



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Mayo 17 de 2019 n.º 8

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>

### **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO**

***Se configura cuando se induce en error al notario para otorgar y protocolizar instrumentos públicos que contienen manifestaciones contrarias a la verdad***

La Sala casó parcialmente la sentencia impugnada, por advertir que el Tribunal incurrió en *violación directa de la ley sustantiva*, al subsumir indebidamente dos de los comportamientos concursales en el tipo penal de *falsedad en documento privado*. En este sentido, estimó necesario precisar que la actividad notarial implica el ejercicio de funciones públicas, de manera que cuando se induce en error al notario para obtener la protocolización de escrituras con manifestaciones contrarias a la verdad, el delito que se configura es el de *obtención de documento público falso*. También se examinó en profundidad la tipología del *fraude procesal*, para recabar que en virtud de su carácter *pluriofensivo*, puede estructurarse no sólo cuando el engaño se realiza en actuaciones judiciales sino también en las de carácter administrativo. Finalmente, explicó que la *congruencia* entre el anuncio del sentido del fallo y la sentencia, no implica condenar por una conducta punible cuya hipótesis no se adecúa a ese delito.

**SP1677-2019 (49312) del 8/05/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**NOTARIO - Naturaleza de su función** ||  
**NOTARIO - Servidor público:** cuando actúa en

ejercicio de la función fedante otorgada por el ordenamiento jurídico || **ESCRITURA PÚBLICA - Naturaleza:** es un documento público cuando ha sido incorporada en el respectivo protocolo || **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Notario como instrumento** || **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Concepto**

«Desde la perspectiva de definición del objeto material de los tipos de falsedad documental, determinada a partir de la condición de su creador, recientemente, la jurisprudencia (CSJ SP18096-2017, rad. 42.019) clarificó que, de acuerdo con el art. 20 del C.P. y la sent. C-1508 de 2000, **cuando los notarios actúan en ejercicio de la función fedante otorgada por el ordenamiento jurídico, son autoridades que ejercen funciones públicas, por lo cual deben ser considerados servidores públicos.** De ahí que, entre otras consecuencias, **las escrituras ante ellos otorgadas, sometidas al debido procedimiento de protocolo, constituyen documentos públicos.**

Bajo esa comprensión, la Corte clarificó que, si bien en una escritura pública las declaraciones de voluntad pueden provenir de particulares, tal aspecto no determina la naturaleza privada del documento. Ello, en la medida en que éste, al ser producido con intervención del notario en ejercicio de la función fedante conferida por la ley, se torna en un **documento público.**

En ese entendido, **la inducción en error al funcionario que crea el documento -notario-, por parte del particular, encuentra adecuación típica en el delito de obtención de documento público falso** (art. 288 C.P.). Un ejemplo característico de esta conducta punible se da cuando los particulares comparecen ante el notario público para hacer manifestaciones de voluntad revestidas de aseveraciones contrarias a la realidad, logrando con ello que la escritura -

documento público- consigne una falsedad ideológica, esto es, incorpore enunciados fácticos contrarios a la realidad fenomenológica».

**FRAUDE PROCESAL - Se configura:** no sólo cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones judiciales sino en el marco de cualquier actuación que dé origen a un acto administrativo || **FRAUDE PROCESAL - Acto administrativo** || **FRAUDE PROCESAL - Delito pluriofensivo** || **FRAUDE PROCESAL - Bien jurídico tutelado** || **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Modalidades de ataque al bien jurídico** || **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Principios** || **FUNCIÓN PÚBLICA - Principios** || **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Antijuridicidad:** al analizar la conducta deberá especificarse el servicio prestado a los ciudadanos y cómo se perturba el bien jurídico || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Alcance** || **FRAUDE PROCESAL - Principio de legalidad:** su desconocimiento afecta la función pública tanto en la administración de justicia como en el ámbito administrativo-gubernativo || **FRAUDE PROCESAL - Elemento subjetivo:** el sujeto activo busca cambiar, alterar o variar la verdad || **FRAUDE PROCESAL - Configuración**

#### «Fraude procesal

Según el art. 453 del C.P., incurre en **fraude procesal** quien, por cualquier medio fraudulento, induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, la Sala ha venido sosteniendo que **el fraude procesal, pese a ser un delito contra la eficaz y recta impartición de justicia, no sólo puede cometerse cuando el servidor público es engañado para que adopte una determinación en ejercicio de funciones judiciales, sino que, en general, dicha conducta punible también puede tener ocurrencia en el marco de cualquier actuación que dé origen a un acto administrativo.** En suma, los argumentos para sostener tal posición consisten en que: i) la mencionada conducta punible es **pluriofensiva** y uno de los intereses de tutela es, de manera amplia, la administración pública; ii) el sujeto activo corresponde, por definición legal, a todo servidor público, sin verse limitado a un funcionario judicial y iii) la inclusión del ingrediente normativo acto administrativo

ratifica que sobre las actuaciones gubernativas puede recaer un fraude procesal (cfr., principalmente, CSJ SP 7 abr. 2010, rad. 30.184; AP5402-2014, rad. 43.716 y SP1272-2018, rad. 48.589).

En la primera de las mencionadas decisiones, la cual traza el sendero argumentativo para sostener tal tesis, que ha venido siendo ratificada, se expuso:

*“Así las cosas, aunque el fraude procesal descrito en el artículo 453, Capítulo Octavo, Título XVI tutela el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia también protege de manera amplia el de la administración pública, esto es, que se trata de un tipo penal pluriofensivo cuya determinación se deriva del hecho de recaer la acción en un servidor público, acepción que debe ser entendida en los términos del artículo 20 del Código Penal.*

*[...] Por eso, cuando el tipo penal se refiere al servidor público en general, de ningún modo puede inferirse de la función delimitadora que cumple el bien jurídico, que aquel concepto se vincula estrictamente con los funcionarios públicos que administran justicia, con las autoridades administrativas a las que excepcionalmente la ley les atribuya funciones jurisdiccionales o con los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, porque la naturaleza pluriofensiva del comportamiento y el sentido de la descripción típica permiten señalar que la protección penal abarca la resolución o el acto administrativo emanado de cualquiera de ellos.*

*De modo que el tipo penal, al prever que la acción punible puede recaer sobre cualquier servidor público con la finalidad de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, no excluye a ninguno de los relacionados en el citado artículo ni tampoco se refiere exclusivamente a quienes ejercen función jurisdiccional en los términos del artículo 116 de la Carta Política, como lo expresa el casacionista.*

*[...] En tales términos, la conducta punible cobija o protege tanto los trámites gubernamentales como judiciales, en la medida que los medios fraudulentos mediante los cuales se induce en error no están dirigidos en particular al juez, a las autoridades o particulares que ejercen funciones jurisdiccionales, sino en general al servidor público del cual se quiere obtener*

*mediante engaño una resolución o acto administrativo contrario a la ley.”*

En ese caso, la Corte, al no casar la sentencia impugnada, validó la adecuación típica por fraude procesal derivada de la obtención de una inscripción en el registro de instrumentos públicos, lograda mediante inducción en error del registrador mediante medios fraudulentos.

[...] Y esa posición jurisprudencial, basada en una comprensión amplia del objeto de tutela jurídico penal, determinada a partir de la voluntad legislativa de proteger todos los ámbitos decisorios en los que se materializa la función pública, en tanto concreción del Estado de derecho, sin limitar la protección a escenarios jurisdiccionales, ha de mantenerse. Es el ingrediente normativo **acto administrativo**, sobre el que puede recaer la inducción en error del funcionario mediante medios fraudulentos, a fin de que emita una decisión contraria a la ley, el que obliga a comprender que **la preservación del principio de legalidad no ha de limitarse a escenarios donde un servidor con funciones jurisdiccionales resuelve un conflicto, sino que tal interés abarca, igualmente, el ámbito decisorio administrativo.**

El **bien jurídico** correcto funcionamiento de la **administración pública** tiene diversas facetas de protección penal, según el concreto interés a preservar (art. 209 de la Constitución). Por ello, es dable hablar de **distintas modalidades o direcciones de ataque al bien jurídico** (conductas atentatorias del principio de legalidad, delitos contra el principio de eficacia, comportamientos contra los principios de imparcialidad y objetividad o protección del patrimonio público).

En Colombia, la jurisprudencia constitucional ha precisado, por una parte, que el interés general, la función promocional, la actividad de los servidores públicos orientada finalísticamente al servicio del Estado y de la comunidad, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, son **derroteros que guían el ejercicio de la función pública en general**; por otra, que en el listado de delitos contra la administración pública existe una gama de intereses protegidos por los diferentes tipos penales, a saber, el patrimonio público, el ejercicio de la función pública propiamente dicha, el cual puede verse afectado cuando el comportamiento de los

servidores públicos atenta contra el buen nombre, la eficiencia o la legalidad.

De suerte que, **al analizar cada conducta punible, deberá especificarse en qué consiste el servicio prestado a los ciudadanos y cómo se perturba en cada caso concreto el bien jurídico general y común a todos los delitos**, ya que “el correcto funcionamiento de la administración puede perturbarse a través de conductas diferentes que ponen en peligro diferentes perspectivas de dicho correcto funcionamiento”.

En el caso del delito de **fraude procesal** se atenta preponderantemente contra el **principio de legalidad**, en tanto pilar del Estado de derecho y fuente de la cual no sólo emana todo poder público, sino el deber de los particulares de someterse a las determinaciones estatales. En últimas, la legalidad ha de ser la fuente de toda producción de un efecto jurídico particular y concreto, derivado de una decisión estatal, bien sea judicial o administrativa. La emisión de una resolución, sentencia o acto administrativo contrario a la ley -o la posibilidad de que se profiera- implica una negación del Estado de derecho, de la vigencia de la legalidad; he ahí el fundamento de la punibilidad de dicha conducta.

Sin acudir a complejas elaboraciones doctrinales, puede decirse que el **principio de legalidad**, elemento esencial del Estado de derecho, exige que la actuación de los órganos del Estado se lleve a cabo con estricta sujeción al ordenamiento jurídico, según se extrae de los arts. 1º, 4º, 6º, 29, 121, 123, 209 y 230 de la Constitución.

Así, entonces, por tratarse de una actividad reglada, es claro que toda decisión estatal que, por causa de los medios fraudulentos utilizados por el sujeto activo de la conducta punible de fraude procesal, contrarie las disposiciones normativas o carezca de fundamento jurídico, tanto en el plano formal como en el material, deviene arbitraria y, por tanto, ilegítima.

Bajo estas premisas, **el desconocimiento de la máxima de legalidad afecta la función pública, tanto en la faceta de administrar justicia como en el ámbito administrativo-gubernativo** en estricto sentido, bien sea poniendo en efectivo peligro la concreción de la legalidad en las decisiones o lesionándola con la producción de una determinación contraria a la

ley, debido a la inducción en error de la que es objeto el funcionario decisor.

[...] En ese entendido, si bien podría sostenerse de *lege ferenda* que la punición del fraude procesal habría de limitarse a escenarios de decisión estrictamente judicial, determinados a partir de los factores personales o funcionales de competencia procesal jurisdiccional, no es menos cierto que el art. 453 del C.P. previó un ámbito de aplicación más amplio. Entonces, de *lege lata*, en el ordenamiento penal colombiano, a diferencia de otras regulaciones que sí distinguen y limitan los escenarios de comisión de ese delito a procesos judiciales civiles, penales o administrativos -v.gr. art. 347 del Código Penal brasileiro o 374 del Código Penal italiano-, **el legislador no restringió la punibilidad de la conducta a que la decisión concernida se emita en escenarios netamente judiciales, como lo propone el censor haciendo abstracción de la posición mayoritaria de la Sala.**

Ahora bien, en el fraude procesal, el sujeto activo se propone obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Esto quiere decir que si el fundamento material de punición estriba en el quebrantamiento del principio de legalidad -que ha de gobernar toda actuación estatal- **es inadmisibile la postura propuesta por el demandante al reclamar la protección de dicha máxima únicamente en escenarios judiciales, dejando por fuera ámbitos administrativos en los cuales, pese a que no se dice el derecho en el marco de una controversia jurisdiccional, sí se declaran o generan efectos jurídicos que, igualmente, han de fundarse en la legalidad.** Ese es el referente fundamental para determinar la compatibilidad de las relaciones jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, con el ordenamiento jurídico.

**El propósito buscado por el sujeto activo -ingrediente subjetivo del tipo- es cambiar, alterar o variar la verdad** ontológica, con el fin de acreditar en el proceso o trámite que adelante el servidor público una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad judicial o administrativa (CSJ SP 18 jun. 2008, rad. 28.562).

El fin último del fraude procesal es, entonces, el de obtener una declaración (judicial o

administrativa) ilícita. Para ello, el sujeto activo ha de desplegar una conducta inductora en error, cifrada en valerse de un instrumento fraudulento, apto o idóneo -en abstracto- para provocar en el sujeto pasivo -servidor público con facultad decisoria- una convicción errada que puede ser determinante para que resuelva un asunto o declare algún efecto jurídico contrariando la ley, entendida, desde luego, en sentido amplio. De ahí que se criminalice el comportamiento de quien, valiéndose del fraude, atenta contra las bases con que todo servidor público ha de adoptar decisiones o emitir sus actos (con sujeción a la Constitución y la ley), para implantarle una convicción errada (error intelectual) que puede conducir a una determinación o acto ilegal.

Y es que el proceso lógico de aplicación de la ley no se limita únicamente a la definición de controversias o conflictos que requieren la intervención de un juez. No. Igualmente, hay escenarios gubernativos en los que un funcionario decisor, si bien no imparte justicia en sentido estricto, pues no “dice el derecho”, sí es competente para emitir actos que formalicen el derecho en orden a materializar sus efectos jurídicos.

El riesgo de afectación de la legalidad, que pretende ser conjurado mediante el delito de fraude procesal, es la producción de efectos jurídicos -particulares y concretos- en oposición a la ley. Ello, por vía de inducir al funcionario encargado de adoptar una decisión, judicial o administrativa, en un error intelectual capaz de alterar su juicio en la fijación de los supuestos de hecho con fundamento en los cuales traduce una consecuencia jurídica general y abstracta en la asignación de aquella para un caso particular y concreto. El fraude radica, esencialmente, en que se asigna -o podría asignarse- un efecto legal indebido, por cuanto la realidad fáctica -alterada por el sujeto activo de la conducta punible-, en verdad, no encuentra subsunción en el precepto aplicado, lo que en últimas conduce a una decisión o acto ilegal.

Es por ello que la jurisprudencia ha establecido que **el propósito buscado por el sujeto activo es cambiar, alterar o variar la verdad** ontológica, con el fin de acreditar una verdad distinta a la real, que con la expedición de la sentencia, acto o resolución adquirirá una verdad institucional. Y ese tipo de verdad, que

surge de un ejercicio de formación y enjuiciamiento jurídico del hecho, es determinada con base en la actividad probatoria -que no es exclusiva de procesos judiciales-, en la que interviene e influye el sujeto activo del delito, pues las pruebas son el medio para articular los hechos con el derecho».

**FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO - Se configura || FRAUDE PROCESAL - Se estructura || ERROR EN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Se configura || FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO - No se configura || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** desconocimiento, efectos || **ESCRITURA PÚBLICA - Naturaleza:** es un documento público cuando ha sido incorporada en el respectivo protocolo || **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Se configura:** cuando se induce en error al notario para otorgar y protocolizar instrumentos públicos que contienen manifestaciones contrarias a la verdad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo:** su congruencia con la sentencia no implica condenar por una conducta punible cuya hipótesis no encuentra adecuación típica en ese delito || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«[...] al contrastar los enunciados fácticos fijados en la sentencia impugnada y las conclusiones en ella plasmadas (num. 4.2 supra) con las premisas en relación con las cuales ha de aplicarse el juicio de adecuación típica (num. 4.1.1, 4.1.2 y 4.1.3 supra), la Sala concluye, en lo atinente a la **falsedad en documento privado**, con ocasión de la falsificación -ideológica- de tres actas de asamblea o junta de socios de Urbanizadora [...], que en el análisis de subsunción aplicado por el Tribunal no se evidencian yerros constitutivos de violación directa de la ley sustancial.

De otro lado, tampoco existe infracción alguna que comporte la incorrección de la declaratoria de responsabilidad penal por **fraude procesal**, en relación con la inscripción de actos jurídicos en los registros mercantil y de instrumentos públicos.

Efectivamente, en lo que atañe al registro de las mencionadas actas de junta de socios en la cámara de comercio, así como en lo concerniente a la inscripción de las escrituras N° 80 y 369 de 2007 en el registro de

instrumentos públicos, logrado a iniciativa de los acusados, de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia, cuyas conclusiones se fijaron en los num. 4.1.3.1 y 4.1.3.2 supra, es claro que a aquéllos **les asiste responsabilidad por el delito de fraude procesal**.

Los actos de inducción en error imputables a los hermanos RA, reputados fraudulentos por provenir de falsificaciones ideológicas de documentos privados y la previa obtención de documentos públicos falsos, tuvieron ocurrencia en curso de procedimientos gubernativos, en los cuales se vio efectivamente lesionada la correcta administración pública, con la emisión de cinco actos administrativos, que produjeron efectos jurídicos contrarios a la ley. En consecuencia, las conductas que dieron origen a los consabidos registros -tanto de instrumentos públicos como mercantil- **encuentran adecuación típica en el delito de fraude procesal** (art. 453 del C.P.). De ahí que esta norma haya sido aplicada correctamente.

En contraposición, sí **existen yerros que impiden mantener la condena por el delito de falsedad en documento privado, en relación con el otorgamiento y protocolización de las escrituras públicas** N° 80 y 369 de 2007, a iniciativa de los procesados. Ello, debido a una **indebida calificación jurídica de dichas conductas en la acusación, que erró en el proceso de subsunción**.

Según se clarificó en el num. 4.1.2 supra, la actual comprensión jurisprudencial (CSJ SP18096-2017, rad. 42.019) de los actos de inducción en error a los notarios, para que autoricen el otorgamiento de escrituras públicas contentivas de falsedades -en sentido ideológico-, conduce a la emisión de un documento público que concreta la función estatal de dar fe pública.

Ello es así, por cuanto pese a que las declaraciones de voluntad contenidas en una **escritura** pueden provenir de particulares, **este tipo de documento tiene la naturaleza de público, dada la intervención del notario en ejercicio de la función de dar fe pública**. Por consiguiente, la conducta de comparecer al otorgamiento y solicitar la protocolización de las escrituras concernidas (cfr. pie de página N° 13 supra) no encuentra adecuación típica en el tipo de falsedad en documento privado (art. 289 del C.P.), que fue el seleccionado por la Fiscalía a la

hora de calificar jurídicamente esas dos conductas en la acusación.

**El comportamiento de inducir en error al notario para otorgar y protocolizar documentos públicos con capacidad probatoria, en relación con manifestaciones contrarias a la verdad, realiza el tipo de obtención de documento público falso (art. 288 ídem).** Empero, pese a que en la actuación se acreditó que ese fue el comportamiento realizado por los acusados, **en esta etapa procesal no es factible declarar su responsabilidad por ese delito, pues ello comportaría la violación del debido proceso por incongruencia entre acusación y sentencia, en punto de la calificación jurídica.** En el presente asunto, **no es dable variar** tal faceta de la imputación para condenar, en la medida en que el delito previsto en el art. 288 del C.P. comporta una pena más gravosa que el atribuido a los procesados en la acusación.

Además, mal podría mantenerse una condena por el delito de falsedad en documento privado, como lo permitió el Tribunal bajo el pretexto de amparar la justicia material, pues tal determinación viola las bases esenciales del juicio (art. 29 de la Constitución), por desconocer el principio de legalidad en su faceta de estricta tipicidad (art. 10 C.P.).

No sobra advertir que ese yerro le es igualmente imputable al a quo, por **incomprensión de los efectos de la congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia.** El fundamento de la invariabilidad del sentido de la decisión anunciado al final del juicio radica, preponderantemente, en el respeto de los principios de inmediación y concentración, que han de caracterizar tanto la actividad, apreciación y valoración probatoria, como la

decisión que da fin al juzgamiento. Lo que le está vedado al juez es, quebrantando tales principios, emitir una decisión mediada por juicios externos a los aplicados por él en la audiencia del juicio oral. Mas **ello no implica que deba dictar sentencia violando el debido proceso, como lo es la eventualidad de condenar por una determinada conducta punible, pese a haber verificado que la hipótesis delictiva no encuentra adecuación típica en ese delito.**

En contraposición, el juicio de adecuación típica aplicado a los hechos concernientes a la emisión de las escrituras públicas de compraventa, sí entraña la **aplicación indebida** del art. 289 del C.P.

Entonces, puesta de manifiesto únicamente la aplicación indebida del art. 288 del C.P., **la sentencia habrá de ser casada sólo en ese aspecto. Ello comporta la supresión de dos conductas incluidas en el concurso material homogéneo de falsedad en documento privado,** por el que se declaró la responsabilidad de los acusados a título de coautores.

Por no haberse detectado otra infracción directa de la ley sustancial, se mantendrá la declaración de responsabilidad de los procesados como coautores de fraude procesal, junto al concurso heterogéneo con falsedad en documento privado, que subsiste en relación con la falsificación de las tres actas de asamblea de socios (cfr. pie de página N° 12).

Acorde con esas modificaciones en la declaratoria de responsabilidad, ha de procederse al ajuste de la individualización de la sanción penal».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

## **LESIONES PERSONALES CULPOSAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA MEDICINA**

***No se configura cuando el diagnóstico y tratamiento se someten a los parámetros de la lex artis de la ciencia médica***

La Sala casó la sentencia impugnada y absolvió a los médicos acusados del delito de *lesiones personales culposas*, luego de encontrar que el Tribunal incurrió en *errores de hecho* por falso

*juicio de existencia y falso raciocinio* al deducir la infracción al *deber objetivo de cuidado* en el diagnóstico y tratamiento provisto a un menor de edad, toda vez que, para arribar a esa conclusión, el juez colegiado omitió contemplar una prueba relevante y adicionalmente esgrimió un argumento contrario a la lógica, que lo llevó a efectuar equivocadamente el juicio de valor sobre una patología distinta y de mayor gravedad que la registrada por el paciente cuando recibió la atención. Aunado a ello, se

detectó la *falta de aplicación* de la norma contentiva del *principio de presunción de inocencia*, en punto a dos de los imputados, sobre cuya responsabilidad se identificaron dudas insalvables que no permitían llegar al conocimiento exigido para emitir fallo de condena.

**SP1315-2019 (46766) del 10/04/19**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || TESTIMONIO - Apreciación probatoria || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** testimonio del perito, apreciación frente a la *lex artis* médica || **RESPONSABILIDAD MÉDICA - Vulneración al deber objetivo de cuidado:** no se configura || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión:** se configura || **FALSO RACIOCINIO - Se configura || LESIONES PERSONALES CULPOSAS - En el ejercicio profesional de la medicina:** no se configura cuando el diagnóstico y tratamiento se someten a los parámetros de la *lex artis* de la ciencia médica

«Los reproches segundo y tercero se fundamentan en la violación indirecta de la ley sustancial, mediante errores de hecho por **falso raciocinio** y **falso juicio de existencia**. Según afirma el recurrente (cargo segundo), el sentenciador refirió que es imposible determinar en qué momento, entre el 11 y el 13 de octubre de 2007, sobrevino la torsión testicular, pero derivó responsabilidad en la acusada bajo el supuesto de haber remitido al paciente con el pediatra en forma verbal, sin la prioridad que el caso reclamaba, conclusión contraria a la lógica, pues si el paciente no registraba esa patología mal podía exigirsele que la diagnosticara. Además (cargo tercero), la historia clínica de la Cruz Roja consigna el procedimiento efectuado por la acusada, de manera especial que lo remitió con el pediatra de Compensar. En ausencia de estos errores, concluye el actor, el Tribunal habría establecido que la acusada no desatendió el deber de cuidado que le era exigible.

**Le asiste la razón al recurrente** en la formulación de estas censuras, teniendo en cuenta el siguiente panorama demostrativo.

La historia clínica de la Cruz Roja reporta que el 11 de octubre de 2007, la doctora JPVB atendió al menor DSMR, por trauma testicular. Adelantó el examen físico, mediante el cual verificó talla, peso, temperatura, frecuencia cardíaca, respiratoria y, con el análisis de la zona afectada, ordenó ecografía escroto inguinal.

La ayuda diagnóstica obtenida ese mismo día y realizada por el radiólogo Eduardo Molano, arrojó el siguiente resultado: *“Los testículos tienen posición usual. Contorno regular y ecogenicidad parenquimatosas homogéneas normales sin lesión focal o difusa. No hay alteración epididimaria derecha. El izquierdo presenta notorio engrosamiento. No hay dilatación venosa. Leve hidrocele izquierdo asociado fisiológico. El trayecto inguinal se aprecia libre. Proceso inflamatorio epididimario izquierdo postraumático.”*

Con base en estos hallazgos recetó antiinflamatorios, hizo recomendaciones a la progenitora sobre signos de alarma, y ordenó la remisión del lesionado a la EPS Compensar.

En el juicio declaró el radiólogo M en relación con el examen aludido. Aclaró que la ecografía concluyó, según consignaba la historia clínica, que se trataba de una contusión del epidídimo y *“para nada”* podía decirse que correspondía a una torsión testicular, no hubo hallazgos diversos y los descubiertos, reiteró, no indicaban torsión testicular.

De igual modo, se escuchó el testimonio de la doctora AJD, cirujana que removió el testículo necrótico del paciente y declaró acerca del procedimiento adelantado. Dijo al respecto que se le consultó por un cuadro de dolor testicular asociado a cambios inflamatorios, denominado en forma genérica síndrome inguino escrotal agudo, aunque, agregó, son muy pocas las veces *“que podemos tener absoluta certeza antes de entrar al procedimiento quirúrgico, específicamente qué entidad es, una de las causas que no es la más frecuente de síndrome escrotal agudo es la torsión testicular. Y cuando uno piensa, está pensando entre las posibilidades que hay una torsión testicular, estamos hablando de una emergencia quirúrgica.”*

En relación con el tiempo de evolución del síndrome descrito, manifestó que es difícil establecerlo, si se piensa en una torsión testicular la necrosis puede sobrevenir en dos horas, incluso en veinticuatro horas. La literatura médica reporta que, si el paciente llega con un síndrome ínguino escrotal y lleva más de 6 horas de evolución, la mayor probabilidad es que haya necrosis al hallazgo quirúrgico. De ahí, añadió, que ese síndrome se trata como una urgencia y es necesario llevarlo a exploración (cirugía) escrotal

Dijo, además, que el síndrome escrotal *“tiene muchas causas, entre esas está la torsión testicular, pero no es la causa más frecuente.”*

De igual modo, que puede tener origen traumático, pero no es causa efecto [...]

[...] La declarante añadió que, en casos como el analizado, la torsión testicular no es una patología frecuente, los rangos de mayor incidencia son los neonatos y los pacientes entre los 13 y 16 años. Y, en orden a determinar el carácter de la enfermedad, refirió que al paciente se le debe hacer la evaluación normal, es decir, el interrogatorio, el examen físico y de acuerdo con eso tomar decisiones frente a las posibilidades diagnósticas. El examen físico es lo más importante, a esa edad la torsión es infrecuente, lo usual son los procesos inflamatorios como las epididimitis, y descartó la eficacia de la ecografía doppler en impúberes, pues cuando el testículo tiene un volumen inferior a dos centímetros cúbicos, es imposible establecer si la irrigación está disminuida, luego no permite establecer si hay o no torsión testicular.

Finalmente, en el contrainterrogatorio de la defensa, en relación con el tratamiento a seguir cuando el diagnóstico es de epididimitis, puntualizó: se debe hacer manejo antiinflamatorio, hielo local y reposo. Además, reiteró, la mayoría de las veces la torsión testicular se presenta sin trauma, se da por alteraciones anatómicas que son inherentes al paciente y resultan imposibles de detectar. Tampoco se puede determinar el momento exacto en que se da la torsión por ser asintomática.

Al juicio compareció también la [...] perito de Medicina Legal. El dictamen, entre otros aspectos, aborda el trauma testicular y las lesiones que puede generar (ruptura testicular,

torsión testicular). En general, refiere el síndrome de escroto agudo, el cual, dice, presenta tres diagnósticos en orden de importancia: i) torsión testicular, ii) Torsión de Hidátide de Morgagni, y iii) epididimitis.

Diferentes estudios, afirmó, demuestran que *“la torsión testicular no es la primera opción diagnóstica en el escroto agudo y que una gran mayoría de cuadros pueden ser manejadas conservadoramente, aún entre niños y adolescentes, donde las torsiones ocurren de preferencia, puesto que en los estudios es superada por dos cuadros de manejo no quirúrgico, como la torsión de apéndices y la epididimitis.”*

Al interrogatorio respondió que no existe protocolo del manejo en urgencias para la torsión testicular, aunque se acogen los lineamientos internacionales que propenden por lograr la certeza diagnóstica con procedimientos encaminados a descartarla.

En el contrainterrogatorio de la defensa, precisó que, para el 11 de octubre de 2007, cuando el segundo galeno valoró al menor, la sintomatología que presentaba no registraba signos de torsión sino de epididimitis, pues exhibía marcha normal, sin dificultades para caminar, el testículo era palpable, y no había signos de inflamación ni dolor, manifestación infaltable en la diagnosis de torsión. Con esos hallazgos clínicos, continuó al contrainterrogatorio, no era posible hacer un diagnóstico diferente a la referencia que se tenía de la ecografía.

Respondió además que, si se trata de un diagnóstico de epididimitis postraumática en un menor de 3 años, se le puede remitir al urólogo pediatra para que haga seguimiento a la forma como se trató la enfermedad, esto es, si la epididimitis se resolvió en forma adecuada. La situación es diferente si la diagnosis arroja escroto agudo o posible torsión testicular que deban descartarse, para lo cual debe remitirse el paciente al urólogo. En el presente caso, agregó, al menor se le remitió al especialista indicado (urólogo), para hacerle seguimiento a una epididimitis postraumática diagnosticada por ecografía.

Sobre este panorama probatorio, **las conclusiones del sentenciador en relación con la procesada VB, resultan contraria a la razón**, en cuanto sostienen que transgredió el

deber de cuidado al no remitir al paciente con el especialista en urología o hacerlo sin la prioridad que la patología de torsión testicular reclamaba; reflexión equivocada atendiendo al hecho de que el cuadro clínico reportado en ese momento era de epididimitis, o como técnicamente lo describió el radiólogo EM, un proceso inflamatorio epididimario izquierdo postraumático, el cual, incluso ratificó la experta de Medicina Legal que declaró en el juicio a instancia de la Fiscalía, al referir que los hallazgos clínicos descritos por quien valoró al menor en segunda oportunidad el 11 de octubre de 2007, correspondían concretamente a una epididimitis, patología establecida en horas de la mañana, ese mismo día, por la acusada VB, a partir del examen físico del paciente y la ecografía escroto inguinal que le ordenó.

**Con base en ese diagnóstico**, esto es, el cuadro clínico establecido por la procesada, que los testigos de cargo y de la defensa coinciden en afirmar era el que presentaba el paciente en la fecha indicada, al Tribunal le correspondía verificar si la doctora VB desconoció el deber de cuidado que le era exigible, como presupuesto de imputación del resultado lesivo por el que se le procesa.

Sin embargo, **el juicio valorativo lo adelantó sobre una patología diferente, más grave que la registrada en el momento por el paciente**, la cual, según lo demostrado en el proceso, aunque no cuenta con un protocolo documentado en el país, debe enfrentarse con una praxis más detallada y cautelosa que la aplicable en los eventos de epididimitis, padecimiento este que caracteriza la expresión menos severa de escroto agudo, acorde con lo consignado en el dictamen médico forense.

Los expertos que declararon en el juicio, bien como testigos de la Fiscalía o los convocados a instancia de la defensa, coinciden en afirmar que la epididimitis atiende a un tratamiento conservador (no invasivo), reducido al *“manejo antiinflamatorio oral con hielo local, antiinflamatorio local y reposo”*, conforme lo precisó la testigo AJD, en cita realizada por el Tribunal en el fallo recurrido.

Pues bien, la historia clínica de la Cruz Roja (11-10-08) y la transcripción de la misma en el dictamen de Medicina Legal, refieren que, frente al diagnóstico de epididimitis, establecido con el examen físico del paciente y la ecografía inguino escrotal ordenada por la acusada, se dispuso

tratamiento antiinflamatorio, recomendaciones [sobre cambios que agravaran el estado], y la remisión del paciente a Compensar, institución con mayor capacidad de atención médica.

En estas condiciones, debe concluirse que, **el diagnóstico y el tratamiento médico verificados por la acusada JPB, se sometieron a los parámetros profesionales de la ciencia médica (lex artis)**, lo cual permite afirmar que **obró según el deber de cuidado que le correspondía**, de donde surge que **no puede atribuírsele el resultado lesivo que se le imputa**.

Los **errores de raciocinio y de existencia** que el censor le atribuye a la decisión **resultan evidentes**. De un lado, concluyó que la acusada desconoció el **deber de cuidado** al no emplear el **tratamiento médico** usual para una **enfermedad diferente a la diagnosticada** al paciente; y por otro, **no valoró la prueba** que demuestra la remisión del lesionado a un centro médico de superior capacidad de atención.

En esas condiciones, como se demuestra que la acusada dispuso el tratamiento correspondiente a la patología del paciente, y que ordenó, además, le remisión con otro profesional a quien le correspondía continuar el tratamiento y cuidados de la enfermedad, se concluye que **actuó sometida al deber de cuidado que le correspondía, de manera que el resultado ilícito no le es imputable a la conducta de la doctora VB**, conclusión que cobra mayor solidez en el dictamen de Medicina Legal, cuando refiere que la torsión testicular requiere tratamiento especializado por urología o cirugía pediátrica

[...] La labor cumplida por la procesada VB contrasta con los términos de la acusación, que en forma genérica proclama la infracción al deber de cuidado, por el descuido del personal médico que no previó lo previsible: una falta en el diagnóstico del dolor escrotal que conllevó a la pérdida del testículo izquierdo.

Si se tiene claro que la valoración física y el examen diagnóstico adelantados por la acusada determinaron la presencia de una epididimitis postraumática, frente a la cual dispuso el tratamiento previsto por los parámetros profesionales médicos, incluida la remisión con un especialista, decae el fundamento de la condena, pues resulta evidente que **la acusada obró conservando el deber de cuidado, sin**

**generar o ampliar riegos superiores a los previstos en la praxis de su profesión.**

En esas condiciones, **erró el Tribunal al imputarle a la acusada el resultado lesivo, cuando en la actuación se evidencia que la omisión sobre la cual fundamentó la transgresión al deber de cuidado, no tuvo ocurrencia**, como quiera que la médica VB, examinó al paciente, diagnosticó la enfermedad que presentaba en ese momento, y lo remitió con el especialista, según se lo imponía la práctica médica.

Consecuente con los expuesto, los cargos de **violación indirecta por falso raciocinio y falso juicio de existencia, devienen procedentes**, razón por la cual la Corte, atendiendo la solicitud del Ministerio Público, de la defensa y, parcialmente, del Delegado de la Fiscalía, **casará** la sentencia recurrida y **absolverá** a JPV B del delito de lesiones personales que se le atribuye».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

#### **PREVARICATO POR OMISION**

**Para su configuración debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado**

Por advertir la incursión en *falso juicio de identidad* derivado de *distorsión* de la prueba, la

Sala decidió *casar* el fallo del Tribunal y restablecer la vigencia de la absolución emitida por el Juzgado de primer grado, considerando que la servidora pública acusada no adecuó su comportamiento al tipo penal de *prevaricato por omisión*, en tanto que no omitió, retardó, rehusó ni denegó algún acto propio de sus funciones.

En este sentido, la Corporación ponderó la necesidad de que en estos eventos se establezca con absoluta precisión el deber inherente a la función pretermitido, el cual no puede deducirse haciendo decir a la evidencia lo que no se extrae de ésta.

**SP580-2019 (49875) del 27/02/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PREVARICATO POR OMISIÓN - Bien jurídico tutelado || PREVARICATO POR OMISION - Verbos rectores || PREVARICATO POR OMISION - Configuración:** debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado ||

**PREVARICATO POR OMISION - No se configura || AMPARO A LA POSESIÓN - Finalidad || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por distorsión:** se configura

«Para determinar si se materializa el **falso juicio de identidad** denunciado por el casacionista, la Sala examinará el tipo penal atribuido y las pruebas recaudadas en el juicio.

El artículo 414 del Código Penal describe la conducta de **Prevaricato por omisión**, de la siguiente manera:

*El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.*

Desde el punto de vista objetivo, es un tipo penal que protege el **bien jurídico de la administración pública**, con sujeto activo calificado, de omisión propia, de conducta alternativa y en blanco o de reenvío, pues para su íntegra comprensión se requiere acudir a las disposiciones que consagran el deber o acto soslayado. Desde el aspecto subjetivo, es esencialmente doloso porque su configuración depende de que el agente obre con el propósito de no cumplir con su deber.

El delito se concreta cuando el servidor público **omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de sus funciones**. Omitir es abstenerse de hacer, retardar es diferir, detener, entorpecer o dilatar la ejecución de algo, rehusar es excusar, no querer o no aceptar y denegar es no conceder lo que se pide o solicita. (CSJ AP, 27/10/08, rad. 26243)

En todo caso, **para afirmar la materialización del delito debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado.**

En tal sentido, **el Tribunal considera que el acto rehusado fue la entrega del inmueble al querellado** dispuesta implícitamente en la Resolución 326 de 2006.

Lo anterior porque, a su criterio, *“le resultaba entonces entendible y comprensible a la procesada, dada su calidad de inspectora y profesional del Derecho, que al no resultar amparado en su posesión el querellante JARV con la Resolución 326 de 2006 de la Alcaldía de Melgar, éste no tenía derecho a continuar ejerciéndola, siendo indiscutible que la ejecución material de tal determinación implicaba el retiro del querellante del bien y por consiguiente dejar que quien sí tenía legitimidad entrara a ejercer su ya indiscutida posesión”.*

Pues bien, luego de examinar el material probatorio recaudado en el juicio, la estructura típica del delito imputado, las razones de las decisiones de primera y segunda instancia, así como los argumentos del casacionista y de los intervinientes en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, la Sala encuentra que **no se demostró que** la doctora SMGP **hubiese cometido el delito atribuido por la Fiscalía**, en la medida que **la Resolución 326 de 2006 no ordenó, directa o implícitamente, la entrega del inmueble materia de litigio al querellado** [...], como equivocadamente coligió el Tribunal.

En primer lugar, la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Penal Municipal [...] el 18 de diciembre de 2006, no aclaró el contenido de la resolución **ni ordenó la entrega del inmueble** al querellado, como adujo la sentencia de segundo grado, pues el juez constitucional se limitó a mostrar su extrañeza con la decisión de la funcionaria de dejar sin validez el auto del 10 de noviembre de 2006 y a ordenar que diera cumplimiento a la decisión del alcalde municipal.

Por su parte, la Resolución 326 de 2006 resolvió *“no amparar la posesión al querellante sin que haya lugar a continuar manteniendo el statu quo”*, pero **no ordenó la entrega del bien litigioso al querellado o a cualquier otra persona**. Ni siquiera mencionó esa posibilidad

en las consideraciones de la decisión por cuanto el análisis se circunscribió a examinar las pruebas acopiadas y a colegir que no se configuraba la suma de posesiones aducidas por el querellante.

El artículo 125 del Código de Policía del Tolima establece que *“la sentencia deberá contener la indicación de las partes, un resumen de los planteamientos de la querrela y excepciones propuestas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales en que se basa y la decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones y excepciones”.*

Si lo pretendido en la Resolución 326 de 2006 hubiese sido entregar el inmueble litigioso al querellado, así lo tendría que haber dispuesto, como establece la norma trascrita, porque todas y cada una las decisiones vertidas en el proceso policivo deben estar clara y expresamente señaladas, sin que exista la posibilidad de órdenes tácitas, menos aún, en temas tan trascendentes como la entrega de un bien.

Indica el Tribunal que la negativa de amparar la posesión al querellante llevaba implícita la entrega del inmueble al querellado y que la condición de abogada e inspectora de policía de la procesada le permitía saber que al no resultar amparado el derecho invocado, el accionante no tenía derecho a continuar ejerciéndolo y debía ser retirado del inmueble para entregárselo al querellado. Con todo, no menciona el fundamento legal de su conclusión.

Pues bien, según los artículos 511 y 512 del Código de Policía del Tolima, el amparo policivo para la protección de la posesión tiene como finalidad impedir *“todo acto o molestia que obstaculice el libre ejercicio de la propiedad, demás derechos reales de la posesión, la mera tenencia o el abuso de una servidumbre”.* En consecuencia, en ese trámite policivo usualmente se ordena cesar los actos de perturbación, si se logró probar la legitimidad del derecho y la existencia de las alteraciones en su ejercicio.

De esta manera, la entrega del inmueble a alguna de las partes en litigio no es consecuencia directa de la decisión de amparar o denegar la protección solicitada, pues los actos de alteración de la tranquilidad pueden originarse en disímiles motivos, entre ellos,

pleitos en los que no se disputa el derecho de posesión sino su ejercicio pacífico.

Aún más, el artículo 114 del citado estatuto señala que *“en los procesos administrativos de policía, el statu quo actual podrá ser solicitado: 1. Por el querellante en la querrela. 2. Por el querrellado en la querrela de reconvencción”*, de lo cual se sigue que la entrega del bien litigioso al querrellado resultaría posible en los eventos en que éste ha presentado querrela de reconvencción y ha demostrado que tiene mejor derecho que el querellante, caso en el cual el fallo policivo deberá indicar expresamente a cuál de las partes asigna la posesión del bien.

La anterior hipótesis, con todo, no se configura en el caso examinado porque de acuerdo a lo demostrado en el proceso, el querrellado no presentó querrela de reconvencción, situación que explica por qué la Resolución 326 de 2006 **no ordenó la entrega del inmueble** en su favor.

El anterior panorama fáctico y jurídico evidencia que, tal como adujo la doctora GP en su declaración en el juicio, la determinación proferida por el alcalde municipal **no contenía la orden de entrega del inmueble** objeto de la querrela policiva y, por ello, a pesar de la solicitud de la parte querrellada, no la materializó.

Ni considerando el artículo 132 del Código de Policía del Tolima invocado por el Tribunal, la servidora pública podía realizar la entrega del terreno al querrellado BG, porque esa norma también exige que la sentencia contenga orden expresa en tal sentido, al señalar que *“si en la sentencia o resolución se ordena la entrega de alguna cosa mueble o inmueble o la destrucción de obras o la ejecución de cualquier otro acto*

*para devolver las cosas al estado anterior y la parte obligada no cumpliere dentro de los cinco días siguientes a la ejecución de la providencia, o a la fecha en que haya sido recibida del superior, lo hará el funcionario de primera instancia, por sí o por medio de comisionado, empelando la fuerza si fuere necesario”*.

En otras palabras, acorde con la citada regla, sólo en el evento de que la sentencia policiva ordene la entrega, el inspector de policía puede acudir a la fuerza para ejecutar ese mandato. Hipótesis desestimada en este caso porque la Resolución 326 de 2006 no incluyó esa orden.

En ese contexto, **el falso juicio de identidad aducido en la demanda se configura en la medida que el Tribunal distorsionó el contenido objetivo de la prueba -Resolución 326 de 2006- para hacerla decir que contenía la orden de entrega del bien inmueble litigioso al querrellado, cuando ello no es cierto.**

De esta manera, aunque la procesada era servidora pública y tenía dentro de sus funciones como inspectora de policía cumplir lo resuelto en el acto administrativo, no podía hacer entrega del inmueble al querrellado, como este lo solicitó, porque esa orden no estaba incluida, ni expresa ni tácitamente, en el citado acto administrativo.

En suma, la conclusión fijada por el Tribunal ha de **revocarse** por cuanto el comportamiento desplegado por la doctora SMGP **no tipifica el delito de prevaricato por omisión** que le fuera atribuido por la Fiscalía. Consecuentemente, se **restaurará el fallo absolutorio** proferido [...] por el Juzgado Penal del Circuito [...].

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

#### **FAVORECIMIENTO DE LA FUGA**

***No se configura cuando la conducta recae respecto de una persona que en el momento no tenía la condición de detenida, capturada o condenada***

La Sala encontró procedente casar parcialmente el fallo impugnado para absolver al acusado frente a la atribución del delito de *favorecimiento de la fuga*, porque aunque no ejerció su deber funcional frente al control migratorio de una persona deportada -lo que le mereció la condena por el tipo de *prevaricato por omisión-*, de ello no

se derivó que hubiera procurado o facilitado su evasión, en el entendido que no la recibió, al momento de los hechos, bajo las calidades de detenida, capturada o condenada.

**SP075-2019 (49073) del 28/01/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Guillermo Salazar Otero**

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**FAVORECIMIENTO DE LA FUGA - No se configura:** cuando la conducta recae respecto de una persona que en el momento no tenía la condición de detenida, capturada o condenada || **PREVARICATO POR OMISIÓN - Se configura:** mediante el incumplimiento de los deberes legales relativos al control migratorio || **CASACIÓN - Redosificación punitiva** || **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS - Dosificación punitiva** || **LIBERTAD - Pena cumplida**

«El segundo punto a tratar, concierne a la configuración del delito de **favorecimiento de la fuga**, descrito en el artículo 449 del Código Penal, de la siguiente manera:

*ARTICULO 449. FAVORECIMIENTO DE LA FUGA. El servidor público o el particular encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido, capturado o condenado que procure o facilite su fuga, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.*

*La pena se aumentará hasta en una tercera parte cuando el detenido, capturado o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro.*

En el presente asunto en criterio de la Sala **no se configura el delito en alusión** y por ende en lo atinente al mismo **la sentencia será casada**, por **aplicación indebida de la norma que regula el delito de favorecimiento de la fuga**.

Es claro que cuando ERBR, en su condición de oficial de Migración Colombia, **recibió en calidad de deportada** a la ciudadana Colombiana MLB, **no lo hizo respecto de una persona que en ese momento tuviera la condición de detenida, capturada o condenada**, pues si bien es cierto contra la citada se había proferido un fallo de carácter condenatorio, la retención que podría predicarse en su caso en ese instante no era para efectos

de ser puesta a disposición de la autoridad judicial que emitió la condena, sino para que se hicieran los trámites administrativos propios derivados de la deportación de que fue objeto.

En esas condiciones, la aludida **no estaba detenida, ni capturada para cumplir la condena que había sido infligida en su contra** por un Juez de la República, caso en el cual sí cabría hablar de **favorecimiento de la fuga**, sino que, se reitera, para que se cumpliera el trámite administrativo inherente a la deportación.

En efecto, aunque toda persona colombiana o extranjera debe someterse al control migratorio a cargo de Migración Colombia, que comprende además, la verificación de la información sobre su situación judicial, no significa que automáticamente se le prive de su libertad y adquiera per se la condición de detenida, capturada o condenada, categorías que están restringidas al cumplimiento de un mandato judicial emitido con sujeción al principio de reserva judicial.

Que si se hubiera hecho el procedimiento tal y como lo dispone la ley, lo más seguro es que se habría descubierto que aquella registraba la condena adversa y una orden de captura por esa circunstancia, producto de haber incurrido en un delito de hurto calificado y agravado, es cuestión bien diferente, en el entendido que de haberse llegado a este estado, si el acusado permite la evasión de la deportada, es claro que habría incurrido en el delito de **favorecimiento de la fuga**. Por eso la conducta es exclusivamente constitutiva del delito de **prevaricato por omisión** según lo consignado en precedencia, porque **incumplió con los deberes legales relativos al control migratorio**, lo cual impidió que se hubiera logrado establecer que MLB era requerida para cumplir una sentencia.

En consecuencia, la **pena** a descontar por el delito de prevaricato por omisión será de 32 meses de prisión y multa de 13.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según tasación que de ella se hizo en la sentencia de primer grado.

Respecto de la pena de **inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas**, toda vez que esta se fijó en término igual a la privativa de la libertad, es decir 92 meses, la misma se reajustará, pero no a los 32 indicados

en el párrafo anterior, sino a 60 meses, cantidad señalada como pena principal para el delito de prevaricato por omisión en el artículo 414 del Código Penal, y cifra que al ser menor de la indicada en las instancias no trasgrede el principio de la no reformatio in pejus.

Ahora, toda vez que el procesado ERBR actualmente se encuentra detenido en su domicilio y fue privado de su libertad desde el

18 de abril de 2013, es decir, a la fecha ha descontado tiempo superior al indicado como sanción en esta providencia, se dispone su **libertad inmediata e incondicional** previa verificación de no ser requerido por otra autoridad judicial».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

### **PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DEL IMPEDIMENTO**

#### ***Evento en que se flexibiliza para garantizar la imparcialidad judicial***

Al pronunciarse sobre la manifestación de impedimento planteada por un Magistrado del Tribunal, la Sala determinó que, aunque la *amistad íntima* con un *testigo de cargo* no constituye una hipótesis prevista en la norma, si resulta viable en esta ocasión flexibilizar la aplicación de la circunstancia taxativa, para efectos de garantizar el principio de *imparcialidad judicial*, que podría verse afectada al momento de evaluar el testimonio y decidir el asunto, de modo que, en definitiva, declaró fundada la solicitud para apartarlo de su conocimiento.

**AP1280-2019 (55018) del 3/04/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**IMPEDIMENTO - Funcionario judicial:** Magistrado de Tribunal Superior de Distrito ||  
**IMPEDIMENTO - Amistad íntima:** alude a una relación intersubjetiva de personas ||  
**IMPEDIMENTO- Amistad íntima:** del funcionario judicial con un testigo de cargo ||  
**IMPEDIMENTO - Principio de taxatividad:** evento en que se flexibiliza para garantizar la imparcialidad judicial

«El magistrado [...] manifestó su impedimento para conocer del proceso penal que se adelanta contra DDLCDA, porque, afirma, se encuentra incurso en la **causal de impedimento prevista**

**en el numeral 5 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004**, por cuenta de la **amistad que desde hace varios años sostiene con el testigo de cargo ASP**, y que, en su criterio, podría afectar **la imparcialidad que exige la administración de justicia**.

En materia de impedimentos y recusaciones rige el principio de taxatividad, esto quiere decir, que

*“... sólo constituye motivo de excusa o de recusación, aquel que de manera expresa esté señalado en la ley; por tanto, a los jueces les está vedado apartarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales, mientras que a los sujetos procesales no les está permitido escoger el juzgador a su arbitrio, de modo que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario, no pueden deducirse por similitud, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía en punto de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez (CSJ AP7325 - 2017).”*

Ahora bien, en punto de la circunstancia impositiva que concita la atención de la Corte, pacíficamente se ha dicho que la **amistad íntima** alude a una **relación entre personas** que, además de dispensarse trato y confianza recíprocos, comparten sentimientos y pensamientos que hacen parte del fuero interno de los relacionados.

Para su configuración se ha admitido, con cierta flexibilidad, esta clase de expresiones impositivas, merced a su marcado raigambre subjetivo, sólo a cambio de que el funcionario exponga con claridad los fundamentos del sentimiento de transparencia y seguridad que quiere transmitir a las partes y a la comunidad, a fin de que el examen de quien deba resolver no sea un mero acto de cortesía, sino la aceptación o negación de circunstancias que

supuestamente ponen en vilo la imparcialidad del juicio (CSJ AP, 21 de agosto de 2013, Rad. 41.972, reiterada en CSJ AP2048 - 2018 y CSJ AP4097 - 2017).

Así pues, cuando se invoca la **amistad íntima como circunstancia impeditiva**, se apela a **aspectos subjetivos** que corresponde al propio funcionario apreciar y cuantificar. Se exige además la exposición de un fundamento explícito y convincente donde se ponga de manifiesto de qué manera puede afectarse la imparcialidad del juicio, porque de lo contrario, la pretensión en ese sentido resultaría nugatoria.

Entonces, es preciso que el manifestante pruebe la existencia del vínculo afectivo y, además, la presencia de una razón por la cual su criterio podría resultar comprometido con los intereses de alguno de los sujetos procesales.

Pues bien, para el caso, la **amistad íntima a la que se refiere el Magistrado [...] no se presenta entre él y «alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado», sino con uno de los testigos de cargo.**

Refiere que con el declarante existen «entrañables lazos de amistad» desde hace muchos años, que ya han sido objeto de análisis por parte del Tribunal en otras actuaciones en las que, cuando su «amigo» intervino como parte, sí prosperó la misma circunstancia impeditiva.

En su criterio, aun cuando no se satisfacen las calidades previstas en la causal invocada, porque el deponente no es parte en el proceso, debe ser separado del asunto porque tales lazos de amistad pueden nublar la imparcialidad que como juez le asiste, más aún cuando el testigo declaró, «*si se quiere en contra o censurando el proceder de la acusada y esa es una prueba que habrá que valorar*», lo que, necesariamente, compromete su ecuanimidad para decidir.

Es cierto que el testigo no es parte dentro del proceso y como tal, su participación en el juicio que se adelanta contra DLCDA se centra en rendir testimonio conforme al artículo 383 de la Ley 906 de 2004 bajo el cual adquiere un compromiso moral y legal ante la administración de justicia de comprometerse a decir la verdad de lo que conoce (artículo 389 ibidem).

Pero **en esta oportunidad no es posible analizar el impedimento formulado, exclusivamente, bajo el tamiz del carácter**

**taxativo de la causal invocada, porque** el Magistrado hizo alusión a argumentos de carácter subjetivo explícitos y convincentes que permiten advertir que **su imparcialidad podría verse comprometida.**

En efecto, además de que el testigo de cargo relató lo que le constaba sobre los hechos objeto de juzgamiento, hizo afirmaciones sobre la responsabilidad penal en cabeza de la fiscal procesada que, eventualmente, pueden afectar el criterio del Magistrado a cargo de decidir el asunto.

El anterior supuesto, aunado a **la amistad que existe entre el funcionario judicial y el declarante, sí tiene la potencialidad de afectar su objetividad e imparcialidad e, inclusive, incidir en el juicio final del proceso**, máxime que, como bien lo pregonó el Magistrado, esa atestación puede alterar su templanza a la hora de decidir el asunto.

Además, la afirmación del funcionario posee un nivel de credibilidad fundada en lo que expresó al manifestar la circunstancia impeditiva, habida consideración que no es posible, al menos jurídicamente, comprobar el nivel de amistad íntima que un servidor judicial pueda llegar a sentir por otra persona, en tanto esas situaciones se conocen y trascienden el ámbito subjetivo, solo cuando el juzgador mediante su afirmación, las pone de presente.

Por ende, para la Sala, la manifestación de impedimento invocada no obedece a un simple acto de cortesía profesional, personal o social, sino a la exteriorización de un contexto en el cual **la transparencia inherente al ejercicio de la misión pública podría verse comprometida por los lazos de amistad que han edificado el funcionario judicial y el testigo de cargo**, por lo cual podría verse con recelo por los demás intervinientes, la cercanía a la que se refirió el Magistrado.

Así las cosas, en aras de evitar cualquier tergiversación que ponga en tela de juicio la transparencia de la justicia o la honorabilidad del funcionario, lo más sensato es, **en esta oportunidad, flexibilizar la aplicación de la circunstancia impeditiva que invocó y separarlo del conocimiento de este asunto para que las partes y la comunidad tengan plena seguridad de la imparcialidad que debe gobernar el caso».**

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

**FALSO JUICIO DE LEGALIDAD**  
**Se configura al argumentar que las pericias constituyen un todo para incorporar declaraciones anteriores al juicio**

Al casar la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, restablecer la absolutoria emitida por el Juzgado de instancia respecto del delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, la Sala advirtió configurada la *violación indirecta de la ley sustancial* fundada en un *falso juicio de legalidad*, en razón a que, sin agotar el debido proceso probatorio, el fallador utilizó los dictámenes periciales argumentando que constituían un todo, para incorporar equivocadamente a la actuación declaraciones de la menor anteriores al juicio, con las que fundamentó su decisión, al encontrarlas atendibles para contrastar la que rindió durante la audiencia. Esto implicó que, al resultar necesaria su exclusión de la valoración jurídico probatoria, no se superaran las dudas razonables que ofreció el caso en punto a la acusación efectuada al procesado.

**SP791-2019 (47140) del 13/03/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, alcance, para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO- Actos de investigación:** son actos preparatorios del juicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** incorporación al juicio, procedimiento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Configuración:** al valorar como medio de prueba un elemento que no reúne las exigencias de ley || **FALSO JUICIO DE**

**LEGALIDAD - Se configura:** al argumentar que las pericias constituyen un todo para incorporar declaraciones anteriores al juicio || **DEBIDO PROCESO PROBATORIO - Se vulnera || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** si las partes pretenden utilizar las anamnesis de las pericias sexológicas, psicológicas o psiquiátricas de menor de edad víctima de delitos sexuales, deben solicitar su incorporación como prueba de referencia || **FALSO RACIOCINIO - No se configura**

«A la causal tercera de casación acudió el demandante para denunciar la **infracción indirecta de la ley por errores de apreciación probatoria**, y concretamente por haber incurrido en errores de hecho que influyeron negativamente en las reglas de la sana crítica.

Al sustentar el cargo el recurrente mezcló menciones a errores de raciocinio y falsos juicios de existencia. No obstante, realmente propone un **falso juicio de legalidad**, al afirmar que la sentencia se sustentó en declaraciones por fuera del juicio oral realizadas por la menor a la médica legista y a la sicóloga, las cuales solo pueden emplearse para refrescar memoria o impugnar la credibilidad, cuando el testigo acude al juicio oral (SP del 21 de enero de 2017, Rad. 44950).

La Sala examinará, entonces, **si el Tribunal apreció y le dio valor de prueba a declaraciones realizadas por fuera del juicio oral**, como en últimas lo sugiere el demandante, **o si podía emplear las versiones recogidas en los conceptos periciales para estimar el testimonio que la niña ofreció en el juicio.**

[...] Una de las finalidades del proceso penal es la aproximación racional a la verdad. Más allá de la discusión sobre el concepto de verdad del proceso penal -si es histórica o discursiva—, existe acuerdo en que, como conocimiento para condenar, la verdad del proceso acusatorio se produce en el juicio, con intermediación y confrontación, y no por fuera de él (artículos 372, 377, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004).

Por claro que parezca, es necesario reafirmar que en el sistema de la Ley 906 de 2004, **los actos de investigación son actos**

**preparatorios del juicio.** Eso implica que si se aprecia un acto de investigación que no se introduce al juicio cumpliendo las reglas de prueba (descubrimiento, sustentación, decreto, práctica y confrontación), el juez incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al infringir el debido proceso probatorio y conferirle carácter de prueba a un acto que jurídicamente no lo es.

En este sentido hay que señalar que **la fiscalía no empleó la entrevista que la menor le concedió al investigador judicial JUR para impugnar credibilidad.** En su lugar **pretendió que se tuviera como prueba de referencia, algo inaceptable en este caso,** así la testigo sea menor de edad y posible víctima de un abuso sexual, **pues dicha opción,** en el contexto del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, modificado por el numeral 3 de la Ley 1652 de 2013, **ha de entenderse que procede cuando la menor no comparece al juicio,** salvo que, como lo ha precisado la Sala en la SP del 11 de julio de 2018, Rad. 50637, la edad, naturaleza del delito y particularidades del menor, justifiquen el uso de las declaraciones anteriores a título de **prueba de referencia,** así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral, suceso que puede obedecer a la necesidad de protegerlo por su debilidad o para evitar su revictimización, lo cual refuerza la idea de que la excepción a los principios básicos del sistema en temas de prueba de referencia, ha de reducirse a verdaderos casos de necesidad (artículo 438 de la Ley 906 de 2004).

Para finalizar no sobra reiterar que, en estos casos, **en que se pretende emplear las declaraciones anteriores al juicio como prueba de referencia,** como es obvio, **se debe cumplir con el debido proceso probatorio,** trámite que por supuesto no se cumplió.

Para sortear este inconveniente, el Tribunal sustentó sus conclusiones en las versiones que la niña entregó a la médica legista y a la psicóloga forense. **Lo hizo con el argumento de que los dictámenes constituyen un todo, y de esa manera empleó las declaraciones de la menor por fuera del juicio entregadas a los peritos, para contrastar la de la menor en el juicio.** A partir de ese método concluyó, después de confrontar la declaración de la menor en el juicio con las declaraciones anteriores, que eran preferibles estas y no aquellas, como fundamento de responsabilidad.

**Al hacer de las pericias un todo para incorporar por ese medio las declaraciones anteriores al juicio, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad** y no de raciocinio, como se propuso en el cargo, según luego se indicará».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** si las partes pretenden utilizar las anamnesis de las pericias sexológicas, psicológicas o psiquiátricas de menor de edad víctima de delitos sexuales, deben solicitar su incorporación como prueba de referencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito || **FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** al argumentar que las pericias constituyen un todo para incorporar declaraciones anteriores al juicio || **TESTIMONIO - Del menor:** apreciación probatoria || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, valoración en conjunto con los demás medios probatorios || **TESTIMONIO - Del menor:** víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** como medio para impugnar credibilidad || **PRINCIPIO PRO INFANS - La prevalencia de los derechos de los menores no significa la supresión de la presunción de inocencia** || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura**

«El Tribunal destacó las contradicciones entre la declaración que la menor ofreció en el juicio con las explicaciones que entregó a la médica legista, y que ésta plasmó en la **anamnesis, y las que brindó a la sicóloga judicial.**

En el juicio la menor aseguró que no tuvo relaciones sexuales con FMC, su novio, a quien incriminó por la rabia que sintió al enterarse que tenía amores con su prima. En cambio, a la médica, y a la sicóloga, fuera del juicio, les dijo que el acusado abusó de ella en su habitación, sitio al que la invitó y en donde bebieron aguardiente como preámbulo a la relación sexual.

[...] los **relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas,** no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones **se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en**

**caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral** (artículo 437 de la Ley 906 de 2004).

Así, 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, la Sala definió que cuando el **peritaje estaba 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.**

[...] De manera que el tribunal incurrió en un **error de legalidad al incorporar las entrevistas por fuera del juicio oral integradas a la prueba pericial**, al hacer de ellas la base sustancial para contrastar la declaración que la menor rindió en el juicio. Claro, porque no se trata como se podría suponer, de una errada apreciación de la prueba pericial demandable por la vía del falso raciocinio (artículo 420 de la Ley 906 de 2004), sino de **hacer de declaraciones por fuera del juicio que el perito recoge como elemento para elaborar su concepto, un elemento autónomo para contrastar la declaración ofrecida en el juicio.**

De ello se sigue que, **si la o el menor concurre al juicio, como en este caso, las declaraciones anteriores, como las entrevistas y las entregadas a los peritos, se pueden emplear**, en los términos del numeral 4 del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, **para impugnar la credibilidad del testigo o refrescar memoria, y no como prueba de referencia.**

En tal sentido, en la SP del 4 de diciembre de 2018, Rad. 51896, la Corte sintetizó la línea jurisprudencial sobre el tema [...]

[...] En este caso, por causas atribuibles a la fiscalía y a la dirección de la audiencia, la declaración de la menor no fue impugnada con la versión que le entregó al investigador JURB, ni tampoco con las que entregó a la médica y a psicóloga forenses, de manera que **la única versión procesal es la que se practicó en el juicio con intermediación del juez y confrontación de la defensa.**

[...] **Al excluir las declaraciones incorporadas a las pericias, y al apreciar sistemáticamente**

**la declaración de la menor en audiencia, se puede concluir** que su testimonio se corrobora con detalles legalmente aportados al juicio, **que impiden superar el umbral de la duda razonable.**

Así, las declaraciones de su prima, de su hermano y de su tío VC, en cuanto al supuesto abuso sexual, tienen como fuente el comentario que AMCA les hizo de tal suceso. Declaran sobre lo que la niña les comentó, no sobre una situación que les conste (artículo 402 de la Ley 906 de 2004). Es decir que su percepción se origina en comentarios, no en situaciones que hayan apreciado directamente (artículo 404 ibidem), regla esencial para establecer la veracidad de la declaración. Sin embargo, en ese contexto se debe destacar que VC declaró un hecho que le consta: que su sobrina sólo se refirió a la violación luego del día en que lo acompañó hasta la casa de su novio, donde lo sorprendieron con TYCD, hecho que compagina con la razón que AMCA esgrimió en el juicio al explicar su versión de los hechos.

En tal sentido, se debe resaltar que la niña, al referirse al objeto de su declaración, advirtió que a sus familiares les dijo que había sido abusada por la rabia que tuvo al enterarse que su novio tenía una relación con su prima. Si VC, quien hizo gala de su disgusto y se mostró sumamente molesto al referirse a la manera como sorprendió a su hija con el acusado, corroboró esa situación, y que la menor resaltó ese hecho para justificar la razón de ser de las imputaciones, la declaración de la menor en tal sentido se ofrece admisible, quizá porque es muy propia de una niña sin la suficiente formación y madurez emocional.

Otros detalles, como la revelación que hizo su hermano (hecho que le consta) de que ante FMC se presentaba como una mujer de 15 años, pone en entredicho la adecuación de la conducta al delito de abuso con menor de 14 años. Esta opción también la esbozó el defensor valiéndose de lo expuesto en la declaración fuera del juicio por VRCA, quien se refirió en detalle a su amistad con el acusado y a la muy llamativa situación que se acaba de indicar.

Al respecto, véase que tal declaración, que se empleó en su interrogatorio, la rindió el 12 de julio de 2012, casi un año antes del 6 de mayo de 2013, día en que se legalizó la captura y se le imputaron cargos al acusado. Por las fechas entre una y otra declaración, es difícil pensar

que el niño fuera influenciado para declarar de esa manera, de modo que este hecho, que le consta, por haberlo percibido directamente, permite inferir que muy posiblemente la menor si hizo alusión a una edad distinta a la que realmente tenía.

Esta situación, sin embargo, el Tribunal la catalogó como una maniobra tardía para justificar un comportamiento intolerable; mas, desde la perspectiva histórica puesta de presente, la explicación no es tan artificial para desestimarla por fuera de contexto, pues esa mención ha de analizarse en conjunto con la prueba legalmente aportada al expediente, para encontrar su sentido, algo que el Tribunal no hizo (artículo 380 de la Ley 906 de 2004).

Ahora, el hecho de que se haya impugnado la declaración de VRCA, en cuanto tiene que ver con su retractación respecto a los comentarios de su hermana en relación con el supuesto abuso, es un tema que deja un sin sabor pero que no afecta su **credibilidad** en relación con lo que le consta (la manifestación de la edad de su hermana), pues en cuanto a la agresión sexual la supo por comentarios de su hermana -la percepción la obtuvo por el dicho de otro—, cuya veracidad ofrece serios reparos por las razones que se explicó al analizar la razón de ser de la declaración de la niña AMCA, presuntamente afectada.

En esas condiciones la **declaración de la menor en el juicio** pueda que no sea suficientemente creíble, pero tampoco el remanente de prueba legalmente practicada deja espacio a conclusiones adversas al acusado.

Al lado de la declaración de AMCA en el juicio, que como se ha visto, tiene respaldo en elementos de juicio válidos, quedan comentarios

a terceros por fuera del proceso, que por no haberse allegado válidamente al trámite subsisten como un agregado sombrío que no pueden apreciarse como prueba, y que de hacerlo, incidirían en la validez del proceso.

Lo único rescatable sería el estudio de la psicóloga forense que conceptuó que la menor presentaba síntomas de ansiedad y de tristeza y que evitaba referirse al tema. No obstante, analizada esa conclusión en conjunto con la prueba que se acaba de señalar, su rendimiento **es muy exiguo para llevar al conocimiento más allá de toda duda acerca de la autoría y responsabilidad**, por carecer de apoyo adicional en otros medios de prueba legalmente aportados al proceso, y por cuanto lo que le conferiría sentido al dictamen es ese espacio de penumbra por comentarios que no fueron válidamente incorporadas al proceso.

De manera que la Corte no puede construir excepciones para “*salvar*” el proceso y para corregir deficiencias de la fiscalía, ni siquiera acudiendo al principio “*pro infans*”, con el cual se suelen solucionar tensiones entre los derechos de los menores y los adultos, sencillamente porque esa colisión no se presenta, puesto que **la prevalencia de los derechos de los menores**, un principio ciertamente importante, **no significa la supresión absoluta de los derechos de los demás sujetos, entre ellos el de presunción de inocencia**.

[...] La Corte, en consecuencia, **casará la sentencia** y en su lugar **dejará vigente la absolutoria de primer grado**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

### **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL**

***No se configura ante la manifestación de que se instaurará denuncia penal, por no ser capaz de producir el sometimiento de la voluntad del sujeto pasivo***

Al inadmitir la demanda de casación, la Sala encontró preciso referirse al tipo penal de *constreñimiento ilegal* y particularmente a las condiciones en que puede predicarse su estructuración, acotando que la manifestación

de que se instaurará denuncia penal o querrela, no constituye un acto con la entidad suficiente para someter la voluntad del sujeto pasivo en orden a que haga, tolere u omite alguna cosa.

**AP911-2019 (53159) del 13/03/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - Elementos:** verbo rector, constreñir || **CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - No se configura:** ante la manifestación de que se instaurará denuncia penal, por no ser capaz de producir el sometimiento de la voluntad del sujeto pasivo || **QUERELLA - Concepto**

«El artículo 182 del Código Penal tipifica el delito de **constreñimiento ilegal**, así: “*El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión...*”

La Corte ha dicho que constreñir es “*obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad, sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas*” (CSJ SP7830-2017, Rad. 46165; CSJ SP14623-2014, Rad. 34282; CSJ SP621-2018, Rad. 51482, entre otras).

El constreñimiento tiene lugar entonces por el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas que intimiden a alguien con el anuncio de la provocación de un daño o mal futuro, que, en todo caso, no deba soportar.

[...] En este contexto, no cabe duda que **la interposición de una denuncia penal** cuando se ha sido sorprendido presuntamente en la comisión de un delito, y la posibilidad de ser privado de la libertad, como consecuencia de un

proceso penal, indiscutiblemente generan una sensación de zozobra e incluso temor, para quien soporta la acción del Estado.

Sin embargo, para la Corte, el sólo hecho de que AARL **le hubiese manifestado** a AMMM **que la iba a denunciar penalmente** por haberse apropiado de dineros y objetos de la empresa, y que por tanto, iría a la cárcel por varios años, **es insuficiente para predicar que se trata de una amenaza capaz de producir en ella el sometimiento de su voluntad y**, en consecuencia, **la realización de acciones distintas a las que hubiese adelantado** en condiciones distintas.

En efecto, la interposición de una **querella** es un derecho ciudadano, que consiste en poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos de que ha sido víctima. Y, realizar acuerdos con el fin de obtener el resarcimiento de los daños causados por la presunta comisión de un delito, está permitido por la ley.

Máxime cuando dentro de este asunto se probó que la entrega de su liquidación, de sus cesantías, de 22 joyas y la firma de una letra de cambio en blanco, ocurrió como consecuencia de un convenio celebrado entre AARL y AMMM, consistente en que esta última resarciría el daño causado para evitar la iniciación de un proceso penal, **sin que**, por otra parte, **aparezca demostrado que cada una de estas acciones las llevó a cabo contrariando su voluntad o sojuzgada por un proceder ilícito de los acusados**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

---

## VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

***El hecho de que las lesiones no sean las comunes para este tipo de conducta, no significa que no se puedan presentar***

En la sentencia de casación, la Sala estimó preciso acotar, frente a uno de los cargos formulados, que la circunstancia de que las lesiones dictaminadas por el legista a la víctima del delito de *violencia intrafamiliar*, no sean las

que comúnmente se presentan en este tipo de comportamiento, no lleva irremisiblemente a la conclusión de que no se pueden presentar, por manera que ello no excluye la posibilidad de su configuración, como válidamente fue declarada en el fallo de condena recurrido. Igualmente recordó el *principio de trascendencia* en materia del recurso extraordinario, en virtud del cual el cargo resulta inviable si no logra desvirtuar la

declaración de justicia contenida en el fallo impugnado.

**SP792-2019 (52066) del 13/03/19**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** se configura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** testimonio del perito, apreciación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** el hecho de que las lesiones no sean las comunes para este tipo de conducta, no significa que no se puedan presentar || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No se configura** || **CASACIÓN - Principio de trascendencia:** el cargo no puede prosperar si no logra derruir la declaración de justicia contenida en la sentencia

«El demandante también denuncia un **falso juicio de identidad** porque, a su criterio, el Tribunal valoró en forma fraccionada la declaración del perito [...], médico adscrito al Instituto Colombiano de Medicina Legal, en tanto **cercenó** la afirmación del legista, según la cual, el trauma en el segundo y tercer dedo del pie izquierdo que desencadenó la fractura, no guarda consonancia con los que de ordinario se observan en episodios de violencia intrafamiliar.

Pues bien, es cierto que el testigo manifestó que *«este tipo de lesiones no entran en contexto de las lesiones frecuentes en este tipo de eventualidades de violencia intrafamiliar»* y **es**

**verdad que el Tribunal no se refirió a esa afirmación del galeno.**

Esa falencia, sin embargo, **no ostenta los alcances ni la trascendencia** que el censor le otorga por cuanto **el hecho de que la lesión en el pie de OBE no se identifique con las que de ordinario se observan en las víctimas de violencia intrafamiliar no significa que no se haya producido en el contexto de agresión denunciado.**

Aún más, el médico legista nunca dijo que la lesión de la señora BE no se produjo a consecuencia de la agresión de YV o que es imposible que se produjera en la situación aducida por la paciente. Simplemente opinó que **no eran comunes en situaciones de violencia intrafamiliar.** Pero **el hecho de que no sean comunes no significa que no se puedan presentar**, pues cada caso presenta particularidades diferentes. En el evento examinado, la lesión se produjo como consecuencia del acto defensivo desplegado por la víctima contra la agresión de quien en ese momento era su esposo, situación que explica su singularidad.

No es cierto, por tanto, que la manifestación del galeno demuestre que HYV no agredió a su esposa o que ésta se auto golpeó, como erradamente aduce la defensa, porque el testigo jamás afirmó cuál fue la causa y el origen de la lesión.

**Al carecer de la trascendencia necesaria para derruir la declaración de justicia contenida en el fallo de segundo grado, el cargo no puede prosperar.».**

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

### **TESTIMONIO – APRECIACIÓN:**

***Deducciones sobre las características de la personalidad del testigo o su salud mental, requieren enseñar su fundamento científico, proveniente de la psiquiatría o de la psicología***

Al decidir no casar la sentencia condenatoria impugnada, que declaró la responsabilidad del acusado por el delito de *ataque al inferior*, la Sala estimó relevante referirse a las deducciones que planteó el recurrente con miras a cuestionar las características de personalidad del testigo o su salud, todo para resaltar cómo, en el caso específico, fueron presentadas sin exhibir el fundamento científico que las soporta,

proveniente de la *psiquiatría* o *psicología*.

Adicionalmente explicó que el eventual padecimiento de un trastorno mental por el sujeto pasivo, no justifica la conducta violenta que pueda ser ejercida en su contra, de modo que no desnaturaliza el tipo penal aludido.

### **SP970-2019 (50827) del 20/03/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FALSO RACIOCINIO - Técnica en casación:** el recurrente debe evidenciar la forma y el elemento de la sana crítica desconocidos por el juzgador || **FALSO RACIOCINIO - Principio de trascendencia** || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** deducciones sobre las características de la personalidad del testigo o su salud mental, requieren enseñar su fundamento científico, proveniente de la psiquiatría o de la psicología || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** la condición del testigo no implica su falta de credibilidad, persona con enfermedad psíquica || **ATAQUE AL INFERIOR - Configuración:** trastornos de personalidad del sujeto pasivo no justifican la conducta violenta ejercida en su contra

«En la sentencia de segunda instancia, luego de revocar la decisión absolutoria inicial, se declaró al Cabo Primero ALCC como autor responsable del delito de **ataque al inferior**, cuyo supuesto de hecho legal consiste en: *«El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad, o categoría, ...»* (art. 100 L. 1407/2010).

La premisa fáctica de esa decisión fue que el suboficial, el 17 de febrero de 2013, golpeó con la trompetilla de un fusil al IMAR MDJNB, y lo amenazó de muerte, cuando lo reprendía por haber cargado su arma de dotación en el desarrollo de un registro perimétrico, en el puesto militar [...].

Para el demandante, la apreciación probatoria que fundó la condena es violatoria de principios de la sana crítica, por las siguientes razones: (i) el estado de salud, física y mental, del denunciante desvirtúa o excluye la ocurrencia de la agresión; (ii) los testigos que respaldaron

esa versión no pudieron observar la conducta del acusado y lo que escucharon fue insuficiente para determinarla; y, (iii) la versión defensiva fue demostrada por personas que, a más de gozar de salud mental, percibieron lo acontecido sin errores.

El **falso raciocinio** constituye uno de los sentidos posibles del **manifiesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica** en la apreciación de la prueba que constituye el fundamento de la sentencia. Así, el juez incurre en un error protuberante en el proceso inferencial debido a la infracción de un -específico- principio de la lógica, máxima de la experiencia o ley de la ciencia, mediante el cual fija el mérito del medio de convicción que se ha erigido como soporte de la decisión. En últimas, el fundamento probatorio de la sentencia es el producto de un error valorativo manifiesto y trascendente.

Se examinarán, entonces, los argumentos de la impugnación con el objeto de verificar si logran demostrar la configuración de los errores de raciocinio denunciados.

a) En primer lugar, se cuestiona el mérito de la declaración rendida por el IMAR MDJNB, por las siguientes razones: (i) la narración de golpes en su abdomen, no encuentra respaldo en el informe médico, (ii) sus antecedentes psicológicos indican que es una persona impulsiva, peligrosa e irrespetuosa de la autoridad, y (iii) otros testigos *«con línea argumental lógica, sanas mentalmente y sensatas»* lo refutan. Por todo lo anterior, se estima que el referido testimonio era insuficiente para demostrar que sufrió el ataque de un superior.

- Sobre el punto inicial, sostiene la defensora que en el informe de la atención médica que se brindó al denunciante con motivo de la agresión que manifestó haber padecido, que sería *«del 23 de febrero de 2013 suscrito por el enfermero, el Marinero Primero JCA»*, no se certificó lesión abdominal alguna. Con ello, deja entrever que el mérito conferido a la narración del Infante desconoce los hallazgos de la **ciencia médica**.

Sin embargo, el aludido informe médico jamás fue allegado al proceso; es más, quien es señalado de ser su autor, el Marinero Primero JCMA, enfermero del puesto militar [...], en su declaración manifestó que no recordaba haber prestado atención o auxilio médico al IMAR [...],

ni a ningún otro Infante, a raíz de algún maltrato proveniente de un superior (fl. 323, C.O. 2).

[...] Así, entonces, el documento que serviría de soporte a la tesis de la defensora es la mentada historia clínica y no el inexistente informe del Marinero Primero JCMA; sin embargo, aquélla se refiere, principalmente, a aspectos de la salud mental, no física, del paciente, muestra de lo cual es que quien la suscribe es un psicólogo [...]. De todos modos, la referida consulta -psicológica- fue realizada 11 días después del incidente en el puesto militar, tiempo en el que habría podido desaparecer cualquier signo de violencia en el cuerpo del examinado; y el contenido de la «*hoja de evolución*», que es del 22 de enero de 2014, tampoco resulta pertinente para confirmar o desvirtuar las consecuencias de un ataque violento, menos de uno ocurrido un año antes.

- En todo caso, con base en los antecedentes psicológicos expuestos, sostiene la defensora que el IMAR NB es impulsivo, peligroso e irrespetuoso de la autoridad. Este planteamiento parece olvidar que el objeto de acusación y posterior juzgamiento es la conducta realizada por el Cabo Primero ALCC el 17 de febrero de 2013 y no la de la víctima, menos aun cuando de esta **lo que se pretende relieves son rasgos o, quizás, trastornos de la personalidad, que ninguna incidencia tendrían en la determinación de la responsabilidad penal, pues no justificarían la conducta violenta investigada.**

De otra parte, ciertamente en la **historia clínica** remitida por el Hospital Naval se consignó la anotación de un **trastorno** de bipolaridad en el Infante; sin embargo, la misma es catalogada como antecedente clínico y no como diagnóstico realizado o corroborado durante la consulta del 28 de febrero de 2013, por lo que no se estableció si la referida enfermedad mental era coetánea al tiempo de los hechos juzgados. En efecto, en el documento intitulado «*consulta por psicología*» se anotó «*historial de estructura familiar disfuncional,...problemas de consumo de SPA... y trastorno bipolar, anteriores al ingreso a la ARC*» y en la «*ficha psicológica*»: «*paciente con antecedentes de atención por psiquiatría como manejo de un trastorno bipolar...*».

Al margen de lo anterior, las que serían **características negativas de la personalidad** del Infante **son deducciones que realiza la**

**demandante a partir de las anotaciones clínicas sin enseñar el fundamento científico, proveniente de la psiquiatría o de la psicología, que permitiría hacerlas.** Además, de una parte, esa información no vino acompañada con soporte médico alguno, como lo serían el examen diagnóstico correspondiente o la certificación del psiquiatra tratante, y, de la otra, las inferencias sobre la personalidad de la víctima (impulsiva, peligrosa e irrespetuosa) no se compadecen con las referencias que hicieron algunos testigos sobre el comportamiento de aquélla [...]

[...] Con base en las plurimentadas anotaciones clínicas del Infante NB, también insinúa la recurrente que este padece algún tipo de discapacidad o insanidad mental que impide otorgarle mérito a su declaración, más cuando se equivocó al fijar la hora del suceso investigado y omitió precisar en qué consistieron los insultos que habría proferido el acusado.

La premisa de esa alegación carece de fundamento porque en el proceso **no existe prueba pericial -psicológica ni psiquiátrica- ni ninguna otra que, con una adecuada fundamentación, demuestre la existencia de un trastorno mental en la víctima para el momento en que sucedieron los hechos que se juzgan.** Además, las notas del psicólogo, al parecer, obedecieron a la narración del paciente sobre patologías pasadas y, se reitera, no fueron respaldadas con exámenes clínicos o certificaciones del médico tratante. De esa manera, es claro que el mentado profesional ni estableció ni corroboró diagnóstico alguno sobre el estado de salud mental.

Ahora, **aun cuando se aceptara el supuesto de hecho alegado, el mismo carece de trascendencia porque, de una parte, no tendría virtualidad para justificar la conducta agresiva del acusado o excluir por cualquier otra causa su responsabilidad,** como antes se indicó, y, de la otra, **tampoco se acreditó que el eventual trastorno afectara la percepción o la memoria del testigo o, en general, cómo habría incidido, negativamente, en algunos de los criterios legales de estimación de la prueba testimonial** (art. 441 Ley 522/1999). En todo caso, ya se verá que el relato de la víctima fue corroborado por otros testigos cuya salud mental no fue cuestionada.

- Finalmente, la imprecisión del IMAR NB respecto a la hora de la noche en la que ocurrió

el hecho juzgado -dijo que sería entre las 11:30 y 12:00, cuando los demás testigos la fijaron entre las 8:00 y 8:30-, no implica la falsedad de su relato, porque ello pudo obedecer a un mero lapsus o a que el declarante no contaba con un reloj y la nocturnidad en la zona rural podía generar tal confusión. De otra parte, la

demandante falta a la verdad procesal cuando aduce que el testigo ni siquiera pudo determinar los insultos que recibió por el superior, [...]».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

**Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez**  
**Relator**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

