien, destaca la Sala que **sobre el falso juicio de legalidad y su demostración**, de antaño tiene señalado que se presenta por la irregular formación, producción o incorporación de la prueba.

[...] Lo primero que se debe advertir, por tanto, es que **en el marco del error de derecho por falso juicio de legalidad no puede respecto de una misma prueba o grupo de pruebas, en el mismo cargo, postularse la censura, sin distinción, por ilegalidad o por ilicitud**, pues cada una responde a un concepto y causas diversas, al igual que puede tener alcances diferentes, como discernió la Corte en la sentencia CSJSP, 5 ago. 2014, rad. 43691:

[...] se debe precisar que no obstante la referencia reiterada del demandante al quebrantamiento de la garantía de la **dignidad humana**, como fuente de la pretendida exclusión probatoria, **la ocurrencia de desafuero de esa índole no se demostró**, en el entendido de que el mismo se presenta, por ejemplo, como *«efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante»*, según lo indicó la Corte en una de las citas previas; menos aún si resulta de elemental comprensión, que **tratándose de la interceptación de comunicaciones, la inmunidad de reserva a la intimidad de las personas en ese ámbito está permitida por la ley**, en circunstancias como las de este caso.

Ahora bien, cuando la censura por **falso juicio de legalidad** apunta a atacar la apreciación de la prueba bajo el supuesto de que ésta en sí misma estaba influida por la inobservancia de los presupuestos legales esenciales en su obtención o aducción, con incidencia perjudicial en derechos fundamentales de la parte contra la

que se aporta, **conciene al recurrente enunciar la regla o procedimiento inobservados, cuál fue la garantía transgredida y puntualizar en qué forma su patente infracción irradió efectos nocivos concretos.** De manera que **no es suficiente, a partir de la práctica probatoria más allá de los 6 meses fijados en la ley para adelantar la investigación previa,** platear genéricamente que se haya privado al acusado de la defensa técnica, de controvertir las pruebas de la Fiscalía y de presentar las de descargo; si no que fuerza, además, acreditar el efecto adverso específico, como resultado de la actuación probatoria irregular y la incidencia perjudicial en el sentido del fallo, más allá de escenarios figurados o inciertos.

En este caso, si bien el recurrente seleccionó adecuadamente la causal para desarrollar el cargo que se propuso demostrar, ninguno de los supuestos antes dichos se logra visualizar de su extensa exposición, a través de la cual no consiguió avanzar más allá de recabar en la gran cantidad de informes presentados por los servidores de policía judicial, relacionados con las llamadas controladas por orden de la Fiscalía, mediante actos de investigación que se practicaron durante más de 25 meses de indagación previa.

Escaso e indemostrado es, igualmente, el argumento del recurrente, conforme al cual, los resultados obtenidos de los actos de investigación efectuados hasta el 11 de enero de 2007 o, cuando menos, hasta el 3 de mayo del mismo año (producto de conversaciones en las que invariablemente se valían de un lenguaje cifrado, al igual que comúnmente los interlocutores usaban apodos y recelaban que las comunicaciones no fueran seguras por lo que permanentemente cambiaban las líneas telefónicas, según se indica en las citas textuales que se hacen de los medios probatorios y de los fallos de instancia en la demanda) debieron bastar a la Fiscalía para vincular formalmente a algunas personas que, conforme a esas llamadas controladas, podrían estar implicadas en una organización criminal y en la actividad delictiva de la misma.

Al margen de aquello que para el demandante constituyó una desproporcionada e innecesaria extensión del plazo de la indagación previa, **su afirmación acerca de la «manifiesta violación y/o restricción de los derechos y garantías**

fundamentales», como la dignidad humana, el debido proceso, la defensa material y técnica, la oportunidad de presentar pruebas y de controvertir las obtenidas por la Fiscalía, no pasa de ser un enunciado abstracto, no verificable en la realidad de la actuación procesal que se expone en la misma demanda y que se extracta, por igual, de las decisiones de instancia, en cuanto se revele que efectivamente DLTM afrontó la imposibilidad de debatir las pruebas con fundamento en las cuales fue condenado, por el hecho de que gran parte de ellas se hayan obtenido en el extendido plazo de la indagación preliminar; pruebas que el mismo demandante admite, en general, se restringieron a las interceptaciones telefónicas.

No puede pasar por alto la Corte la sinrazón de un planteamiento de ese jaez, **predicado de las escuchas que se efectuaron** entre el 11 de enero de 2007 y el 29 de julio de 2008, es decir, **más allá del término fijado en la ley para adelantar la investigación previa,** exponiéndose como uno de los motivos de desaprobación la dificultad para el procesado de rememorar el contexto de las conversaciones, no así de los actos de investigación realizados dentro de los seis primeros meses, **sin que se demostrara un escollo insalvable al ejercicio de los derechos a la defensa o de contradicción.**

Entonces, es anodino pretender estribar el reproche en planteamientos especulativos como que difícilmente el acusado hubiera podido contrastar o responder genuinamente, en ejercicio del derecho de defensa, respecto de unas conversaciones cuya autoría se le atribuyó, por haber transcurrido un lapso prolongado desde cuando se grabaron, hasta el momento en que, tardíamente, se enteró de la investigación en su contra.

Así mismo, la Sala encuentra infundadas las sospechas de la defensa, en las que pretende sustentar la supuesta infracción a los artículos 311, 318 y 320 del Código de Procedimiento Penal, referentes a que no fue la Fiscalía la encargada de dirigir los actos de investigación; que de manera irregular los investigadores interceptaron comunicaciones y después seleccionaron a su antojo cuáles llamadas eran transcritas y presentadas al proceso, basado en que no merecen crédito las explicaciones del investigador líder sobre la forma en que se enteraban de los números de algunas líneas

telefónicas involucradas; o, de otra parte, que la información existente mucho antes de haberse decretado la apertura de instrucción exceda la rigurosamente indispensable para este fin.

Ninguno de esos genéricos y teóricos cuestionamientos de la defensa acredita una realidad concreta acerca de que durante la prolongación de la indagación preliminar, o posteriormente por efecto de la misma y el desconocimiento de su existencia por parte del acusado, se le hayan restringido indebidamente garantías fundamentales, con repercusión nociva en el adecuado ejercicio de la contradicción y de defensa luego de la apertura formal de la instrucción.

De esa estirpe son las apreciaciones del demandante en su aspiración de demostrar el yerro de derecho y su trascendencia perniciosa [...].

[...] Estas indicaciones que en esencia condensan el debate planteado por el recurrente en casación, no revelan particularmente cómo la actividad probatoria durante la indagación preliminar, que, afirma, se contrajo, *«en esencia... a las interceptaciones telefónicas... intervención de mensajes de texto y correos electrónicos... a algunas incautaciones de sustancia estupefaciente, que al decir de esos investigadores se lograron realizar por la oportuna información que ellos obtuvieron mediante esos actos de investigación...»*, redundó en menoscabo de las garantías del procesado durante el proceso, con efectos en la sentencia impugnada.

En el mismo orden, el demandante reprueba que el Tribunal esquivara abordar el tema desde la directriz que deriva de la sentencia C-033 del 28 de enero de 2003, en la cual se resolvió la demanda contra el artículo 126 de la Ley 600 de 2000, referente al derecho a la defensa del imputado durante la investigación previa.

Sobre el punto es preciso decir que **la Corte Constitucional no fijó una regla inamovible de exclusión probatoria o de invalidación de la actuación**, no obstante reiterar la necesidad de ofrecer al indiciado las garantías suficientes durante la indagación preliminar.

[...] En sentido similar la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-096 del 11 de febrero de 2003 sobre las garantías del indiciado durante la indagación previa y la restricción de acceso a la actuación cuando no ha rendido

versión preliminar, con la finalidad de *“asegurar los intereses generales de la reserva de la investigación penal y la eficacia de la administración de justicia en la investigación de los delitos”*, [...]

[...] **De las orientaciones jurisprudenciales citadas**, que si bien afirman la necesidad y relevancia constitucional de preservar en toda la actuación las garantías fundamentales de quien pueda resultar implicado en un delito y, en concreto el derecho de defensa, así como la limitación del lapso durante el cual se debe desarrollar la investigación previa, **no se sigue que cualquier actividad probatoria** realizada por la Fiscalía durante ese trámite, en orden a verificar preliminarmente los hechos de una denuncia o información sobre actividades presuntamente delictivas, **tenga que comunicarse anticipada o subsiguientemente a su práctica a quien fortuitamente pueda resultar indiciado. Tampoco** se indica, por tanto, **que, cumplido el plazo fijado en la ley, automáticamente la Fiscalía se vea obligada a cesar en los actos de investigación preliminar o que espontáneamente constituya irregularidad con efecto invalidante de las pruebas, la omisión de decretar la apertura de instrucción una vez la persona sea individualizada o identificada** en el entorno de la averiguación preliminar, o, finalmente, **que la extensión del término de esta actuación, por sí solo, apareje la infracción de garantías del investigado y acarree, como correlato, la exclusión probatoria.**

Por eso, ha dicho la Sala que *“(...) bajo el régimen de la Ley 600 de 2000, que regula este proceso, el recaudo de la prueba puede realizarse en las fases de instrucción o del juzgamiento, e inclusive dentro de la fase de indagación preliminar, y valorarse por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia, sin limitación distinta de las que conciernen a su legalidad y licitud.”* (CSJ SP, 30 jun. 2010, rad. 32777).

La supuesta arbitrariedad de esa prolongación del término fijado en la ley, no se demuestra por el recurrente con la simple afirmación de que, en su opinión, la Fiscalía tenía información suficiente, que en términos del mismo defensor correspondía primordialmente a la establecida a través de la intervención de las comunicaciones telefónicas entre los integrantes de la

organización delictiva, y había conseguido identificar plenamente al acusado, al menos desde el 3 de mayo de 2007; que, sin embargo, procuró el ente acusador atiborrar de pruebas de cargo la actuación para asegurar una acusación exitosa y privar a DTM de una oportuna y eficaz defensa.

Al contrario del alcance desmedido que se pretende dar por el impugnante a las directrices jurisprudenciales, se reconoce por la Corte Constitucional que la garantía del investigado de intervenir desde un comienzo en la etapa preprocesal, puede verse legítimamente limitada por el interés del Estado de asegurar «la eficacia de la administración de justicia en la investigación de los delitos» y la necesidad de garantizar que la labor probatoria no «se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas sobre los hechos o la posible responsabilidad de los implicados», siempre que ello no se traduzca en un infranqueable riesgo de impedir arbitrariamente los derechos de contradicción y defensa o, más ampliamente, el debido proceso.

Menos puede arribarse a esa conclusión en este caso concreto, el cual, de la simple lectura del sustrato fáctico y de las sentencias de instancia, se percibe de alta complejidad, al punto que la información fuente de la indagación previa, al avanzarse en ella, según se extracta de lo afirmado por el mismo recurrente, involucró nuevos hechos y a otras personas, además de las inicialmente referenciadas, determinando la necesidad de que la Fiscalía se fuera enfocando en diversos actos de investigación.

De acuerdo con lo que viene de exponerse, es evidente que **el demandante no consigue elaborar una argumentación sólida, de la cual se pueda deducir que la demora en la apertura de instrucción o la omisión de comunicar al indiciado en ese momento**

coyuntural sobre la existencia de la investigación previa, implicó un obstáculo al ejercicio eficaz y oportuno del derecho a la defensa, porque no concreta de qué manera esa situación repercutió arbitrariamente en las garantías integradoras del debido proceso, quedando el enunciado de la ilegalidad de las pruebas sin sustento suficiente, a pesar de las copiosas referencias a las mismas, cuya precaria o imposible confrontación por parte de la defensa no se acredita, con el propósito de determinar la presencia de irregularidad esencial en su producción o aducción, que impusiera el deber de vedarlas de apreciación por los juzgadores, en aplicación de la cláusula de exclusión. A propósito, cabe indicar que una vez se decretó la apertura de instrucción y se ordenó la vinculación formal de los inculpados, la captura en el caso de DTM no pudo hacerse efectiva, y solo varios años después se conoció de la privación de su libertad por otros hechos delictivos.

En el mismo sentido, la demanda no se basta por sí sola para demostrar —como lo afirma el defensor— que la extensión del plazo de la investigación previa y la práctica probatoria dilatada, resultarían innecesarias y más bien implicarían un empeño ilegal de la Fiscalía, con la finalidad de impedirle al implicado aducir pruebas que estuviera en capacidad de aportar para su defensa o controvertir las existentes, en este caso concretadas, por demás, a la interceptación de llamadas a distintos abonados telefónicos utilizados por diversas personas, y mensajes de texto, resultando las incautaciones de cocaína asunto imprevisto, no controlado por el ente investigador.

En consecuencia, el reproche es inadmisibles».

(Texto resaltado por la Relatoría)

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD POR CERCENAMIENTO

No se configura cuando los apartes del medio de prueba omitidos son intrascendentes para la solución del caso

Al decidir no casar el fallo condenatorio impugnado, por los delitos de *Acceso Carnal*

Violento y Aborto sin consentimiento, la Sala consideró fundamental recordar que el *falso juicio de identidad por cercenamiento* no tiene lugar, cuando los apartes del medio de prueba omitidos no tienen trascendencia alguna para la solución del asunto objeto de juzgamiento. De esta manera, estimó improprios los cargos formulados por el casacionista, tendientes a

desestimar la apreciación probatoria que hizo el Tribunal, de las declaraciones rendidas antes del juicio por parte de la víctima del delito sexual, válidamente incorporadas para impugnar credibilidad, pues a partir de tal análisis en conjunto con el del testimonio que rindió en la audiencia y los demás elementos relevantes, fue posible identificar que la retractación que realizó durante el acto procesal, fue producto de ofrecimientos de dinero y otros beneficios.

SP2131-2019 (50963) del 12/06/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Criterios de valoración: el análisis conjunto es una regla estructural de apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como medio para impugnar credibilidad || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** no se configura, cuando los apartes del medio de prueba omitidos son intrascendentes para la solución del caso || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Principio de trascendencia** || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, retractación

«[...] Conforme al segundo cargo, se habría incurrido en error de raciocinio al apreciar el testimonio de la menor, y según la primera censura, la decisión es el producto de una valoración indebida por mutilación de varios testimonios y por no haber apreciado otros.

En síntesis, según el censor, el Tribunal sostuvo, como consecuencia de esos errores, que YABR accedió sexualmente a JMM contra su voluntad y propició la interrupción del embarazo. Sin embargo, esas imputaciones, en su parecer, son el producto de un plan fraguado por EM, enemigo del acusado, como debió

concluir el Tribunal, de no ser por la indebida apreciación probatoria denunciada.

Según el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, **el análisis conjunto es una regla estructural de apreciación probatoria**; también lo es el análisis de cada medio según los concretos criterios de valoración de cada prueba.

Conforme a dichas pautas, el medio se debe analizar en su integridad, y en conjunto, con el fin de establecer su significado exacto y su peso en la decisión. Demostrar, entonces, la trascendencia del error y sus implicaciones en la incorrecta aplicación del derecho, es esencial cuando se demanda este tipo de desaciertos.

[...] El demandante censuró que se dijera que la regla de experiencia indica que una persona siempre dice la verdad en la primera ocasión que declara, y en la audiencia de sustentación adujo que el Tribunal estimó declaraciones de JMM por fuera del juicio, a la manera como lo autoriza el principio de permanencia de la prueba, propio de sistemas procesales que se sustentan en una axiología diferente a la del actual proceso penal.

Esta afirmación es equivocada. **Las declaraciones por fuera del juicio las empleó la fiscalía para impugnar la credibilidad de la testigo** (artículo 403 de la Ley 906 de 2004), **y a partir de su incorporación, con el pleno de garantías para la defensa, el Tribunal apreció su contenido** y lo comparó con la declaración que rindió JMM en audiencia.

[...] con el pleno respeto por el debido proceso probatorio y el derecho a confrontar a la testigo, el Tribunal concluyó que la menor no dijo la verdad en la declaración que rindió en el juicio, en la cual aseguró, desdiciéndose de lo que había dicho por fuera de él, que acusó a YABR siguiendo los consejos de EM.

En ese orden, la regla de que un testigo por lo general siempre dice la verdad en la primera declaración, empleada por el Tribunal, corresponde a una reflexión que surge de la inexplicable disparidad entre las declaraciones por fuera del juicio y la versión que ofreció JMM en la audiencia, puesta en evidencia a partir del análisis conjunto con los demás medios de prueba, cuya apreciación, sin razón, también cuestiona el demandante.

En efecto, al apreciar la declaración de la menor JMM en contexto, el juzgador concluyó que **la**

retractación fue consecuencia de presiones que se corroboran con otros medios.

[...] Como lo afirmó el Tribunal, AMR, quien alojó a su pariente JMM en su casa por problemas familiares, se refirió así acerca de los ofrecimientos del acusado para que convenciera a la menor de cambiar su versión:

[...] Esta prueba, emblemática para demostrar como el acusado pretendió influir en la declaración de JMM para obtener su retractación, no puede ponerse en tela de juicio por asuntos laborales que el testigo puso en evidencia. En detalle, esa circunstancia, que el testigo bien pudo ocultar, en lugar de minar su credibilidad, destacan la sinceridad de la declaración.

Por eso este segmento no es relevante. El hecho de que YABR le haya ofrecido dádivas a quien tenía la posibilidad concreta de influir en la testigo, permite inferir que la retractación de JMM obedeció a ese tipo de insinuaciones, como lo reafirma el hecho de que el padre de JMM fue favorecido con una orden de prestación de servicios por parte de la administración municipal que presidía el acusado, luego de que la menor JMM presentara la denuncia, sin que exista una razón distinta que justifique esa contratación.

Lo anterior permite demostrar que **el error de hecho por falso juicio de identidad por mutilación no se estructura por no mencionar ciertos apartes de un medio de prueba**, porque si así fuera las providencias serían interminables y plagadas de detalles que no ayudan a conferirle claridad a la sentencia. Lo que se exige es motivar fáctica, probatoria y jurídicamente la providencia, deber que significa que el juez debe precisar cuál es el peso específico de la prueba en la decisión, sin necesidad de referirse a todos y cada uno de los detalles de la misma, si estos no inciden en lo sustancial de la conclusión judicial.

Estimar la prueba, por lo tanto, **implica apreciar su contenido esencial** y su sentido según los principios que informan la valoración de cada medio, y su influencia en la argumentación **a partir de su asociación con el conjunto de elementos probatorios** válidamente incorporados al juicio. De modo que **no todo detalle**, por significativo que parezca, **es importante, si no tiene la trascendencia para afectar la evaluación que ha hecho el**

juzgador de la prueba en concreto y de sus implicaciones en el conjunto probatorio y en el sentido de la decisión.

En esa línea, se debe destacar que **los errores de hecho por falso juicio de identidad denunciados tienen en común que se refieren a apartes intrascendentes de los medios de prueba**. Primero, porque no influyen de manera determinante en la apreciación individual de cada medio, y segundo, porque el examen sistémico de la prueba permite señalar que **los apartes que se dice omitidos son insignificantes en el conjunto de la motivación y en la solución del caso**.

Así, es cierto que YMM, familiar de JMM, dijo que supo que la menor sostuvo relaciones sexuales con S, C y C. Pero **ese dato no es relevante**, porque esas relaciones sexuales no descartan que fuera agredida sexualmente por el alcalde. Aquí lo importante son las maniobras empleadas para lograr que JMM exonerara al alcalde de las imputaciones, **mediante una retractación evidentemente manipulada e injustificada**, y no que la menor libremente haya ejercido su sexualidad en el marco de su dignidad y autonomía ética.

En efecto, en la denuncia que presentó el 1 de junio de 2004, con la cual la fiscalía impugnó su credibilidad, JMM explicó que por instrucciones de YABR intentó interrumpir su embarazo, introduciéndose dos pastillas por la vagina y dos oralmente. Que haya afirmado en el juicio que una amiga, de quien se reservó el nombre con el argumento de que eso pertenece a su fuero íntimo, le regaló las pastillas que se *“introdujo en clase”*, es una muestra burda de cómo intentó desdibujar sus imputaciones iniciales, pues a nadie se le ocurre creer que un procedimiento de esa naturaleza se inicie en plena clase, siendo que ese tipo de actos, por la gravedad de la conducta y sus consecuencias, implica cierta y necesaria intimidad.

En ese contexto, las amenazas del acusado hacia JMM, que presenciaron sus compañeras de colegio MZ y GARC, no son un tema menor y su credibilidad no desmerece porque la una haya dicho que el acusado es *“mulato”* y no *“negro”*, o por alguna imprecisión en relación con la ubicación de la alcaldía, como lo pretende el recurrente en un ejercicio de una lógica insustancial».

PRUEBA PERICIAL - Apreciación probatoria: corresponde al juez || **PRUEBA PERICIAL - Apreciación probatoria:** debe analizarse en forma individual y en conjunto || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** no se configura, cuando los apartes del medio de prueba omitidos son intrascendentes para la solución del caso || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, retractación, evento en que se obtuvo mediante ofrecimientos de dinero y otros beneficios || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura || ABORTO SIN CONSENTIMIENTO - Se configura || COMPULSACIÓN DE COPIAS - Fiscalía:** para que investigue por presuntas conductas punibles cometidas

«Mención aparte merece el error de hecho por falso juicio de identidad que recaería en el concepto pericial de la psicóloga [...].

Lo primero que hay que advertir es que **se trata de una prueba pericial**, no de un testimonio. Por lo mismo, su apreciación implica partir de la base de que su procedencia está sujeta a la necesidad de efectuar valoraciones que requieren conocimientos especializados, y no para sustituir al juez en decisiones que pertenecen a su fuero, como lo es el determinar la credibilidad de los testigos.

Así lo indicó la Sala en la SP del 23 de mayo de 2018, Rad. 46692: en la cual señaló lo siguiente:

“...no obstante la acreditación del perito y la comprobación de sus conocimientos especializados en psicología, ha de tenerse en cuenta que su juicio no reemplaza la valoración que le corresponde hacer al juez sobre la credibilidad del dicho de la víctima, pues quien le asigna o niega credibilidad es el funcionario judicial que evalúa la totalidad de las pruebas.”

De manera que no se equivocó el juzgador al no considerar la conclusión de la experta según la cual la versión de JMM no sería creíble. Por el contrario, conglobó la declaración que la menor ofreció en el juicio con las que rindió antes, y con el conjunto de pruebas que indican que el acusado pretendió incidir en su declaración, y a partir de esa evidencia concluyó que la testigo se retractó de su versión inicial.

Tampoco al no examinar las manifestaciones de la menor que respecto de los hechos le entregó a la experta, porque como lo ha expresado la Sala, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637:

“Cuando el peritaje está compuesto, además de hechos que el perito percibe directamente, por información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal.”

En conclusión, **el Tribunal no incurrió en el error que se denuncia, y menos por no mencionar detalles de las declaraciones de FEC, LDMP, MZR, LARM, AYR y VRR, que son insignificantes en el entramado de pruebas que demuestran que el acusado intentó demostrar una verdad distinta mediante la retractación amañada del testimonio de la víctima.**

Por el contrario, son muy curiosas las declaraciones de los padres de JMM, quienes aseguraron no saber nada de agresiones sexuales contra su hija, ni que estuviera embarazada. Sin embargo, el padre de la niña fue vinculado a la administración mediante contrato, justamente después de presentar la denuncia, y la madre resultó retractándose de lo que le había explicado a la fiscalía acerca de los problemas de JMM.

Las declaraciones que según el demandante no fueron apreciadas, son igualmente **intrascendentes** para los fines que el demandante persigue.

Al haber establecido que **la retractación de la menor no es creíble y que fue manipulada por ofrecimientos de dinero y de otros beneficios** para sus familiares, las declaraciones del escolta del acusado, con la cual se pretende ubicar al procesado en otra ciudad para el 6 de abril, fecha de la primera agresión sexual, carece de la importancia que el censor le atribuye. Uno, porque las conductas que denunció la menor no se reducen a una sola, sino a una secuencia de actos, y dos, porque en el contexto analizado, la declaración de M, como las demás, se inscriben dentro del elaborado plan para demostrar que EDJM, el contradictor político del acusado,

utilizó a la menor para fraguar una acusación infundada, lo cual carece de sentido.

Por todo ello, **los cargos no prosperan.**

La Corte no puede ignorar la manera como se incidió en la retractación de la menor. Se compulsarán, por lo tanto, copias de esta

actuación a la fiscalía para que se inicien las actuaciones que correspondan, en orden a establecer las responsabilidades que estos comportamientos demandan».

(Texto resaltado 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

