



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Noviembre 24 de 2017 n.º 19

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>

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acción de revisión: características

La Sala Penal precisa las características de la acción de revisión dentro del marco de los acuerdos de paz entre el Gobierno Nacional y el grupo FARC-EP.

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Libertad condicionada (Ley 1820 de 2016): procede de la suspensión de los procesos, hasta que entre en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz

La Sala da aplicación al artículo 22 del Decreto 277 de 2017 que determina la suspensión para los procesos en justicia ordinaria.

AP7465 (47739) de 08/11/17

M. P. Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES

Estando conociendo la Corte de una acción de revisión contra un miembro del grupo FARC-EP, se tuvo conocimiento de sus aceptación en el programa de desmovilización de la Justicia Especial para la Paz. Procede la Sala a definir su competencia para seguir conociendo del tema.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acción de revisión: elementos, causales || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acción de revisión: competencia** || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acción de revisión: características**

«Uno de los mecanismos procesales especiales creados en el marco de la JEP, es el establecido en el artículo transitorio 10º, cuyo tenor es el siguiente:

“A petición del condenado la JEP podrá revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por: variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5º y al inciso primero del artículo transitorio 22; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema.”

[...].

Se contempla así una acción de revisión que, faltando aun el correspondiente desarrollo legal, presenta las siguientes características:

(i) Procede contra sentencias dictadas en procesos penales, disciplinarios y fiscales. En tratándose de los primeros, deben entenderse incorporadas, por integración de la regulación ordinaria de la acción de revisión (artículos 220, último inciso, del C.P.P./2000 y 192, parágrafo, del C.P.P./2004) y frente a las causales que sean procedentes, las providencias judiciales que son equivalentes a las sentencias porque, igualmente, deciden el asunto con fuerza de cosa juzgada, como son la preclusión y -en la Ley 600/00- la cesación de procedimiento.

(ii) Su ámbito material se limita a sentencias -o sus equivalentes- proferidas por “conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social”; y

(iii) El catálogo de causales de procedencia difiere del consagrado en el artículo 220 del código procesal de 2000 -192 del expedido en 2004-, por 2 razones: es más reducido porque sólo contempla 3 causales, y una de éstas es exclusiva de la justicia transicional -variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5° y al inciso primero del artículo transitorio 22-».

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Acción de revisión: juez competente, Sección de Revisión del Tribunal Para la Paz || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Acción de revisión: Corte Suprema de Justicia, competencia || **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Acuerdo de Paz (FARC-EP): sujeto combatiente, concepto || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Acción de revisión: reglas de competencia

«La competencia para conocer de la acción especial de revisión se asignó, obviamente, a uno de los órganos de la JEP: la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz; sin embargo, como excepción a esa regla, se reservó a la Corte la atribución de revisar sus propias sentencias cuando éstas se hayan proferido contra quienes no ostenten la condición de “combatientes”. Así lo estableció el inciso 3 del precitado artículo transitorio 10: “La Corte Suprema de Justicia será la competente para la revisión de las sentencias que haya proferido. Únicamente para quienes hubieran sido condenados teniendo en cuenta su condición de combatientes podrá solicitarse la revisión de las anteriores sentencias ante la Sección de Revisión de la JEP”.

Ahora bien, en la misma norma se define que, para los solos efectos de la revisión de las sentencias, “se entenderá por combatiente a todos los miembros de la Fuerza Pública y los miembros de las FARC-EP conforme a los listados entregados por dicho grupo y verificados según lo establecido en el Acuerdo Final o a quien haya sido señalado como tal en una sentencia en firme”. En suma, las reglas de competencia para la revisión de las sentencias proferidas por conductas relacionadas con el conflicto armado ocurridas antes del 1 de diciembre de 2016, son las siguientes:

a) La Sección de Revisión del Tribunal para la Paz conocerá de la revisión de las siguientes sentencias -o sus equivalentes-: (i) de las dictadas en procesos disciplinarios y fiscales; (ii)

de las de carácter penal que recaigan sobre un “combatiente”, conforme a la definición legal de esta categoría; y, (iii) de las penales emitidas por autoridades judiciales distintas a la Corte Suprema de Justicia, en procesos seguidos contra personas que no reúnan las condiciones para ser consideradas “combatientes”.

b) La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, conocerá de la revisión contemplada en el artículo 10 del Acto Legislativo No 01/17, cuando ésta se dirija contra una sentencia -o su equivalente- que esa misma Corporación haya dictado en única o en segunda instancia, o en casación, siempre y cuando no se trate de un miembro de la Fuerza Pública o de las FARC-EP en las condiciones anotadas.

Siendo así, a esta Corte corresponderá resolver la petición de revisión prevista en el marco jurídico de la JEP, respecto de las sentencias que haya proferido por virtud del ejercicio de las siguientes competencias funcionales:

(i) Sentencias de única instancia contra los aforados señalados en los artículos 174 y 235, num. 2 y 4, de la Constitución Política (Presidente de la República, Magistrados de Altas Cortes y Fiscal General de la Nación, Ministros, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, entre otros), excepto cuando el peticionario sea un general o almirante de la Fuerza Pública, caso en el cual, por su categorización como "combatientes", conocerá la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz.

También, las sentencias de única instancia dictadas contra los funcionarios públicos relacionados en los artículos 75 de la Ley 600/00 y 32 de la Ley 906/04, numerales 7 y 9 (Senadores y Representantes a la Cámara, viceprocurador, vicefiscal, entre otros).

(ii) Sentencias de segunda instancia, en los procesos cuya primera correspondió a los tribunales superiores de distrito judicial (arts. 75-3 y 76-2, L. 600/00, y 32-3 y 33-2, L. 906/04). Y,

(iii) Sentencias de casación (arts. 235 Const. Pol.; 75-1, L. 600/00, y 32-1, L. 906/04).

En síntesis, la revisión especial de las sentencias que se acaban de enunciar corresponde a la Corte Suprema de Justicia, salvo que la misma haya recaído sobre una persona teniendo en cuenta su condición de miembro de la Fuerza Pública o de

las FARC-EP -sea porque haya sido incluido en los listados entregados por ese grupo o porque haya sido condenado como tal-. De esa manera, si uno de los funcionarios públicos condenados por la Corte Suprema de Justicia, un Ministro o un Congresista p. ej., cumple los requisitos para someterse a la JEP y pretende la revisión especial de su sentencia, será la propia Corte la competente para resolver lo que corresponda».

ACCIÓN DE REVISIÓN - Finalidad || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Libertad condicionada (Ley 1820 de 2016): procede la suspensión de los procesos, hasta que entre en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz

«Conforme a la información obrante en la actuación, respecto de GJTM se pudo establecer que:

Promovió acción de revisión contra una sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Quibdó, debidamente ejecutoriada, que lo condenó por su condición de comandante del frente 57 de las FARC-EP (rebelión) y por delitos cometidos antes del 1 de diciembre de 2016 en el marco del conflicto armado interno, como son todos aquellos que ofenden a las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Con la demanda de revisión persigue que se declare sin valor la sentencia condenatoria porque existirían pruebas y/o hechos nuevos que establecerían su inocencia y, en consecuencia, que se ordene la reposición del proceso desde el momento en que la Corte lo indique.

Fue incluido en las listas entregadas por los dirigentes de las FARC-EP como uno de los miembros -condenados- de esta organización, motivo por el cual la Oficina del Alto Comisionado para la Paz de la Presidencia de la República, lo admitió como tal.

Suscribió acta ante el Secretario Ejecutivo de la JEP, en la que manifiesta su acogimiento a esta jurisdicción especial. Y,

Se le concedió el beneficio de la libertad condicionada, en el proceso de ejecución de la pena que le fuera impuesta en la sentencia contra la cual ejerce la presente acción de revisión.

Consecuencia jurídica

Los supuestos fácticos demostrados generan la suspensión del presente trámite de revisión, por las razones que a continuación se exponen:

Esta actuación carece de eficacia por cuanto, aun cuando se declare fundada la causal de revisión invocada, no puede lograr su finalidad última, cual es la reposición del proceso y la emisión del fallo rescisorio que corrija el eventual error judicial. Recuérdese que, por virtud de la norma rectora prevista en el artículo 9 del C.P.P./2000, toda actuación procesal debe desarrollarse teniendo en cuenta “la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia...”.

La demostración de la causal de revisión invocada por el demandante, determinaría la adopción de un fallo rescindente en el que, en primer lugar, se declara sin valor la sentencia motivo de la acción removiendo así los efectos de la cosa juzgada (art. 227-1, C.P.P./2000) y, en segundo lugar, como consecuencia de la naturaleza de la causal de “pruebas y/o hechos nuevos”, se ordena el reenvío de la actuación a un juzgado de la misma categoría del que dictó aquélla, pero diferente a éste, para que la reponga (art. 227-3, ibídem).

Como se observa, la decisión que accede a la pretensión revisionista, salvo que se trate de las causales de extinción de la acción penal o de cambio favorable del criterio jurídico de sentencia emanada de la Corte, eventos en los cuales el tribunal de revisión emite, de manera inmediata, la providencia que corresponda (art. 227-1, C.P.P./2000); implica la reconstrucción parcial del proceso y la emisión de una nueva sentencia que finalice las instancias con efecto de cosa juzgada, en una fase que se denomina juicio rescisorio.

En el caso bajo examen, el proceso de ejecución de la pena impuesta a GJTM en la sentencia demandada, se encuentra suspendido dado que en éste le fue concedida la libertad condicionada, la que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 277/17, genera esa consecuencia jurídica [...].

[...]

Conforme a las anteriores consideraciones, se ordenará la suspensión del trámite de la demanda de revisión formulada por un apoderado de GJTM y, también, su remisión a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, una vez ésta empiece a funcionar».

CASACIÓN - Examen de violación al principio de non bis in ídem

Los sujetos procesales y los funcionarios judiciales deben estar atentos a proteger el derecho del acusado a no ser condenado dos veces por un mismo hecho, así una de las condenas se de en el extranjero.

SP16536 (44630) de 11/10/17

M. P. Eugenio Fernández Carlier

ANTECEDENTES

Varios ciudadanos colombianos fueron extraditados a los Estados Unidos de América durante los años 2009 y 2010, allí fueron condenados por dos hechos relacionados con el narcotráfico, los mismos por los que fueron igualmente condenados en Colombia en el año 2013, además de un tercer hecho también constitutivo de narcotráfico.

El defensor acude en sede de casación argumentando entre otros, **nulidad por desconocimiento del principio de non bis in ídem**, puesto que sus representados ya fueron condenados en Estados Unidos por los mismos hechos que motivaron la condena en nuestro país.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN IDEM - Concepto || **PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA** - Alcance

« [...] el artículo 29 del texto superior consagra la garantía fundamental non bis in ídem, según la cual, la persona no puede ser juzgada doblemente por el mismo hecho. Está reconocida internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, N° 7°), y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8 N° 4°).

Tal derecho se desprende del principio de seguridad jurídica ya que no es viable que un mismo hecho sea objeto de persecución penal simultánea o diferidamente por autoridades judiciales distintas, veda para la cual debe mediar identidad de la persona juzgada, del objeto del proceso y del fundamento o causa.

De esa garantía que se traduce en la imputación única basada en el mismo comportamiento atribuido a la persona, se bifurcan los principios de cosa juzgada y non bis in ídem e impide de un lado, endilgar a la persona más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé y que si se le ha resuelto su situación jurídica de manera definitiva sea con sentencia ejecutoriada o providencia con igual fuerza vinculante, no puede ser sometida a una nueva actuación por la misma conducta».

EXTRADICIÓN - Non bis in ídem: casos en que se emite concepto desfavorable || **PRUEBA** - Carga de la prueba: obligaciones de las partes || **PRUEBA** - Sobreviniente: oportunidad para decretarlas

« [...] si bien en principio se dejó en manos del ejecutivo la facultad de conceder la extradición a pesar de obrar diligenciamientos penales en curso en nuestro país, la Corte ha emitido concepto desfavorable cuando advierte causales constitucionales que impiden la entrega de la persona, por ejemplo, cuando el solicitado está colaborando en los trámites de la ley de justicia y paz de cara a satisfacer primero los derechos a la verdad y reparación en cuanto a los delitos cometidos en Colombia.

También la Corporación ha conceptuado de manera desfavorable el requerimiento de extradición cuando:

1. Previo a recibirse la solicitud de captura con fines de extradición existe en Colombia decisión en firme, con carácter de cosa juzgada, por los mismos hechos que basan tal pedimento.
2. Cuando se trata de decisiones de cesación de procedimiento, preclusión de la investigación y sentencia absolutoria que hayan adquirido firmeza antes de emitir concepto la Corte, ya que en esos eventos la jurisdicción patria ha ejercido su potestad.
3. Cuando se está ante una sentencia condenatoria colombiana cuya ejecutoria se dio antes del respectivo concepto de la Corte, teniendo en cuenta que el procesado se ha sometido a la justicia nacional.
4. Si se trata de una sentencia de conformidad, esto es, producto de una de las formas de terminación anticipada del proceso penal (sea bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000 o 906

de 2004), siempre que se demuestre que: i) con anterioridad al pedido de extradición se llevó a cabo la manifestación libre, consciente y voluntaria por parte del procesado de acogerse a uno de esos mecanismos; ii) se cumplieron los requisitos formales y sustanciales respectivos; y iii) tal proveído ya adquirió firmeza, ello para evitar la utilización indebida de esas figuras para evadir el instituto de cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia.

En este caso, pero previo a analizar si como lo solicitan los defensores y lo avala el Delegado del Ministerio Público se satisface la identidad de sujeto, objeto y causa en relación con los trámites judiciales surtidos en Estados Unidos y en Colombia, es menester dilucidar si se trataba de un hecho conocido en las instancias, esto es, si mediaba acreditación probatoria de los motivos por los cuales fueron extraditados.

En primer lugar, el recuento de la actuación procesal permite advertir que la formalización del trámite de extradición se inició en Colombia cuando el 26 de octubre de 2009 los procesados EJRV, MCM, OLBRB, AERB, ADL, AOBRB y JFDB -folios 102 a 131 cuaderno de causa- fueron notificados de las Resoluciones del 23 del mismo mes y año con las cuales la Fiscalía General de la Nación ordenaba su captura con fines de extradición.

Para ese momento ya había culminado la audiencia preparatoria, diligencia destinada legalmente a resolver las peticiones de nulidad y de pruebas de los sujetos procesales. Tal marco temporal hace entendible que el tema de las investigaciones que contra los citados enjuiciados cursaban en el extranjero no fue materia de análisis ni por sus defensores, ni menos por los Delegados de la Fiscalía o del Ministerio Público.

Efectivamente, la Ley 600 de 2000, bajo la cual se rituó el diligenciamiento, establece que la solicitud de pruebas o de nulidades en la fase del juicio ha de hacerse en el término de traslado previsto en el artículo 400 (15 días hábiles siguientes al recibo del proceso), debiéndose resolver sobre las mismas en la audiencia preparatoria.

Sin embargo, el mismo estatuto adjetivo habilita la práctica probatoria -tradicionalmente denominadas pruebas sobrevivientes-, el artículo 401 le da la posibilidad al juez de decretarlas de oficio y el artículo 409 le otorga, como director de

la vista pública, amplias facultades para tomar las determinaciones que considere necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos, de ahí que es dable que el funcionario las ordene con ese carácter teleológico, aún a instancia de los sujetos procesales, hasta antes de concederles el uso de la palabra para que inicien sus intervenciones finales.

Y es aquí donde se advierte las falencias no sólo por parte de los defensores, del representante del Ministerio Público, del delegado del ente investigador y principalmente del juez, ya que al tener conocimiento para ese momento que varios de los enjuiciados habían sido pedidos en extradición, debieron, en uno y otro caso, pedir y ordenar pruebas tendientes a establecer los motivos de tal pedimento.

[...]

Aquí, los demandantes y el Delegado del Ministerio Público tildan de ilegal la sentencia por no haber analizado los hechos que motivaron la extradición de algunos de los procesados, pero jurídicamente no puede dársele ese calificativo a tal proveído, porque se constituía en una situación inexplorada en el juicio, por ello los cargos basados en la infracción al principio non bis in idem que formuló el defensor de los procesados ADL, MCM, JFDB, RENB y ELMS, y los edificados en violación directa de la ley por el apoderado de AEERB y OLBRB no tienen vocación de prosperar».

NON BIS IN IDEM - Vulneración: cuando el condenado por la jurisdicción nacional fue extraditado, condenado y cumplió una pena en el extranjero por los mismos hechos || **NON BIS IN IDEM** - Prohibición de doble valoración: no se viola el principio cuando se trata de hechos diferentes

«El análisis de la eventual infracción al principio de doble incriminación que de oficio hace la Sala se limitará a las personas extraditadas a fin de verificar si se trata de las mismas que fueron juzgadas en Colombia, si hay identidad fáctica en las conductas atribuidas en uno y otro país y si coincide también el fundamento de tales procesos.

[...]

[...] al comparar lo que se transcribió en los conceptos de extradición emitidos por la Sala respecto del indictment proferido por el Tribunal

del Distrito Sur de la Florida de los Estados Unidos, en el caso 09-20505-CR MIDDLEBROOKS/GARBER de junio 12 de 2009, con la resolución de acusación del Estado Colombiano deviene claro la identidad en los delitos de concierto para delinquir y el tráfico de sustancias por los hechos acaecidos el 2 de marzo y 2 de octubre de 2007.

[...]

Así las cosas, los tres supuestos fácticos objeto de juzgamiento por la justicia Estadounidense corresponden a los que motivaron la condena por la jurisdicción Colombiana, esto es el concierto para delinquir con fines de narcotráfico y el ilícito de tráfico y porte de estupefacientes respecto de las conductas del 2 de marzo y 2 de octubre de 2007. Sin embargo, en la actuación colombiana fue incluido otro aspecto; la incautación de cocaína del 23 de mayo de 2007, el cual no fue abordado en el aludido indictment.

[...]

En estas condiciones, es palpable la vulneración de la garantía de prohibición de doble incriminación predicable de ABRB, OBRB, ABRB, ERV, JFDB, ADL y MCM sólo en relación con las conductas coincidentes (concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes del 2 de marzo y 2 de octubre de 2007), al haber sido condenados por el Tribunal Superior de Cartagena por los mismos comportamientos que motivaron su extradición, subsistiendo, como ya se reseñó, una conducta en Colombia (la del 23 de mayo de 2007).

Ese trámite de cooperación internacional se dio cuando ya se había surtido parte del proceso en Colombia, había finalizado la audiencia pública y se encontraba para emitir fallo de primer grado.

Evidentemente el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado Adjunto de Cartagena avocó conocimiento el 16 de junio de 2009, el 18 de agosto siguiente se surtió la audiencia preparatoria, el 14 de enero de 2010 se cumplió la audiencia pública y los conceptos favorables de extradición fueron emitidos por la Corte el 28 de abril, 4 y 12 de mayo, 9 y 16 de junio y 24 de octubre de 2010.

El Tribunal Superior de Cartagena debió reconocer que respecto de los ciudadanos enviados a responder ante un Tribunal de los Estados Unidos, renunciaba el Estado Colombiano a seguirlos juzgando aquí, lo que aparejaba la imposibilidad de proseguir con la acción penal, y por lo tanto debió ocuparse única y exclusivamente de la conducta de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes por la incautación del 23 de mayo de 2007 cuando gracias a las acción del Guardacostas de la Armada Nacional fue interceptada una lancha en la cual transportaban 8 bultos o sacos que contenían 221 paquetes que arrojaron un peso de 221 kilos, 09,0 gramos de cocaína.

Para que opere el non bis in ídem debe existir plena identidad fáctica doblemente investigada o juzgada y en el presente caso tal afirmación respecto del hecho óntico objeto de judicialización en Colombia y Estados Unidos ese supuesto solo se cumple para las incautaciones de droga ocurridas el 2 de marzo y 2 de octubre de 2007, no ocurre lo mismo con la del 23 de mayo de 2007, subsistente solamente para el proceso penal colombiano, no objeto de judicialización por la extradición otorgada».

**DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL
COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18**

AÑOS - Análisis de la conducta realizada:
capacidad de afectar el bien jurídico tutelado.

La Sala examina el entorno en que se ha desarrollado la conducta y la capacidad de la misma en la afectación del bien jurídico, para determinar la responsabilidad penal del procesado.

SP15490 (47862) de 27/09/17

M. P. José Luis Barceló Camacho

ANTECEDENTES

OGE en estado de ebriedad se acercó a un puesto de frutas y fue atendido por dos menores de edad, en hechos confusos les ofreció diez mil pesos (\$10.000) aparentemente para que mantuviesen

relaciones sexuales con él. Siendo esta la única acción desarrollada por el procesado entra la Sala a estudiar el caso.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS - No requiere la existencia de una organización criminal || **DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS** - Puede ser cometida por intermediarios y clientes

«Frente a los argumentos de la demanda con relación a la necesidad de establecer la presencia de una organización dedicada a la explotación sexual de menores de edad a efectos de constatar la materialización del artículo 217 A del Código Penal, debe decirse que tal postura no se ajusta a la conceptualización que de esta infracción aparece en la legislación con la cual fue incorporada, según ha tenido oportunidad de anotarla la Corte en varias ocasiones.

[...]

De esta forma, es palmario que la descripción típica no prevé para su configuración la necesidad de una red dedicada a la prostitución infantil en la cual surja la promesa retributiva, siendo suficiente la solicitud o demanda de servicios sexuales, es decir, la conducta se agota con la sola propuesta, de suerte que no es relevante si la persona accede a ella o no (CSJ AP 2172-2015). Por ende, la expresión “comercial” así sea entendida como un ingrediente normativo del tipo, no se restringe a las actividades de conglomerados mercantiles, al comprender también actos propios de la vida cotidiana».

DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS - Análisis de la conducta realizada: capacidad de afectar el bien jurídico tutelado || **TIPICIDAD** - Proceso de adecuación típica || **ANTI JURIDICIDAD** - Principio de lesividad

« [...] en este asunto la Corte advierte circunstancias derivadas de las condiciones y el entorno en que GE exteriorizó su propuesta que hacen necesario sopesar, más allá de los presupuestos examinados en precedencia, otras premisas exploradas en la demanda que develan cómo dicha oferta no resultaría consistente con

aquellas que en abstracto motivaron al legislador a establecer su sanción, de cara a la gravedad del injusto y sus consecuencias punitivas.

Con ese cometido, debe precisarse que las menores P.A.F.O. y A.M.S.F. en declaración rendida en el juicio oral, dieron cuenta de cómo el día de los hechos se encontraban en el restaurante de uno de sus familiares en el que a la entrada su tío tenía ubicado un puesto de venta de frutas, quien lo dejó a su cuidado mientras almorzaba. En ese momento, apareció el implicado que llegó y se acomodó en una silla, al parecer embriagado, ya que fue percibido con aliento alcohólico.

Ahora, lo que ocurrió a continuación fue objeto de amplia polémica en la actuación, pues las niñas en su testimonio refirieron que los citados diez mil pesos obedecían al pago de unas frutas que GE tomó, suscitándose un malentendido. Entonces, la Fiscalía impugnó su credibilidad con fundamento en las entrevistas donde afirmaron que la suma les fue ofrecida para que accedieran a “hacer el amor” con él, así, confrontadas ante estas manifestaciones previas, P.A.F.O. indicó que el dinero era contraprestación “para que se dejaran tocar sus partes íntimas”, mientras que A.M.S.F. adujo que tales señalamientos fueron propiciados por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura. Sopesadas ambas versiones, los juzgadores de instancia tomaron la brindada en el juicio oral como una retractación de la sindicación original, acogiendo el relato rendido en la primera oportunidad, al suministrarse con cierta inmediatez a los sucesos investigados [...].

[...]

Este escenario constituyó el marco fáctico en el que recayó la valoración jurídica de los juzgadores y merece un detenido análisis, considerando variables que ponen en entredicho que la oferta hecha por un vecino de las menores, residente en la zona por aproximadamente quince años, catalogado de temperamento tranquilo por sus conocidos y que a la hora del almuerzo, alicorado, llegó a descansar en una mecedora dispuesta frente a un negocio que solía frecuentar, quien no se inmutó ni se movió de ese sitio después de ser rechazada la indecorosa invitación que hizo en vía pública, mucho menos al acudir la policía; sea de tal entidad que merezca ser calificada de relevante para el derecho penal. Y es que todas estas circunstancias no pueden ser obviadas al

instante de acometer la adecuación típica de la conducta reprochada, contrastado el enunciado del artículo 217 A del Código Penal con esta realidad concreta, la cual demanda una lectura que trascienda a la llana literalidad textual gramatical.

En esa secuencia, es insoslayable conjugar varias herramientas interpretativas encaminadas a darle contenido a la naturaleza de aquella acción de cara a la finalidad del ius puniendi en un Estado Social de Derecho, en pos de hacer compatible el suceso material origen del silogismo jurídico objeto de controversia, con los principios que guían su adecuada construcción. En particular, debe tenerse en cuenta el concepto de bien jurídico, noción que explica no solo la inclusión de ciertos comportamientos susceptibles de sanción sino que también excluye los que pese a ajustarse formalmente a tipos legales, no lesionan ni ponen en peligro los intereses que la normatividad custodia. Así mismo, los principios de lesividad, subsidiariedad y ultima ratio conducen a una visión minimalista, reacia al control indiscriminado de riesgos potenciales que únicamente exacerbaría la función simbólica e ideológica del derecho penal.

[...]

La Corte igualmente, en esa línea de pensamiento, ha señalado tratándose del juicio de tipicidad que no basta con verificar la subsunción de la conducta en el modelo descriptivo de la figura legal, sino que además ha de comprobarse si ese comportamiento perturba o no el bien jurídico protegido, de modo que esa labor intelectual conlleva una doble valoración: “(i) el juicio de correspondencia comparativa entre la conducta y el tipo, y, (ii) el juicio de verificación sobre la idoneidad de esa conducta para afectar (que no lesión) el bien jurídico tutelado por la norma. De esto se tiene que la tipicidad puede ser afectada por el principio de insignificancia y la adecuación social de la conducta” (CSJ SP, 21 Oct. 2009, rad. 29655). Por consiguiente, “la adecuación típica de una conducta dependerá de su idoneidad para producir el resultado normativo consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En ese orden, el bien jurídico es un criterio delimitador de la tipicidad, pues excluye del ámbito típico aquellos comportamientos que no tengan aptitud para vulnerarlo” (CSJ SP 9235-2014).

Lo anterior, sin perjuicio de que la lesividad también pueda estudiarse en sede de antijuridicidad material, ya que si bien en algunas oportunidades la jurisprudencia ha conjugado tales conceptos, ello no es óbice para efectuar su análisis como principio político criminal y categoría dogmática independiente (cfr. en lo pertinente, CSJ SP 14190-2016)».

DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS - No se configura || **DERECHO SUSTANCIAL** - Prevalencia || **DELITOS SEXUALES** - Alcance del interés superior del menor || **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY** - Configuración

« [...] atendiendo que la libertad, integridad y formación sexual es el bien jurídicamente protegido con el artículo 217 A del Código Penal y que el legislador a través de las distintas infracciones descritas en el Título IV de esta normatividad proscribire la violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción que signifique menoscabo a la facultad de libre determinación de la corporeidad -en especial de los menores de edad-; al margen de la concurrencia de los elementos que en este asunto de manera formal, prima facie, actualizan el injusto en cuestión, es discutible que la propuesta de OGE hubiese generado un conflicto social que haga ineludible la imposición de la sanción allí prevista, con las consecuencias que la declaratoria de responsabilidad penal acarrea. Es decir, por cuenta de las circunstancias objetivas referidas en precedencia, es válido pregonar que la oferta realizada por el acusado no resultó transgresora de dicho bien jurídico, al carecer de capacidad de repercutir en la libertad, integridad y formación sexual de las menores P.A.F.O. y A.M.S.F.

Nótese, en este aspecto, que del recuento de las entrevistas que constituyeron el soporte de la condena se avizora que las niñas no transmitieron una zozobra tal que permita conferirle seriedad al polémico ofrecimiento, al punto que lo ignoraron. En otras palabras, esta reacción inicial permite inferir que descartaron la invitación por el contexto inane en que se dió y GE, por demás, no acompañó su mensaje con actitudes que develaran un apetito lascivo, aparte de una mirada que éstas catalogaron “seductora”. Fue solo hasta que una de las menores ubicó a un policía que casualmente

pasaba por allí que los acontecimientos tomaron otro rumbo, toda vez que las presuntas perjudicadas previo a ese instante, se recalca, entraron al restaurante de marras evitando la irresponsable insinuación de aquel individuo embriagado, incluso, JNSG, tío suyo y encargado del puesto de venta de frutas, señaló en el juicio que apenas pudo enterarse de lo acaecido y CRFH calificó todo como una confusión propiciada por su hija mayor (que también se encontraba en el restaurante y a la que A.M.S.F. le reportó los sucesos, a quien atribuyó un carácter “explosivo” y que formó “una cosa ahí toda rara”), atinando ella únicamente a conminar al implicado para que se dirigiera a su casa “porque él estaba tomado”.

[...]

[...] se recalca, hay incertidumbre con respecto a que el comportamiento de OGE se compagine con los que en abstracto busca reprimir el tipo, en tanto este no se advierte suficiente para generar la situación de riesgo sancionada normativamente. Valga aclarar que ello no quiere decir que ese proceder podría enmarcarse dentro de la teoría de la adecuación social, ya que la cosificación de los menores de edad por vía de la instrumentalización de su esfera sexual, indiscutiblemente, ha de ser proscrita. Sin embargo, en este caso concreto, aquella se mantuvo incólume desde la arista de su protección integral, pues no hubo coacción de

ningún tipo u hostigamiento relevante que permitiese, verbi gratia, predicar un hipotético acoso sexual (cuya acción prescrita) y además, en gracia a discusión, estaría prescrita) y tampoco se afectó la formación de P.A.F.O. y A.M.S.F. por lo absurdo de la propuesta, de cara a su trascendencia en el contexto donde se suscitó y de ahí que no pueda tener respuesta a través del derecho penal.

[...]

Recapitulando, al cotejar la situación concreta en que sucedieron los hechos objeto de investigación y juzgamiento más allá del plano genérico de subsunción típica del comportamiento censurado, se tiene que su calificación como delito, demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años en concurso homogéneo (lo que califica el casacionista equívocamente de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea), condujo a la aplicación indebida del artículo 217 A del Código Penal, ya que dicha conducta no se ofrece de manera indubitada lesiva del interés custodiado por el legislador y, por consiguiente, propia a esa descripción legal. En consecuencia, al desdibujarse la estructura del proveído atacado la Corte lo casará y en su lugar absolverá a OGE de los cargos formulados en su contra [...].».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Sentencias escritas

Las sentencias por ser las providencias que deciden sobre el objeto del proceso deben obrar por escrito, sin que esto controvierta el sistema oral que rige la Ley 906 de 2004

AP6264 (47636) de 20/09/17

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

ANTECEDENTES

La Sala Penal hace un llamado de atención a jueces y magistrados para que garanticen los

derechos de las partes haciendo constar sus fallos por escrito.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Sentencia: obligación de proferir fallos escritos, no contraviene el principio de oralidad

« [...] aprovecha la Sala para llamar la atención de los jueces, acerca de la necesidad de que los fallos obren por escrito en la actuación, por tratarse de las providencias que deciden sobre el objeto del proceso regido por la Ley 906 de 2004, lo cual no contraviene el principio de oralidad.

Ciertamente el artículo 145 de la ley citada dispone que todos los procedimientos de la

actuación, tanto preprocesales, como procesales, deben ser orales; sin embargo, el mandato del legislador se encamina a la búsqueda de la celeridad en el trámite, lo cual no puede entenderse como una prohibición de que los fallos (primera y segunda instancias, casación y revisión) obren por escrito.

El anterior entendimiento se revalida con el tenor literal del artículo 163 ibidem, que consagra la prohibición de “transcribir, reproducir o verter a texto escrito” apartes de la actuación en las providencias judiciales, lo cual confirma que en el sistema procesal establecido en la Ley 906 de 2004 subsisten las providencias escritas y que le está vedado al funcionario judicial copiar en ellas fragmentos de lo actuado.

Además de razones de orden práctico, tales como la dilación en el estudio de los recursos que se dificulta por la labor de escucha de la sentencia; la verificación de los requisitos de forma y de fondo que también exige la audición de la totalidad del registro técnico a la espera de encontrar en qué apartes se cumplió con lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 906 de 2004, o la dificultad del juez de ejecución de penas para adoptar decisiones relacionadas con la vigilancia de las penas impuestas, surgen otras que pueden afectar el derecho a la defensa, como cuando el procesado privado de la libertad interpone el recurso de apelación y decide sustentar por escrito dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, requiriendo para ese fin conocer el texto de la providencia, lo cual no podrá garantizarse porque en el lugar de reclusión no se le permite el acceso a un computador, si es que lo tuviere.

De la misma manera, puede suceder que el juzgador profiera la sentencia en audiencia, sin la presencia del procesado privado de la libertad, situación que obliga a que el fallo sea enviado al establecimiento carcelario para la notificación personal, caso este en el que el declarado responsable tendría que contar con el cd; un medio electrónico para leerlo; internet para buscar el programa compatible con el usado por el centro de servicios del despacho judicial y además, un permiso especial del INPEC para que el procesado disponga de un equipo, espacio y tiempo para escuchar la decisión mediante la cual se le declaró culpable, pues a eso corresponde la diligencia de notificación, de lo contrario, se estaría ante un simple enteramiento.

En la misma línea, es decir, la necesidad de que los fallos judiciales obren por escrito, la novísima normatividad que consagra el procedimiento abreviado elimina la audiencia de lectura del fallo (art. 545, inciso 2° de la Ley 1826 de 2017), para establecer que la sentencia se entenderá notificada con el traslado escrito que se hará con “la entrega de la providencia” a las partes.

De manera que la Sala reitera el llamado tendiente a que los funcionarios profieran los fallos por escrito, bajo el entendido de que la oralidad del sistema no repele esta forma de emisión de las decisiones que resuelven de fondo el objeto del proceso».

NOTA DE RELATORÍA: Cuando la providencia menciona la Ley 1826 de 2017, artículo 545 inciso 2, en realidad se refiere al art. 22 inciso 2 que modifica el artículo 545 de la Ley 906 de 2004.

UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

La Sala unifica su jurisprudencia en los casos en que puede existir un concurso aparente con el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, determinando la prevalencia de este último.

SP16891 (44609) de 11/10/17

ANTECEDENTES

«En el año 2008 el alcalde del municipio de [...], CAO, acordó con el abogado ANE y con el contador JJZA adelantar el cobro irregular del impuesto a “espectáculos públicos” supuestamente adeudado por la Caja de Compensación Familiar de Caldas (Confamiliares), con el propósito de apoderarse

de los dineros que lograran recaudar, en los porcentajes que serán referidos más adelante.

Aunque los procesados conocían que para ese entonces Confamiliares administraba recursos parafiscales (carácter que la ley le asigna a los pagos correspondientes al subsidio familiar) y eran conscientes de que ese tipo de recursos son inembargables, por clara y expresa disposición legal, el Alcalde, mediante la Resolución 552 del seis de junio de 2009 ordenó, entre otras cosas, el embargo de los dineros que la Caja tenía en varias cuentas bancarias, por valor de \$1.644.737.001.

El Tribunal Superior de Manizales modificó la sentencia condenando a los procesados por los delitos de peculado por apropiación (397), prevaricato por acción (413), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) e interés indebido en la celebración de contratos (409) de la ley 599 de 2000».

La Sala desestima los cargos de la defensa y entra a analizar oficiosamente la adecuación típica de las conductas.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Elementos: interés indebido / **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS** - Demostración

«El artículo 409 del Código Penal [...].

[...]

Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento principal de que implica la penalización de ideas o pensamientos que no trascienden el fuero interno del sujeto y que, por tanto, no tienen la potencialidad de afectar o poner en peligro efectivo el bien jurídico (la administración pública). El tema fue resuelto en la sentencia C-128 de 2003.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional hizo una completa relación de la jurisprudencia emitida por esta Corporación frente al delito consagrado en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000 que, en su esencia, coincide con lo previsto en el artículo 145 del Decreto 100 de 1980.

Por su relevancia para la solución del presente caso, se resaltan las siguientes precisiones jurisprudenciales: (i) el interés del servidor

público debe ser indebido, porque es claro que “las normas acusadas no se refieren al interés que muestre el servidor en el cumplimiento de los fines estatales y en particular del interés concreto que corresponda perseguirse con la celebración del contrato en el que interviene de acuerdo con la Constitución”; (ii) “el interés que las normas acusadas penalizan es el que se exterioriza por el servidor público en desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual (...)”; esto es, “las actuaciones del servidor público con las que se vulnera la transparencia e imparcialidad en la actividad contractual”; y (iii) “dicho provecho no es, de otra parte, necesariamente económico”.

Así, para acusar o condenar a una persona por el delito previsto en el artículo 409, a la par de la demostración de la calidad de servidor público y de su relación con la actividad contractual (en la que debe intervenir en razón de su cargo o de sus funciones), el fiscal y el juez, respectivamente, tienen la carga de precisar, entre otras cosas: (i) en qué consistió el interés del servidor público - aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido -juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés (bajo el entendido de que no puede penalizarse la simple ideación, que no trascienda el fuero interno del sujeto) [...].

De regreso al delito objeto de análisis, las acciones desplegadas por el sujeto activo, a través de las cuales se “exterioriza” su interés, constituyen hechos jurídicamente relevantes en la medida en que la simple ideación no puede ser objeto de penalización, pero, a su vez, pueden tenerse como datos relevantes para establecer, por vía inferencial, el sentido o la forma en que el servidor público se interesó en un contrato público en el que debía intervenir en razón de su cargo o de sus funciones».

INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Concurso: contrato sin cumplimiento de requisitos legales, real o aparente, determinación

«Cuando la acusación (y, en su momento, la sentencia) incluyen varios delitos, el funcionario tiene la obligación de precisar la base fáctica de cada uno de ellos, lo que se erige en presupuesto necesario para el ejercicio de dos garantías jurídicas mínimas: la posibilidad de defensa

frente a una acusación precisa y de impugnar las decisiones adversas. Esta claridad resulta determinante, además, cuando deba resolverse sobre la existencia de un concurso (real) de conductas punibles, en los eventos en que esos análisis resultan procedentes.

En diversas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre la forma de resolver la concurrencia del delito de interés indebido en la celebración de contratos con otras conductas atentatorias contra la administración pública, concretamente con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En la sentencia de única instancia proferida el 8 de noviembre de 2007, bajo el radicado 26450, se concluyó que cuando la base fáctica de los delitos consagrados en los artículos 409 y 410 es semejante, el concurso es aparente, y la conducta debe subsumirse en el segundo de ellos (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) por su mayor riqueza descriptiva. En una sentencia de la misma naturaleza, proferida exactamente 4 años después, bajo el radicado 34282, la Sala concluyó que en esos casos debe aplicarse el delito previsto en el artículo 409 (interés indebido en la celebración de contratos).

[...]

En estos eventos, el análisis sobre la existencia de un concurso (real) de conductas punibles tiene como presupuesto ineludible la determinación de la base fáctica de cada una de ellas, en orden a establecer si se trata de hechos distintos o si la controversia se contrae a la posibilidad de que una misma conducta haya dado lugar a la configuración de dos delitos diferentes, según los criterios establecidos en la ley y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

Según se indicó, frente al delito previsto en el artículo 409 del Código Penal es imperioso establecer, entre otras cosas, en qué sentido el funcionario público se “interesó” en el contrato en el que debía intervenir en razón del cargo o de sus funciones y de qué manera ese interés o intención se exteriorizó, esto es, la forma como trascendió la simple ideación.

Acorde con lo expuesto en las sentencias 24450 y 34282 atrás referidas, es posible que el interés y la forma como el mismo se exterioriza coincidan, en su esencia, con los elementos estructurales de otro delito. Ello sucede, por ejemplo, cuando se demuestra que el sujeto activo actuó con la intención de asignarle

irregularmente un contrato a una persona en particular, y para ello desconoció uno o varios requisitos esenciales, como cuando omite la realización de la licitación pública.

Cuando se presenta esa coincidencia, la determinación de la existencia de un concurso (real) de delitos de interés indebido en la celebración de contratos (409) y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) debe partir de la determinación de los hechos jurídicamente relevantes atinentes a cada uno de ellos, que deben incluir aspectos como los siguientes:

Frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales: (i) el sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iii) sin cumplir el requisito Z, (iv) que es esencial porque... (juicio valorativo), (v) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).

En ese mismo evento, frente a la realización del delito de interés indebido en la celebración de contratos, la hipótesis podría determinarse de la siguiente manera: (i) el sujeto X, (ii) se interesó en el contrato Y, (iii) en el que debía intervenir en razón de su cargo o de sus funciones; (iv) en el sentido de asignárselo irregularmente al sujeto Z, (v) interés que se exteriorizó a través de la trasgresión de unos determinados requisitos, etcétera.

Sin desconocer que existen algunas diferencias entre estas formas de afectación del bien jurídico, la Sala advierte que, en esencia, constituyen formas semejantes de “desvío del poder” en el ámbito de la contratación oficial, entendida esta como una faceta de la administración pública [...].

[...]

En síntesis, **cuando la base fáctica** de los delitos previstos en los artículos 409 y 410 coincide en sus aspectos esenciales, el concurso de conductas punibles es aparente, y **debe darse aplicación al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos**, porque recoge con mayor riqueza la hipótesis fáctica, en la medida en que regula de manera puntual una de las formas de trasgresión de los principios que rigen la contratación administrativa: el desconocimiento de los requisitos esenciales, orientados precisamente a materializar dichos

principios. Visto de otra manera, mientras el delito previsto en el artículo 409 del Código Penal regula de manera más abstracta la trasgresión de los principios que inspiran la actuación estatal en general y la contratación pública en particular, el artículo 410 consagra una forma mucho más puntual de afectación del bien jurídico. Esto en armonía con lo resuelto en la sentencia 26450 del ocho de noviembre de 2007.

Lo expuesto en precedencia no conlleva la inoperancia del delito previsto en el artículo 409 porque, a manera de ejemplo, el artículo 410 no tiene aplicación durante la fase de ejecución del contrato, según lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 24 Nov. 2016, Rad. 46037, entre muchas otras), de tal suerte que las actuaciones a través de las cuales se exteriorice el interés indebido durante esa fase contractual pueden adecuarse al tipo penal regulado en el artículo 409, obviamente a partir de un análisis suficiente de los presupuestos de la responsabilidad penal. Ello bajo el entendido de que la corrupción administrativa puede ocurrir en actuaciones estatales que, en apariencia, sean ajustadas a la legalidad, lo que puede constituir un amplio campo de aplicación del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

No puede descartarse, a priori, que el interés (indebido) del sujeto activo desborde el supuesto previsto en el artículo 410, como cuando se violan los requisitos esenciales de la contratación para lograr propósitos que vayan más allá de la selección irregular del contratista. En esos eventos, a partir de una adecuada determinación de los hechos, debe analizarse la posibilidad de que se presente un concurso real de conductas punibles.

De otro lado, es posible que el contrato estatal se utilice como un instrumento (“delito medio”) para consumir otro delito (“fin”), como cuando el objetivo perseguido por el servidor público es el apoderamiento de bienes del Estado (...) que le hayan sido confiados “por razón o con ocasión de sus funciones” (Art. 397), y para lograrlo se requiere la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

En este caso no se configura un concurso real entre el delito de interés indebido en la celebración de contratos y el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (“delito medio”), por las razones expuestas en los párrafos precedentes, en la medida en que el

interés, en lo que concierne a este delito, no va más allá del desconocimiento de los requisitos esenciales a que alude el artículo 410, con el propósito de asignarle el contrato a una determinada persona, como un paso previo y necesario para lograr la consumación de otra conducta punible (peculado).

Tampoco podría plantearse que el propósito de apoderarse del dinero, en provecho del servidor público o de un tercero (“delito fin”), pueda constituir un delito (adicional) de interés indebido en la celebración de contratos, porque ese propósito, y las acciones ejecutadas para conseguirlo, encuentra una respuesta punitiva adecuada y suficiente en el artículo 397 del Código Penal.

[...]

El caso que ocupa la atención de la Sala ilustra suficientemente sobre la necesidad de establecer puntualmente la base fáctica de cada uno de los delitos imputados, y de realizar un estudio adecuado sobre la existencia de un concurso -real- de conductas punibles.

[...]

En sentir de la Sala, el proceso de adecuación típica no tenía que complejizarse de la forma como lo hicieron la Fiscalía y el Tribunal, porque, según la hipótesis fáctica de la acusación y lo que se declaró probado en el fallo, el propósito de los procesados era apoderarse de parte de los dineros que entraron a la custodia del Municipio en virtud de una medida cautelar que afectó a la Caja de Compensación Familiar de Caldas (lo que constituye un delito de peculado por apropiación), para lo cual celebraron varios contratos sin el cumplimiento de los requisitos esenciales (hipótesis que se subsume en el artículo 410 del Código Penal) y emitir varias resoluciones manifiestamente contrarias a la ley (prevaricato por acción).

Ante ese panorama, resultaba obligatorio analizar cuáles de esos delitos, y a qué título, le podría ser imputado a cada uno de los procesados, habida cuenta de que uno de ellos, OV, actuó en ejercicio de sus funciones como alcalde, y los otros intervinieron como contratistas.

[...]

También se equivocaron la Fiscalía, y el Tribunal, al imputarle a OV el delito de interés indebido en

la celebración de contratos, porque sus conductas, según se indicó en precedencia, se adecúan a los punibles de peculado por apropiación (“delito fin”), prevaricato por acción y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (“delitos medio”). La acusación y la condena por el delito previsto en el artículo 409 no eran procedentes, porque el interés de este procesado y a forma como se “exteriorizó” coincide con lo descrito en el artículo 410. Por tanto, la Sala, de oficio, casará en este sentido la sentencia impugnada y realizará el respectivo ajuste punitivo.

Por idénticas razones, encuentra la Sala que la Fiscalía y el Tribunal se equivocaron en la

calificación jurídica de la conducta de los procesados ANE y JJZA, pues se optó por el delito de interés indebido en la celebración de contratos cuando lo procedente era adecuarla en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por las razones expuestas en los últimos apartados.

Por tanto, la Sala hará esa corrección en la calificación jurídica [...]».

NOTA DE RELATORÍA: Cuando la sentencia menciona la providencia 24450, en realidad se refiere a la providencia 26460 del 08 de noviembre de 2007.

Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

