



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Octubre 17 de 2019 n.º 18

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>

### PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA

*Se aplica, en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio militar*

### NULIDAD POR VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

*Se configura, cuando la Justicia Penal Militar decide un asunto de competencia de la Jurisdicción Ordinaria*

Al declarar fundada la causal de revisión, relativa a la concurrencia de *hecho y prueba nuevos*, derivada de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Sala encontró oportuno recordar, en materia de fuero penal militar, no sólo la necesidad de que se observe el principio de *in dubio pro jurisdicción ordinaria*, cuando exista incertidumbre acerca del vínculo con el servicio de la conducta atribuida, sino también la consecuencia invalidante de su inaplicación. De este modo, puso de presente que cuando la *Justicia Penal Militar* decide de un asunto de *competencia* de la jurisdicción común, se incurre en vulneración de la garantía constitucional de *debido proceso*, en su componente de *juez natural*, configurándose una irregularidad sustantiva susceptible de *nulidad* de la actuación. Por tales razones, dispuso la invalidación del diligenciamiento a partir de la *cesación de procedimiento* emitida por el Juez Penal Castrense, que fuera ratificada vía *consulta* por el Tribunal Superior Militar, para que, en su lugar, la Fiscalía General de la Nación impulse la actuación respecto de integrantes del Ejército Nacional, por la presunta comisión de *crímenes de lesa humanidad*, cuyos sujetos pasivos fueron miembros de la comunidad indígena Arhuaco.

**SP4198-2019 (49222) del 02/10/19**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**JUSTICIA PENAL MILITAR - Competencia:** frente a delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo || **FUERO PENAL MILITAR - Ámbito de aplicación:** excepcional || **PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA - Aplicación:** en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio militar || **PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA - Aplicación:** rige internamente y a nivel del sistema interamericano de derechos humanos

«Suficiente se ha ahondado acerca de la necesidad de discernir cuáles son los comportamientos de los miembros de la fuerza pública que, por su intrínseca relación con el servicio de seguridad pública, deben ser indagados y enjuiciados a instancia de la jurisdicción penal castrense.

De acuerdo con el artículo 221 Superior, la **justicia penal militar** solo puede conocer «*de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio*».

En verdad, esta Corporación, de la mano de la jurisprudencia constitucional, ha preservado intacto su criterio acerca de que el **fuero penal militar es claramente excepcional y está atado a la certidumbre sobre la existencia de una relación estricta entre la conducta punible imputada y un acto del servicio**, es decir, con las tareas o acciones que necesariamente permitan el cumplimiento de la

función constitucional y legal asignada a la fuerza pública, esto es, la defensa y la seguridad pública en los términos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

Por eso, para que la investigación y juzgamiento de las infracciones penales ejecutadas por miembros activos de la fuerza pública esté a cargo de la jurisdicción castrense no basta la acreditación de tal calidad. La acción u omisión lesiva del bien jurídico tutelado debe estar en correspondencia intrínseca con los referidos fines institucionales, porque de lo contrario, será la jurisdicción ordinaria la llamada a conocer del asunto.

Esto, por cuanto no podría predicarse válidamente la existencia de una relación con el servicio cuando la función militar o policiva es usada para infringir la ley con un proceder ajeno a la actividad marcial objetivamente considerada.

[...] a efecto de determinar si un comportamiento delictivo ejecutado por un funcionario vinculado al servicio activo es del resorte de una u otra jurisdicción, en la misma providencia, esa Corporación fijó las siguientes pautas:

a) [...] para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. [...]

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. [...]

De igual manera, predicó que en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio, es la justicia común y no la «de excepción» la encargada de asumir el conocimiento del proceso, conforme al **principio de in dubio pro jurisdicción ordinaria**.

En esas circunstancias, toda acción u omisión lesiva de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal ejecutada por parte de los integrantes del Ejército Nacional o de la Policía Nacional que adolezca de una conexidad diáfana, inmediata y directa con las competencias y fines legales y legítimos que rijan su actividad militar o policiva, no podrá ser asumida, jamás, por los jueces que regularmente estarían encargados de sancionar su conducta, sino por los de la justicia común.

Esta concepción jurídica es la que **rige también a nivel del sistema interamericano de derechos humanos**, como un instrumento eficiente para conjurar la vulneración de los derechos a la protección judicial, al juez natural y al proceso como es debido, consagrados en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y XXVI y XVIII de la

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre.

[...] Queda claro que, no solo responde a un mandato interno sino también supranacional, con clara incidencia en las obligaciones estatales del artículo 8° de la Convención, velar porque aquellos asuntos en los que la conducta desplegada por los militares o policiales inculcados trasciende el ámbito estrictamente funcional para involucrarse en la comisión de crímenes de lesa humanidad o en la infracción del derecho internacional humanitario, no sean perseguidos por la justicia castrense sino por la ordinaria, en tanto ésta tiende a garantizar la imparcialidad de las decisiones y la protección eficaz de los derechos de las víctimas».

#### **PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO JURISDICCIÓN ORDINARIA - Aplicación:**

en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio militar || **FUERZAS MILITARES - Ejército Nacional:**

actos del servicio, no abarcan la competencia para retener sin orden de autoridad, torturar y atentar contra la vida de los ciudadanos || **FUERO PENAL MILITAR -**

**Ámbito de aplicación:** no abarca eventos de ruptura de la conexidad entre la conducta y el acto del servicio || **FUERO MILITAR -**

**Conductas en relación con el servicio:** Excluidos los delitos de lesa humanidad || **JUSTICIA PENAL MILITAR - Competencia:**

frente a delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo || **JURISDICCIÓN ORDINARIA - Competencia:**

respecto de conductas cometidas por miembros de las Fuerzas Militares, que no guardan relación con el servicio || **DEBIDO PROCESO -**

**Juez Natural:** efectos nocivos de la intervención de la Justicia Penal Militar en asuntos ordinarios || **VÍCTIMAS -** Derecho a la verdad, la justicia y la reparación || **NULIDAD - Juez natural:**

se configura, cuando la Justicia Penal Militar decide un asunto de competencia de la Jurisdicción Ordinaria || **NULIDAD - Debido proceso:**

se configura || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** efectos, evento en

que se declara fundada la causal

«[...] se analizará, en primer lugar, si la conducta atribuida a LFDI y PAFO se entiende

«un acto propio del servicio que se halle cubierto por el fuero investigativo propio de la Justicia Penal Militar», para establecer si la de

determinación que puso fin a la actuación penal

se emitió por la autoridad competente de cara a la garantía de un debido proceso.

Para resolver esta situación, resulta necesario traer a colación la conclusión mayoritaria a la que llegó el entonces Tribunal Disciplinario, mediante auto del 23 de julio de 1991, al resolver la colisión de competencia suscitada entre la justicia militar y la ordinaria, que no es otra que la de sostener que como los oficiales involucrados con ocasión de los cargos que ostentaban y la naturaleza del servicio militar, desarrollan actividades durante las 24 horas del día, para el momento en que ocurrieron los delitos, éstos se encontraban en uso de sus funciones,

[...] Para la defensa de FO, en virtud de la anterior determinación, la competencia de la justicia castrense no puede ser cuestionada, en la medida que la misma goza de plena legalidad y la parte actora no controvertió su idoneidad, ni estableció que dicho cuerpo colegiado incurrió en alguna falta o actuación contraria a las normas constitucionales y legales. Por el contrario, la representante del Ministerio Público y el apoderado de las víctimas, sostienen que tal decisión debe desestimarse por la posible vulneración, entre otros principios, del Juez natural, en razón a que la situación fáctica y los elementos de persuasión enseñan que, el comportamiento investigado no correspondió a un acto del servicio o con ocasión del ejercicio de las funciones propias de su cargo.

En criterio de la Sala, **lo resuelto por el otrora Tribunal Disciplinario no resulta acertado**, pues en primer lugar, no fue una decisión unánime de los integrantes de dicha Corporación y, en segundo, no se realizó un verdadero análisis de los acontecimientos y la forma como éstos habrían ocurrido.

Al no existir consenso unilateral [existe un salvamento de voto de uno de sus miembros de la colegiatura, que atendiendo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la época, consideró de manera contraria **por el avistamiento de duda frente a que los hechos hubiesen ocurrido con ocasión o en ejercicio de funciones propias sus cargos**], lo procedente sería que la actuación fuera puesta a disposición de la justicia ordinaria como bien lo ha referido esta Corporación en reiterada jurisprudencia.

En verdad, contrario a como lo interpretaron dichos funcionarios judiciales, tal actividad delincinencial de tan extrema gravedad, no enseña una extralimitación de poder dentro del marco propiamente militar, destinada, por ejemplo, a lograr la integridad del territorio nacional, sino la deliberada infracción de la ley penal de naturaleza común, ajena al deber institucional.

No se necesitan mayores disquisiciones para entender que el **Ejército Nacional no tiene entre sus competencias normativas superiores o infraconstitucionales las de retener sin orden de autoridad, torturar y acabar con la vida de los ciudadanos colombianos**. Esas acciones, bajo ningún punto de vista, constituyen un acto relacionado con el servicio que por mandato del artículo 217 Constitucional corresponda a la fuerza militar de «la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional».

Así las cosas, como por parte alguna se demuestra la **conexidad entre el proceder de los inculcados y un acto del servicio, es nítido que la jurisdicción penal militar no podía asumir el conocimiento de este asunto**, y, si esa Colegiatura, hubiese realizado ese análisis, necesariamente hubiese determinado algo diferente.

**Definido que el asunto debió tramitarse por la jurisdicción ordinaria**, y por ello, carecían de competencia el Juzgado de primera Instancia del Comando de la Segunda Brigada del Ejército Nacional, y el Tribunal Penal Militar, en grado de consulta, se hace imperativo significar que **esa intervención de la justicia castrense representa la ostensible violación del principio del juez natural**, como bien lo manifestaron el actor y los representantes del Ministerio Público y de las víctimas.

Así las cosas, contrario a los argumentos del litigante de la defensa, a través de esta instancia **sí resulta viable invalidar la definición que dirimió la colisión de competencia suscitada dentro del proceso objeto de análisis, pues es reiterada la postura de esta Sala de los efectos nocivos que genera la intervención de la justicia Penal Militar en asuntos ordinarios, para el debido proceso**

[...] Esta situación también comporta una grave **afectación a los derechos de las víctimas y**

**perjudicados a la verdad, a la justicia y a la reparación**, como quiera que «las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima; la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el principio del juez natural; ello deriva en afectación del debido proceso que por contera afecta grandemente el derecho de acceso material a la justicia; y, finalmente, se pasan por alto de manera flagrante los principios de imparcialidad del juez y seriedad en la investigación.» [CSJ SP 01 nov. 2007, rad. 26.077].

**La vulneración del principio del juez natural, exacerbado por la decisión contraevidente de la Justicia Penal Militar de cesar el procedimiento a favor de los oficiales nombrados, pone en evidencia la flagrante vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia**, circunstancia que correlativamente conlleva el incumplimiento del **deber de adelantar la investigación seria e imparcial en un evento de lesión de los derechos humanos**, lo cual **obliga a la Corte a disponer la revisión de la providencia impugnada con fundamento en la causal tercera de revisión** [o su equivalente, la del numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004], esto es, el «**incumplimiento flagrante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente**», bajo los parámetros señalados por la Corte Constitucional en la aludida sentencia C-004 de 2003, dada la violación a los derechos a la vida, a la integridad física y a la protección judicial, sin necesidad de ahondar en las labores instructivas adelantadas al interior de esa actuación, tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación.

Así las cosas, **al observarse desbordadas la jurisdicción y competencia, ostensible se aprecia que la única solución** [como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional], **es decretar la nulidad de lo actuado**, al materializarse un estado de cosa juzgada aparente en beneficio de los oficiales.

En virtud de lo expuesto, la causal de revisión invocada se declarará fundada».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA**  
**Cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación**

Al casar *oficiosamente* el fallo del Tribunal, para suprimir la circunstancia de agravación del delito de *violencia intrafamiliar*, consistente en que la conducta recaiga sobre una *mujer*, la Sala aclaró el precedente sobre la materia, en el sentido de precisar que el incremento punitivo no es aplicable si no se acredita que el sujeto activo hubiera realizado el comportamiento en un contexto de *discriminación, dominación o subyugación* de la víctima, teniendo en consideración que el tipo penal posee como *bien jurídico tutelado*, adicional al de la *familia*, el de *igualdad* y la inherente *prohibición de discriminación* por razón del sexo o identidad de *género*.

**SP4135-2019 (52394) del 01/10/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, cuando el sujeto pasivo es una mujer || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, se extiende a eventos en que el sujeto pasivo es un niño, un anciano, una persona discapacitada e, incluso, un hombre || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer || ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** formas || **ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto:** utilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** utilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, en eventos de agresiones mutuas

**«La importancia del contexto en los delitos de violencia intrafamiliar**

La actuación judicial que debe adelantarse frente al delito previsto en el artículo 229 del Código Penal, implica auscultar las dinámicas propias de cada familia, a efectos de establecer la forma como se interrelacionan sus

integrantes, lo que constituye el ineludible telón de fondo de los episodios de agresión. Esta premisa adquiere mayor relevancia en un escenario de transformación y ampliación de los modelos familiares, dado que, en la actualidad, se reconocen y protegen las familias formadas por personas del mismo sexo y se acepta que estas “*células sociales*” pueden tener múltiples formas.

Aunque es una realidad inocultable que las mujeres han sido las víctimas más frecuentes de la violencia doméstica, lo que se inserta en una cultura machista acuñada a lo largo de los años, no puede perderse de vista que las relaciones de poder, las dinámicas de subyugación y el aprovechamiento de las condiciones de indefensión de algunos integrantes del núcleo familiar van mucho más allá de las típicas relaciones de poder entre hombres y mujeres, tal y como se reconoce y regula en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, que será analizado en el próximo acápite.

Bajo este entendido, y como quiera que la Sala debe pronunciarse acerca de la **violencia ejercida sobre una mujer**, se hará énfasis en la **importancia del contexto en la investigación y juzgamiento del delito de violencia intrafamiliar** cuando el sujeto pasivo pertenece a ese grupo poblacional, pero debe asumirse que ese tipo de indagación **es igualmente relevante cuando el sujeto pasivo es un niño, un anciano, una persona discapacitada e, incluso, en los casos donde el hombre** es quien se encuentra en estado de indefensión. Este tema será retomado en el próximo numeral.

La Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades a la obligación de abordar con **enfoque o perspectiva de género** los procesos judiciales atinentes o asociados a la violencia física, psicológica, económica o de cualquier otra índole, ejercida en contra de las mujeres dentro o fuera del ámbito familiar. Ha resaltado que esta obligación debe superar el plano nominal o formal, pues su relevancia práctica depende de las acciones concretas que se realicen para cumplir el objetivo de erradicar todas las expresiones de violencia de género, que constituye el propósito central de varios tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

[...] Como ineludible punto de partida, se tiene que históricamente las mujeres han sido víctimas de dominación, subordinación y discriminación, y que esa situación de desigualdad se manifiesta en las agresiones de

las que suelen ser víctimas, lo que hace parte de un fenómeno de violencia estructural, que debe ser erradicado.

La Corte también se ha referido a las **múltiples formas de violencia a que son sometidas las mujeres**. A la par de las agresiones físicas, naturalmente reprochables, coexisten la violencia psicológica y económica, que suelen generar un daño tan grave como silencioso y que, por tanto, deben ser enfrentadas con determinación por el Estado [...].

[...] En el ámbito penal, el **abordaje de los casos con un enfoque de género implica**, entre otras cosas, **la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular**, toda vez que: **(i)** es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; **(ii)** permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; **(iii)** facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; **(iv)** brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y **(v)** fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

Sumado a lo anterior, **la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para:** **(i)** establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; **(ii)** determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y **(iii)** finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular.

**En los casos de agresiones mutuas** (que es la hipótesis aceptada por el Tribunal en el presente caso), **la determinación del contexto resulta fundamental** para establecer si la acción violenta de la mujer constituyó una reacción o

mecanismo de defensa frente a las agresiones sistemáticas a que había sido sometida, o si, por el contrario, constituye un comportamiento injustificado, que incluso puede ser relevante desde la perspectiva penal, sin que pueda descartarse la coexistencia de conductas violentas atribuibles a los integrantes de la pareja, que eventualmente puedan conducir a la penalización de cada uno de ellos. Lo anterior a título simplemente enunciativo, porque es claro que, en la práctica, pueden presentarse situaciones diferentes, lo que implica que cada caso deba ser abordado según sus particularidades».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, constituye una herramienta idónea para proteger el derecho a la igualdad y hacer efectiva la prohibición expresa de discriminarla || **FEMINICIDIO - Elementos:** ingrediente subjetivo (dolo específico) consistente en que la vida se suprima por la condición de ser mujer o por motivo de su identidad de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, para establecer si se trata de violencia de género || **FEMINICIDIO - Configuración:** la mayor sanción prevista no opera automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer || **FEMINICIDIO - Bien jurídico tutelado:** adicional a la vida, lo constituye la igualdad y prohibición de discriminación por razón del sexo o identidad de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** adicional, lo constituye la igualdad y prohibición de discriminación por razón del sexo o identidad de género

**«La igualdad y la consecuente prohibición de discriminación por razón del sexo o por la identidad de género, como un bien jurídico adicional en los delitos de feminicidio y de violencia intrafamiliar**

Según se acaba de indicar, **la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, en lo que concierne a la mujer** como sujeto pasivo de la violencia doméstica, **está orientada a garantizar la igualdad, a combatir la discriminación en razón del sexo y a erradicar la violencia** ejercida contra este sector de la población.

En la misma línea, en la Ley 1761 de 2015 se creó el delito de **feminicidio** (Art. 104 A del Código Penal). En la sentencia C-297 de 2016 la Corte Constitucional analizó los elementos estructurales de este delito, al conocer la demanda presentada en contra del literal e del artículo 2° de la ley en mención. En esa oportunidad, el alto tribunal estableció parámetros importantes para comprender el sentido y alcance de esta disposición, que pueden resultar útiles para dilucidar los presupuestos de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 ídem. Por su importancia para el asunto que ocupa la atención de la Sala, cabe resaltar los siguientes: **(i) además de la protección de la vida, con la consagración de este delito se pretende salvaguardar la igualdad y hacer efectiva la prohibición de discriminación; (ii) no todo acto de agresión en contra de una mujer puede catalogarse como violencia de género; y (iii) en estos casos, la investigación del contexto** en el que ocurre la conducta resulta determinante para establecer si el sujeto atacó a su víctima por el hecho de ser mujer.

[...] Para los fines de esta decisión, debe resaltarse el énfasis que hace la Corte Constitucional en la importancia de la determinación del contexto en el que ocurre la conducta, como presupuesto ineludible para precisar si se trata o no de violencia de género. De hecho, se hace hincapié en que el contenido del literal e del artículo 2° de la Ley 1761 de 2015 apunta a ese propósito, en cuanto consagra aspectos contextuales que pueden resultar útiles para inferir el **dolo específico** consagrado en esta norma y que, precisamente, permite diferenciar el feminicidio del homicidio previsto en los artículos 103 y siguientes del Código Penal.

El hecho de que **la mayor sanción prevista para el feminicidio** -si se le compara con la reglamentación del homicidio- **no opere automáticamente por la simple constatación de que la víctima sea una mujer**, es relevante desde diferentes puntos de vista. Desde la perspectiva del sujeto activo, implica que **la mayor penalización se justifica por la necesidad de proteger, además de la vida, la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación**, lo que, en buena medida, explica la **proporcionalidad** de la respuesta **punitiva**. A la luz de los derechos de la víctima, cabe destacar el esclarecimiento de la verdad, la

justa retribución, la reparación de los perjuicios y la garantía de no repetición, para lo que resulta determinante establecer los motivos de la agresión, puntualmente, si la misma es expresión de la violencia estructural que históricamente ha sido ejercida sobre las mujeres. Y, finalmente, el interés de la sociedad en que el flagelo de la violencia de género -en este caso la ejercida sobre las mujeres- se visibilice, pues ello constituye el punto de partida para las transformaciones orientadas a la igualdad material. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, estas conclusiones le son aplicables a la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, presupuestos para su aplicación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, su aplicación está supeditada a la demostración de que la conducta es producto de la discriminación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, no incluye un elemento subjetivo especial como el del feminicidio || **PENA - Principio de proporcionalidad** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años, requiere constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae respecto de quien se encuentre en estado de indefensión || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** puede darse entre parejas del mismo sexo || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** puede darse entre mujeres, cuando conforman una familia || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Elementos:** sujeto pasivo, puede recaer sobre un hombre, cuando se encuentra en estado de indefensión || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** constituye una obligación de la Fiscalía, para establecer la viabilidad de una sanción mayor y verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género

**«Los presupuestos para que opere la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal**

Se trata de un tema controversial, que debe analizarse con cuidado, en orden a mantener un punto de equilibrio entre los intereses en juego.

[...] esta Sala considera que en el ordenamiento jurídico colombiano **la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal está supeditada a la demostración de que la conducta constituye violencia de género, en la medida en que sea producto de la discriminación de las mujeres**, del hecho de considerarlas inferiores, de su cosificación y, en general, cuando la conducta reproduce la referida pauta cultural que, con razón, pretende ser erradicada.

En primer término, debe aclararse que **el legislador no incluyó un elemento subjetivo específico para la concurrencia de esta circunstancia de agravación punitiva, como sí lo hizo al regular el delito de feminicidio**. Sin embargo, no debe perderse de vista que **el incremento punitivo** allí dispuesto, considerable por demás, **se justifica como mecanismo de protección de la igualdad**, lo que, en este contexto, se traduce en hacer efectiva la prohibición de discriminación por la condición de mujer.

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas en virtud de la aplicación de circunstancias de agravación. Por ejemplo, ha resaltado que para aplicar el agravante consagrado en el artículo 365 del Código Penal (numeral 1º), debe demostrarse, en cada caso, que la utilización del medio motorizado implicó un mayor riesgo para la seguridad pública (CSJSP, 12 mayo 2012, Rad. 32173, entre muchas otras). Ello se ajusta al amplio desarrollo realizado por la Corte Constitucional acerca del **principio de proporcionalidad** y de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal (C-297 de 2016, entre muchas otras). Lo anterior, sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, entre las que sobresale la carga para el Estado de demostrar los presupuestos de la sanción penal.

En armonía con lo anterior, debe tenerse en cuenta que la agresión entre parientes, cuando no incluye expresiones de discriminación como los analizados en precedencia, tiene una respuesta punitiva ejemplarizante, representada en la pena de prisión de 4 a 8 años, sin perjuicio de las restricciones en materia de subrogados. Tampoco puede pasar desapercibido que el inciso segundo del artículo 229 dispone el incremento de la mitad a las tres cuartas partes de la pena, lo que, a simple vista, pone de presente la gravedad de la sanción.

Asimismo, debe considerarse que en el inciso segundo del artículo 229 se incluyeron diversos presupuestos que justifican el incremento punitivo objeto de análisis. La Sala advierte que la aplicación razonable de esa circunstancia de mayor punibilidad le impone al Estado múltiples obligaciones, según la distribución constitucional y legal de funciones. Así, por ejemplo, **cuando el sujeto pasivo sea mayor de 65 años**, la Fiscalía, al estructurar su teoría del caso, y el juez, al dictar la sentencia, **deben constatar la existencia de una relación de desigualdad que justifique el incremento punitivo**, ya que es posible que la misma realmente no exista, por las características físicas, la edad, el estado de salud o cualquier otro aspecto relevante de los integrantes del núcleo familiar. Lo anterior se acentúa cuando los hechos deban subsumirse en la fórmula más amplia que utilizó el legislador en la última parte de la norma (*“o quien se encuentre en estado de indefensión”*), lo que, en su conjunto, permite entender por qué en los debates al interior del Congreso se hizo énfasis en que *“se entrega a manos del intérprete y del juzgador las notas concretas que indiquen el grado de indefensión o las condiciones de indefensión del caso concreto”*.

En el mismo sentido, no puede pasar inadvertido que **la violencia intrafamiliar puede operar entre parejas del mismo sexo** (C-029 de 2009), o **entre mujeres que**, por otras razones, **conformen una familia** (hermanas, madre e hija, etcétera), razón de más para concluir que, en cada caso, debe establecerse si existen relaciones de desigualdad, sometimiento o discriminación, que justifiquen la imposición de una pena mayor, lo que, por expresa disposición legislativa, **también puede tener lugar cuando la conducta recae sobre un hombre, siempre**

**y cuando se demuestre que este se encontraba en “estado de indefensión”.**

Igualmente, debe considerarse que la aplicación automática de la circunstancia de mayor punibilidad también conspira contra la idea de erradicar la discriminación de que suelen ser víctimas las mujeres, pues liberaría al Estado de investigar los contextos de violencia, lo que, finalmente, impediría que el fenómeno se visibilice y, por tanto, sea erradicado.

Por estas razones, **la Sala concluye lo siguiente:** **(i)** el legislador no consagró un elemento subjetivo especial para la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, como sí lo hizo para el delito de feminicidio; **(ii)** tal y como sucede con la consagración de este delito -104 A del Código Penal-, dicha causal de agravación constituye otra de las medidas orientadas a erradicar la discriminación y la violencia estructural ejercida sobre las mujeres; **(iii)** este incremento punitivo se justifica en la medida en que se verifique que el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación de la mujer, independientemente de la finalidad con la que haya actuado; **(iv)** de esta forma, se garantiza que el daño inherente a una pena mayor esté justificado por la protección de un determinado bien jurídico; y **(v)** ello se traduce en la obligación que tiene la Fiscalía de indagar por dicho contexto, no solo para establecer la viabilidad de una sanción mayor, sino, además, para verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género, que debe ser visibilizado en orden a generar las transformaciones sociales que permitan erradicar este flagelo».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** constituye una obligación de la Fiscalía, para establecer la viabilidad de una sanción mayor y verificar si se está en presencia de un caso de violencia de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** incumplimiento de este deber, no se traduce automáticamente en la imposibilidad de emitir una condena || **IN DUBIO PRO REO - No se vulnera** || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Se configura**

«**La Fiscalía no abordó este caso con enfoque de género**, lo que se tradujo en la imposibilidad de establecer si FCBM efectivamente fue

sometida a violencia física, psicológica y sexual durante varios años, y si sus dos hijas resultaron afectadas con esos hechos. Por la forma como el ente acusador estructuró su teoría del caso, el debate se redujo a los hechos ocurridos el 9 de julio de 2009.

A pesar de esta omisión, pudo acreditarse que en esa fecha el procesado agredió a su esposa y le causó las lesiones ya conocidas, lo que constituye el delito de **violencia intrafamiliar**, previsto en el artículo 229 del Código Penal.

Está igualmente claro que la sentencia condenatoria no se fundamenta en la mayor credibilidad que, a priori, deba otorgársele a la versión de la víctima por su género o por la calidad en la que comparece al proceso. En este caso se privilegió su relato sobre el del procesado, por los factores internos de credibilidad y por el respaldo que encuentra en las otras pruebas practicadas durante el juicio oral.

[...] existiendo elementos de juicio suficientes para concluir que la denunciante efectivamente fue maltratada por su esposo en esa oportunidad, encuentra la Sala que la duda razonable que invoca el censor no fue debidamente sustentada (CSJSP, 12 oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

[...] Por tanto, no se casará el fallo impugnado por las razones expuestas por el demandante».

**VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** Variación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, el incremento punitivo se justifica si el sujeto activo realizó la conducta en un contexto de discriminación, dominación o subyugación || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado:** adicional, lo constituye la igualdad y prohibición de discriminación por razón del sexo o identidad de género || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Agravada:** cuando recae sobre mujer por razón del género, evento en que no se configura la circunstancia de mayor punibilidad || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura** || **CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad** || **CASACIÓN OFICIOSA - Redosificación punitiva** || **DOBLE CONFORMIDAD - Eventos** en que el principio se entiende garantizado

«Al establecer la premisa fáctica de la condena el Tribunal se limitó a relacionar los hechos ocurridos la noche del 9 de julio de 2009. En la misma lógica, al analizar las pruebas dijo expresamente que no se ocuparía de otros episodios de violencia relacionados por la víctima, el procesado y los testigos, porque los mismos no fueron objeto de acusación.

Bajo esa lógica, al estudiar la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal, hizo hincapié en que para ello resulta suficiente con demostrar la calidad del sujeto pasivo (niño, mujer, persona mayor de 65 años, etcétera). Para tales efectos, trajo a colación lo expuesto por esta Corporación en la decisión CSJSP, 7 jun. 2017, Rad. 48047, analizada en precedencia.

**A la luz de ese precedente, para ese momento era razonable concluir que había lugar a la mayor penalización, por el simple hecho de haberse demostrado que la conducta recayó sobre una mujer,** a pesar de que la precaria actividad investigativa de la Fiscalía y la forma como estructuró su teoría del caso impidieron establecer si [...] existía una relación de subyugación, si ese comportamiento se ajusta a la pauta cultural que gira en torno a la idea de la inferioridad o sumisión de la mujer respecto del hombre, o si, en términos generales, constituyó un acto de discriminación en razón del sexo de la víctima, pues solo se acreditó que la relación estaba deteriorada, al punto que la sociedad conyugal estaba disuelta y el trámite de divorcio era inminente, sin que haya sido posible establecer las causas de dicha situación, pues ambos se atribuyeron la responsabilidad al endilgarse mutuamente conductas anteriores que no fueron demostradas durante el juicio. Incluso, ni siquiera se demostró suficientemente el contenido del ya referido poder, que se ventiló como posible detonante de la conducta agresiva por la que el procesado es llamado a responder penalmente.

**Ante las aclaraciones hechas en el numeral 6.2.3 acerca de la interpretación de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal,** es claro que la misma **fue indebidamente aplicada** en este caso, **porque para ello no basta con demostrar que la conducta recayó sobre una mujer, sino que, además, resulta imperioso constatar la necesidad de proteger un bien jurídico adicional -a la familia-, en este caso consistente en la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación.**

En consecuencia, **como está demostrada la violación directa de la ley sustancial, la Sala casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado,** en orden a declarar que la condena procede por el delito de violencia intrafamiliar, sin la referida circunstancia de agravación.

Sobre la tasación de la pena, la misma será reducida a cuatro años de prisión, habida cuenta de que el Tribunal consideró procedente la aplicación del mínimo previsto por el legislador, por razones que no admiten discusión. En la misma proporción se disminuirá la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Se mantendrá incólume lo resuelto sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por las mismas razones expuestas por el fallador de segunda instancia, toda vez que, en efecto, el artículo 68 A del Código Penal prohíbe expresamente estos beneficios frente al delito de violencia intrafamiliar.

Finalmente, la Sala considera que el estudio de los fundamentos fácticos y jurídicos de la condena es suficiente para garantizar el derecho a la **dobles conformidad**».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

### **DOBLE CONFORMIDAD - IMPUGNACIÓN ESPECIAL**

***La Sala dispone oficiosamente el desarchivo del expediente y la habilitación de términos, para permitir al procesado ejercer el derecho a impugnar la primera condena***

La Sala encontró necesario -en un caso referido a la imposición de sentencia condenatoria de única instancia respecto de aforados constitucionales- disponer de manera *oficiosa* el desarchivo del expediente y la habilitación de términos, en orden a permitir a los procesados

ejercer el derecho al mecanismo de *impugnación especial*, para garantizar el principio de *doble conformidad*. En tal sentido, advirtió que esta actuación procesal resultaba viable en aplicación, por similitud sustancial, de la sentencia SU-373 de 2019, emitida por la Corte Constitucional.

### **AP3982-2019 (51142) del 17/09/19**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

---

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** la Sala dispone oficiosamente el desarchivo del expediente y la habilitación de términos, para permitir al procesado ejercer el derecho a impugnar la primera condena || **FUERO - Magistrado de Tribunal Superior de Distrito:** competencia de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento || **FUERO - Aforados constitucionales:** competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** actuación oficiosa para aplicar, por similitud sustancial, la providencia SU- 373 de 2019 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** evento en que la notificación se efectúa bajo los parámetros de ley 600 de 2000 y los términos para la interposición y sustentación del mecanismo se regulan por la ley 906 de 2004 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** respecto de la primera condena emitida contra un aforado constitucional por la Sala de Casación Penal, no se aplican las reglas provisionales establecidas en la providencia AP1263-2019 || **DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial:** En caso de sustentarse oportunamente, la actuación se remitirá al despacho de un magistrado que no haya integrado la Sala que suscribió el fallo, quien, conformará con conjueces una Sala para conocer el asunto

«Este asunto cursó por conductas punibles cometidas entre el 25 de febrero de 2010 y el 24 de junio de 2011, por los magistrados de la Sala

Laboral del Tribunal Superior [...], aforados constitucionales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 235, num. 4° de la Constitución Política.

La sentencia fue proferida el 21 de febrero de 2018 por la Sala de Casación Penal (en la actuación que inició bajo el esquema procesal de única instancia), es decir, días después de haberse promulgado el Acto Legislativo 01/2018 mediante el cual se modificaron los artículos 234 y 235 de la Constitución Política.

Si bien el 18 de enero de 2018 se promulgó el Acto Legislativo 01 del mismo año, por medio del cual se crearon nuevas reglas de competencia al interior de la Corte Suprema de Justicia para garantizar a los aforados el derecho a la doble instancia, fue solo hasta el 18 de julio siguiente, cuando tomaron posesión los magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento, que se viabilizó el envío de los expedientes, materializándose el traslado competencial.

Ante esa realidad y la imposibilidad de interrumpir los términos procesales o cesar el cumplimiento de sus funciones, por cuanto no había mandato legal que sustentara determinaciones de tal naturaleza, la Sala mayoritaria optó por continuar el trámite y proferir la sentencia, considerando que era la forma más ecuánime y proporcionada de resolver el limbo temporal producido por la ausencia de régimen de transición que previera estas situaciones.

Bajo esa lógica y en consideración a que se trató de un fallo de única instancia, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en las facultades de los referidos artículos de la Constitución Política, se consideró que contra esa decisión no procedía recurso alguno [...].

[...] No obstante, **la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 373 del 15 de agosto de 2019**, dictada en el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación, que resolvieron la acción de tutela interpuesta por el señor MEMD contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, «con ocasión de la sentencia condenatoria emitida en su contra en única instancia el 31 de mayo de 2018 y el

*auto que rechazó el recurso de apelación formulado contra esa sentencia, adoptado el 6 de julio siguiente», declaró que al aforado constitucional se le debe garantizar el derecho a impugnar la sentencia.*

Si bien el tribunal constitucional le dio razón a la Sala mayoritaria de esta Corporación [...].

[...]precisó la Corte Constitucional que tratándose de sentencias proferidas en contra de aforados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01/2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria se protegía habilitando el espacio para que el procesado cuestione todos los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos, *«ante un juez diferente - no necesariamente de mayor jerarquía- del que impuso la condena.»*

En consecuencia, dejó sin efectos el numeral noveno de la parte resolutive de la sentencia condenatoria adoptada el 31 de mayo de 2018 por la Sala de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente radicado con el número 49.315 y ordenó dar aplicación a lo preceptuado en el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución, para lo cual dispuso que la solicitud de **dobles conformidad judicial** de la primera condena, se resuelva por magistrados que no suscribieron la decisión, o, de ser necesario, se designarán conjueces.

De acuerdo con lo anterior, y **ante la similitud sustancial que tiene este caso con el resuelto por la Corte Constitucional, la Sala encuentra necesario actuar oficiosamente con miras a garantizar el derecho** que tienen FMGR y FCC, juzgados bajo el trámite de aforados constitucionales en razón del cargo de magistrados de tribunal de distrito judicial, **a que la primera condena sea revisada por jueces diferentes a los que la profirieron.**

Lo anterior, por cuanto la sentencia en contra de los mencionados fue dictada por esta Sala con posterioridad al 18 de enero de 2018 y en ella se declaró la improcedencia de recurso alguno, realidad procesal que impidió el ejercicio del derecho a controvertir el fallo condenatorio, en los términos señalados por la Corte Constitucional en la SU-373/2019.

En consecuencia, se dispondrá solicitar al Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de

Seguridad [...], encargado de ejecutar la sentencia proferida por esta Sala el 21 de febrero de 2018, la devolución de la carpeta que contiene la actuación que cursa contra FMGR y FCC, por los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros - agravado- y prevaricatos por acción.

Por la secretaría de la Sala, **se procederá al desarchivo de la actuación** que reposa en esta corporación.

Una vez recibida y unificada, la secretaría notificará la sentencia SP364-2018, 21 feb. Radicado 51142, informándole a los procesados y su defensa técnica, que contra la misma procede el mecanismo de impugnación especial, que deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la última notificación (art. 186 de la Ley 600 de 2000) y sustentarse dentro de los cinco días siguientes, luego de lo cual, correrán cinco días más para los no recurrentes (art. 179 Ley 906 de 2004).

Vale la pena precisar que bajo las reglas procesales de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite rige esta actuación, la sentencia se recurre dentro de la audiencia de lectura de la misma y la consecuente sustentación se presenta en ese acto procesal, cuando el impugnante así lo decide, o dentro de los cinco días siguientes, si opta por la sustentación escrita (art. 179 ib.).

Sin embargo, como en este evento la audiencia de lectura de fallo se surtió el 27 de febrero de 2018 y su validez no se cuestiona, **la Sala se remitirá a los términos previstos en la Ley 600 de 2000 para la notificación de la sentencia**, con el fin de habilitar el espacio procesal para que los acusados y la defensa la impugnen, remisión que cobija exclusivamente el trámite de notificación, **puesto que el plazo para la sustentación se encuentra contenido en el citado artículo 179 de la Ley 906 de 2004.**

**No aplica en esta oportunidad la Corte el procedimiento y términos provisionales fijados en el auto del 3 de abril de 2019 (CSJ AP1263-2019. Radicado 54215)**, por cuanto dichas reglas operan *«para la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores».*

En caso de sustentarse oportunamente la impugnación especial, **la actuación se remitirá al despacho de un magistrado que no haya integrado la Sala que suscribió el fallo, quien,**

**conformará con conjuces una Sala para conocer el asunto.**

Además de la comunicación a las partes e intervinientes en este proceso, se informará lo aquí decidido a la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, teniendo en cuenta que a ella correspondió el trámite propio de la reparación integral; a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, oficina de Cobro Coactivo, y a las autoridades

mencionadas en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004, precisándoles que la Sala de Casación Penal habilitará los términos de notificación de la sentencia del 21 de febrero de 2018, con el fin de seguir los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la SU-373/2019».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

***Es competente en primera instancia, para conocer de las actuaciones respecto de Fiscal de Apoyo II de la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz***

Al definir la competencia para conocer de la actuación penal seguida respecto de un Fiscal de Apoyo II de la *Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz*, la Corporación precisó que dicho cargo ostenta la misma categoría que el de *Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito*, por manera que el conocimiento en primera instancia de las actuaciones que se siguen contra tales servidores, por conductas que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal.

**AP4072-2019 (55879) del 17/09/19**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - Competencia:** en primera instancia, para conocer de las actuaciones respecto de fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** Unidad de Investigación y Acusación, los cargos se rigen por la nomenclatura, clasificación y requisitos

de la Fiscalía General de la Nación || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** Unidad de Investigación y Acusación, Fiscal de Apoyo II, ostenta la misma categoría que el Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito || **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL - Competencia:** en primera instancia, para conocer de las actuaciones respecto de Fiscal de Apoyo II de la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz

«El artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 2, establece que es **competencia de las Salas Penales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial** conocer «*en primera instancia, de las actuaciones que se sigan a [...] los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas*».

En torno al debate propuesto resulta necesario destacar que según lo indicado en el escrito de acusación, **el hoy procesado, para la fecha de los hechos, laboraba como Fiscal de Apoyo II Adscrito a la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz**, calidad que precisamente originó la controversia en cuanto a su juez natural, razón por la cual resulta imperioso efectuar algunas precisiones relacionadas con la naturaleza de dicho empleo.

Con ese propósito debe indicarse que con sujeción al Parágrafo 2 del artículo 5° transitorio del Acto legislativo 01 de 2017, la Presidenta y el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz dictaron el Acuerdo 003 del 26 de enero de 2018.

El artículo 2° de la citada norma establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de dicha jurisdicción y, concretamente, en lo relacionado con la Unidad de Investigación y Acusación, dispone:

*“Los funcionarios y empleados de la Unidad de Investigación y Acusación y de la Secretaría Ejecutiva se registrarán en materia de nomenclatura, clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción y requisitos por lo establecido para los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación, precisando que la clasificación se hace frente a los empleos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 017 de 2014, modificado por el Decreto Ley 898 de 2017, y en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.*

Y a través del Acuerdo 003 de 2018 se crea el cargo de Fiscal de Apoyo II, entre otros, el cual de conformidad con lo establecido en el Decreto 266 del 6 de febrero de 2018 -por el cual se fija el régimen salarial y prestacional para los funcionarios y empleados de la Jurisdicción Especial para la Paz-, percibirá la misma remuneración que el Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

[...] se concluye que **el cargo de Fiscal de Apoyo II Adscrito a la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para La Paz, ostenta la misma categoría de Seccional que el Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito;** por consiguiente, **el conocimiento de las actuaciones que se sigan contra tales funcionarios,** por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, **corresponde en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial,**

conforme el artículo 34, numeral 2, del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, preciso es recordar que tanto en la formulación de imputación, como en el escrito de acusación, se afirmó, por parte del ente acusador, que C.J.B.C. se concertó con otras personas para la comisión de delitos indeterminados contra la administración pública, en cuyo marco exigió la entrega de dinero a cambio de retardar varias órdenes a policía judicial y regresar documentación enviada por una agencia de investigación extranjera, con el propósito de torpedear el trámite de reconocimiento de la garantía de no extradición adelantado ante la Sección de Revisión del Tribunal para La Paz, respecto de S.P.H.S., **actividades relacionadas con sus funciones como Fiscal de Apoyo II,** consignadas en el manual establecido para dicho cargo mediante el Acuerdo 006 de 2018, como se explicó en precedencia.

Bajo esa perspectiva, **la competente para conocer de la actuación, es la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pues, se insiste, las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, cohecho propio y tráfico de influencias de servidor público atribuidas a C.J.B.C. las habría realizado en razón de sus funciones como Fiscal de Apoyo II de la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para La Paz,** dentro de las que correspondía *«verificar la aplicación de los procedimientos de cadena de custodia respecto de la policía judicial asignada a los despachos fiscales y realizar seguimiento al cumplimiento de las funciones de policía judicial en desarrollo del programa metodológico», entre otras».*

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

#### **LIBERTAD CONDICIONAL**

***Para estudiar su procedencia, el Juez de Ejecución de Penas debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria***

En la decisión mediante la cual se confirmó la negación de la solicitud de *habeas corpus*, se encontró necesario recordar que, en materia de *libertad condicional*, el juez ejecutor de la pena debe tener en cuenta todas las circunstancias,

elementos y considerandos que hacen parte de la sentencia de condena, así sean favorables o desfavorables al condenado, de manera que la determinación que se emita, producto de un proceso valorativo de tal naturaleza, no es constitutiva de vía de hecho.

**AHP3201-2019 (55916) del 08/08/19**

**Magistrado Ponente:**

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**HABEAS CORPUS - Prolongación ilícita de la privación de libertad:** no se configura || **HABEAS CORPUS - Finalidad** || **HABEAS CORPUS - Libertad condicional** se discute en el respectivo proceso, salvo vía de hecho || **HABEAS CORPUS - No sustituye el trámite del proceso ordinario** || **HABEAS CORPUS - Improcedencia:** cuando se cumple los requisitos legales de privación de la libertad || **HABEAS CORPUS - Libertad condicional:** su negativa debidamente fundamentada no es una vía de hecho || **LIBERTAD CONDICIONAL - Ley 1709:** valoración de la conducta punible || **LIBERTAD CONDICIONAL - Requisitos:** factor subjetivo || **NON BIS IN IDEM - No se vulnera** || **LIBERTAD CONDICIONAL - Procedencia:** el Juez de Ejecución de Penas debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones efectuados en la sentencia condenatoria

«ECS, a través de apoderado, pretende que el juez constitucional decreta su libertad inmediata porque los Juzgados [...] de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad [...] y [...] Penal del Circuito de Conocimiento [...], en primera y segunda instancia, respectivamente, **han negado la solicitud de libertad condicional que ha formulado, ante el incumplimiento del factor subjetivo** del artículo 64 del Código Penal, esto es, la gravedad de las conductas punibles por las que fue sancionado, fundamento que, según su opinión, no puede ser aplicado, pues para la concesión de dicho beneficio basta que se acredite que ha cumplido con las 2/3 partes de la pena y ha tenido un buen comportamiento dentro del penal, pues de lo contrario se le estaría juzgando doble vez por los mismos hechos.

En ese contexto, el punto en cuestión, eso es claro, no es la privación de la libertad del accionante, con violación de las garantías constitucionales o legales, sino su **prolongación ilegal**, a causa de la supuesta existencia de una vía de hecho en la decisión que le negó la libertad condicional.

Se observa que, prima facie, **la acción es improcedente porque el mecanismo constitucional invocado no está instituido**

**para que el condenado**, y su apoderado judicial, **continúen el debate sobre la procedencia de la libertad condicional**, a manera de tercera instancia, a fin de obtener una resolución diferente a la adoptada por los jueces competentes.

Al respecto, esta Corporación ha aclarado que la acción de **hábeas corpus no puede utilizarse para las siguientes finalidades:** (i) **sustituir** los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse las peticiones de libertad; (ii) **reemplazar** los recursos ordinarios de reposición y apelación establecidos como mecanismos legales idóneos para impugnar las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal; (iii) **desplazar** al funcionario judicial competente; y (iv) **obtener** una opinión diversa —a manera de instancia adicional— de la autoridad llamada a resolver lo atinente a la libertad de las personas.

Lo expuesto no significa que, **excepcionalísimamente, frente a la existencia de verdaderas vías de hecho** —es decir, errores objetivos y evidentes de las providencias denegatorias de la libertad—, el juez constitucional no pueda conceder el hábeas corpus deprecado; sin embargo, para ello la carga argumentativa que se exige del accionante es superior, pues para entrar a examinar las decisiones ordinarias cuestionadas, se debe desvirtuar la presunción de legalidad que las reviste.

Esa última hipótesis no se evidencia en el presente caso porque el apoderado de CS y éste se limitaron a exponer las razones de su divergencia con el criterio adoptado por los funcionarios judiciales, situación que **en manera alguna constituye una vía de hecho** que justifique la intervención del juez constitucional.

Destáquese además que a diferencia de lo considerado por los demandantes e impugnantes, no existe duda alguna que los despachos judiciales accionados observaron la normatividad relativa a la concesión del beneficio solicitado, **siendo labor del juez que vigila la pena entrar a analizar si el condenado cumple con el requisito subjetivo para la concesión de la libertad condicional**, por lo cual **la decisión de negarla por ausencia de dicho factor, no estructura vía de hecho** que amerite el amparo constitucional, por cuanto no irrumpen como vulneradoras de los

derechos del accionante, máxime cuando de ninguna manera se apartaron del contenido de la sentencia por la que fue condenado, ni de la norma más favorable que regía el asunto, artículo 30 de la Ley 1709 de 2014.

En efecto, las providencias objeto de cuestionamiento no merecen reproche alguno, por cuanto están debidamente sustentadas en el ordenamiento jurídico vigente, en tanto que, los funcionarios accionados, advirtieron que, en este caso, CS no cumplía con el requisito subjetivo para la procedencia de la libertad condicional en los términos que legal y jurisprudencialmente se ha determinado, lo que permitía optar por la negativa del beneficio reclamado.

Es que contrario a lo manifestado por los impugnantes, ha sido la misma Corte Constitucional la que ha precisado que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para la concesión del ya citado beneficio debe previamente valorar las acciones u omisiones materializadas por el condenado, sin que ello conlleve la transgresión al principio del non bis in idem.

Sobre ese punto, en la sentencia C-757 de 15 de octubre de 2014, señaló que el primer inciso del artículo 64 de la Ley 599 de 2000, luego de la modificación introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, es exequible a la luz de los principios de non bis in idem, del juez natural (C.P. art. 29), de la separación de poderes (C.P. art. 113) y, precisó, que tampoco vulnera la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno.

Sin embargo, dado que el texto resultante podría implicar la vulneración del principio de legalidad, debido a que el legislador asignó a los jueces de ejecución de penas el deber de decidir sobre la libertad condicional con base en la conducta punible pero sin dar «*los parámetros para ello*», la Corte Constitucional condicionó la interpretación de dicha disposición en concordancia con lo ordenado en la sentencia C-194 de 2005. Con ese fin, adujo que, **para conceder o negar el subrogado referido se debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al condenado.**

[...] Bajo este entendido, no se advierte incorrección alguna en los autos censurados, pues **tales determinaciones**, contrario a lo señalado por los impugnantes, **debían fundamentarse**, como en efecto ocurrió, **en los elementos objetivos concretados en la sentencia condenatoria a efectos de valorar la conducta en fase de ejecución de penas**, respetando el marco normativo y jurisprudencial para denegar la solicitud liberatoria, **pues, reexaminaron el análisis efectuado en las sentencias de instancia y concluyeron en la necesidad que ECS continúe con el tratamiento carcelario**, con el objeto de que enmiende su mal proceder y se someta a las reglas de convivencia en sociedad, es más, se insiste, hasta consideraron cual era la normatividad que le resultaba más favorable al actor.

En tales condiciones, se constata que la negación de la libertad condicional tuvo fundamento en la valoración de la conducta punible en que incurrió el demandante, sin que realizaran los jueces ejecutores nuevamente un juicio de responsabilidad y concluyeron en la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Argumentación que, se insiste, **lejos de resultar arbitraria, caprichosa o constitutiva de algún hecho vulnerador de las garantías** que reclaman los impugnantes, **obedece a los presupuestos normativos y jurisprudenciales que previamente debe examinar la autoridad competente para acceder o negar el mecanismo sustitutivo de la libertad condicional.**

Lo dicho en precedencia, entonces, constituye razón suficiente para concluir que, con el actuar reseñado no hubo afectación para los derechos fundamentales del sentenciado, por cuanto la decisión desfavorable frente a la pretensión liberatoria está debidamente sustentada en el ordenamiento jurídico y razonada en hechos que permitieron al funcionario optar por negar el beneficio reclamado, ya que **la misma no constituye una determinación contraria a derecho, sino por el contrario, con sustento en la normatividad y jurisprudencia que rige la materia** y los supuestos fácticos de la causa, lo que imposibilita la intromisión del juez constitucional.

En consecuencia, como la restricción de la libertad de ECS no se colige ilegal por ser producto de unas sentencias condenatorias

legalmente impuestas en el curso de unos procesos penales que se adelantaron en su contra, y tampoco se observa una vía de hecho en la negación de la libertad, **se confirmará la decisión impugnada**».

---

**(Texto resaltado 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

