



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Diciembre 13 de 2017 n.º 20

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>

SERVIDOR PÚBLICO - Responsabilidad penal: no se puede fundamentar en sus deberes generales

La Sala Penal precisa el alcance de la responsabilidad que tiene todo servidor público en la protección de los bienes del Estado, la posible violación de esta obligación y la relación con las funciones que le asignan la Constitución y la Ley.

SP19802 (46166) de 23/11/17

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

ANTECEDENTES

“Ante la Inspección Quinta Regional de Trabajo y Seguridad Social de Bogotá, se suscribió el Acta de Conciliación 007, entre el abogado JFRM, como apoderado de 60 extrabajadores de la Empresa Puertos de Colombia, y LPN, en representación del Fondo de Pasivo Social de dicha compañía, reconociéndose en favor de aquellos, de manera indebida, una prima proporcional de servicios, lo que generó la reliquidación de sus prestaciones sociales, reconocimiento de diferencias de mesadas y salarios moratorios.

Con fundamento en ese acuerdo, Foncolpuertos emitió la Resolución 346 del 20 de febrero de 1996, mediante la cual dispuso ordenar el pago de la suma de \$1.139.660.648,95 a órdenes del abogado RM, pago que se hizo efectivo mediante nota débito No. 01652 del 22 de febrero de 1996.

Dicha resolución fue firmada por HRR, en su condición de Director General Foncolpuertos, FGF, Coordinador de la Oficina Jurídica, y **MHZR**, como Secretario General de dicha entidad.”

MHZR fue acusado y condenado por el delito de peculado por apropiación.

La defensa de **MHZR** “Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley, proveniente de un error de hecho por falso raciocinio.

Fundamenta su reparo en la consideración de que el procesado, en su calidad de Secretario General de Foncolpuertos, no tenía la administración de los recursos estatales y, por lo tanto, no ejercía sobre ellos funciones de custodia, vigilancia y protección.”

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FUNCIÓN PÚBLICA - Principio de coordinación administrativa || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Alcance del requisito relación funcional: disponibilidad jurídica y material || **RESPONSABILIDAD PENAL** - Es personal e intransferible || **RESPONSABILIDAD OBJETIVA** - Prohibida en la legislación nacional

“En el sector público, el cumplimiento de las funciones relacionadas con la administración de los recursos, es una actividad compleja y acumulativa que requiere la intervención de varios funcionarios, encontrándose regida por el principio de coordinación administrativa, según el cual, la función pública se organiza en un sistema de jerarquía funcional en el que bajo una autoridad jerárquicamente superior, responsable de la orientación, vigilancia y control de las actividades, otros servidores se encargan de la ejecución de cada una de las labores planeadas.

Lo anterior responde al sentido constitucional de la función administrativa gobernada por “los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (artículo 209 de

la Constitución Política), afin a un modelo de funciones por cargo, dentro de una estructura esencialmente jerárquica, determinada por los principios de división técnica del trabajo, especialización y complementariedad.

[...]

De manera que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en la administración pública, implica que la responsabilidad penal se puede derivar no solamente para quien ostenta la disponibilidad material de los bienes oficiales, sino para todo aquel funcionario que en virtud de la asignación de competencias dentro del equipo de trabajo ostente una disponibilidad jurídica en orden de hacer posible el detrimento patrimonial del Estado, bajo el supuesto del conocimiento exigido por el dolo y del principio de esencialidad de su intervención.

Es por lo anterior que esta Sala, en materia del delito de Peculado por apropiación, tiene precisado que el ámbito funcional exigido por el tipo en materia de imputación subjetiva, no se refiere exclusivamente a una facultad estrictamente definida en la Constitución, la ley o los reglamentos, pues también tiene lugar cuando en la organización estatal se fracciona la administración de los bienes públicos, habida cuenta que no es posible exigir que la referida actividad estuviese concentrada en un solo individuo, quien sería el único que podría cometer dicha conducta punible [...].

[...]

Desde hace tiempo la Corte ha señalado en torno a la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto de la conducta de Peculado por apropiación y los bienes oficiales cuya custodia ostenta “por razón o con ocasión de sus funciones”, que la misma no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada que delimite una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone, significándose con ello que lo trascendental es la posibilidad de ejercitar un poder de disposición sobre los recursos del Estado, pudiéndose incluso tipificar el delito cuando su administración derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

[...]

Lo anterior sin perjuicio de comprender que en la configuración de la conducta punible, el principio de responsabilidad subjetiva impone que el individuo responda por sus decisiones y no por aquellas que incumben a los demás, de allí que el compromiso penal del funcionario público se deriva exclusivamente del propio ejercicio del cargo, por infringir la Constitución y la ley y cuando incurra en actos de omisión, abuso o extralimitación de sus funciones, lo que encuentra fundamento constitucional en el artículo 6° de la Carta Política.

Por ello, la culpabilidad se erige en presupuesto necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado no se puede fundar en la mera responsabilidad objetiva, proscrita por el artículo 12 del Código Penal. En un derecho penal de acto, la culpabilidad que cabe al autor es por el hecho cometido».

SERVIDOR PÚBLICO - Funciones, deberes y responsabilidades || **SERVIDOR PÚBLICO** - Posición de garante: únicamente por omisión o extralimitación de deberes establecidos en la ley || **SERVIDOR PÚBLICO** - Responsabilidad penal: no se puede fundamentar en sus deberes generales || **RESPONSABILIDAD PENAL** - Es personal e intransferible

«En el presente caso debe admitirse que en su condición de Secretario General de la entidad pública a la que se encontraba vinculado, el acusado ZR no tenía asignada la función de administrar los recursos estatales y, mucho menos, la de disponer del gasto público, pues esas facultades se encontraban asignadas al Gerente General, quien ostentaba la representación legal de la entidad, según lo previsto en el artículo 7 del Decreto 36 de 1992, por medio de la cual se creó el [...] de Colombia, en liquidación, se determinó su estructura, organización y funcionamiento.

[...]

[...] es cierto que existen unos deberes generales asentados en todo servidor público, emanados no solamente del principio consagrado en el artículo 6° de la Constitución Política, sino también de otras normas de orden superior [...].¶

[...]

Lo que no resulta acertado es deducir deberes de garante en materia penal para todo aquel que en su calidad de servidor público representa al Estado, sin reparar en el hecho de que su conducta puede dar lugar a los diferentes tipos de responsabilidad sólo en la medida en que la ley concrete las faltas, los compromisos consecuentes y la manera de su realización, como lo prevé el artículo 124 de la Constitución Política (“corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”), lo que se concreta en la regulación de las prohibiciones o mandatos consignados por el legislador en virtud del principio de tipicidad.

Es por ello que no se ofrece admisible que el juicio de responsabilidad del acusado ZR se fundamente en predicados generales relativos a los deberes de los funcionarios públicos, como aquello de que *“estaba en la obligación de custodiar, vigilar y proteger los recursos de la Nación, por cuanto esos deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades no solo como funcionario estatal sino por ser inherentes a la función pública que desempeñaba”*.

Desconoció el juez ad quem en la fundamentación del compromiso penal del procesado, que esos deberes de custodia y protección deben estar referidos al ejercicio de sus funciones, por lo que la atribución de su responsabilidad subjetiva tiene que plantearse necesariamente en el campo de las acciones realizadas u omitidas en razón de las obligaciones que le estaban encomendadas de manera constitucional, legal, reglamentaria o en virtud de los mandatos administrativos dentro del contexto jerárquico de la entidad a la que se encontraba adscrito y de acuerdo a las competencias asignadas.

[...]

La responsabilidad penal debe concretarse en hechos debidamente demostrados relacionados con los elementos que estructuran el tipo penal.

[...]

Por lo tanto, como tema obligado de prueba, aparte de la condición de servidor público del procesado, aspecto que no se remite a controversia alguna en este caso, debió el acusador ofrecer los medios de conocimiento que determinaran el abuso del cargo o de la función por la realización de la conducta de apropiarse

"de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones", en el sentido que en esta decisión se ha precisado en torno a la relación jurídica o material entre el funcionario y la conducta en el delito de Peculado por apropiación, esto es, no necesariamente determinada por una competencia legal sino por la simple disponibilidad sobre la cosa, surgida por la dependencia en el ejercicio de un deber de la función.

Sin embargo, en el presente caso ninguna información se tiene de las competencias que estaban asignadas a ZR, en su calidad de Secretario General, desconociéndose además cuáles eran en realidad las funciones que desempeñaba y que permitieran siquiera asumir que tenía algún vínculo dispositivo, material o jurídico, con los recursos adscritos a la entidad estatal de [...].

[...]

Precisamente, el desconocimiento de sus funciones es lo que en últimas arroja perplejidad sobre la actuación del acusado ZR, por lo que si no se demostró que recaía sobre él ninguna competencia material en el manejo, administración o disposición de los recursos públicos, no podría inferirse que dentro del ámbito de sus deberes específicos se hallaban los de control y vigilancia sobre los mismos.

[...]

[...] no puede fundarse la responsabilidad penal en un enunciado general de valores, relativo a la obligación de todo funcionario estatal de custodiar, vigilar y proteger los recursos de la nación, si de por medio no existe una disposición legal o administrativa que le imponga de manera directa esos deberes como consecuencias de las funciones de su cargo, bajo el entendido de que el servidor público solo puede adelantar las tareas expresamente consignadas en la ley (resaltado por la Relatoria).

[...]

En este caso, surge evidente que lo decidido por los falladores ordinarios corresponde a la atribución de una responsabilidad objetiva, derivada para el procesado de unos deberes de control y vigilancia supuestos y que no consultan

la realidad demostrada a lo largo del proceso en función de las competencias asignadas al cargo que desempeñaba en la empresa estatal.

Así las cosas, es ostensible que la responsabilidad penal del acusado MHZR se soportó en evidentes y trascendentes errores, por

lo que en relación con el cargo formulado se impone casar la sentencia a efectos de revocar la condena proferida contra él y en su lugar emitir sentencia absolutoria».

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD - Orden legítima de autoridad competente: no se configura

Los miembros de la Fuerza Pública que actúan en combate deben observar los protocolos del D.I.H. y solo pueden utilizar armas de alto poder cuando estén autorizados por la autoridad competente, siempre y cuando verifiquen que estas acciones no se constituyen en ilegítimas.

SP19623 (37638) de 23/11/17

M. P. Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES

El sábado 12 de diciembre de 1998 en el marco de las operaciones militares denominadas «Relámpago I y II» y «Pantera», con el apoyo de la Fuerza Aérea se efectuaron combates contra miembros de la guerrilla, esto en cercanías del caserío Santo Domingo -Arauca-. El día 13 de diciembre hacia las 10:02 de la mañana y ante la huida de los subversivos fue arrojada una bomba tipo clúster AN-M1A2, o mejor conocida como bomba de racimo con alto poder de destrucción, en la zona urbana del caserío, arrojando como saldo la muerte de 17 civiles y dejando heridos 21 personas más (no combatientes), entre los que se hallaban mujeres y niños.

La defensa de los procesados, reprocha la sentencia de segunda instancia por haber «...incurrido en una violación directa de la ley sustancial, como consecuencia de haberse incurrido en un error in iudicando, al dejar de aplicarse el numeral 4° del artículo 32 del C.P., que contempla la eximente de responsabilidad, cuando el sujeto activo de la conducta actúa en estricto cumplimiento de una orden legítima de

autoridad competente emitida con las formalidades legales y los delitos por los que se procede no sean de genocidio, tortura, ni desaparición forzada».

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

OPERACIONES MILITARES - Autorización para utilizar armas de alto poder: competencia || **FALSO RACIOCINIO** - Falacia argumentativa || **FUERZA PÚBLICA** - Línea de mando: demostración || **CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD** - Orden legítima de autoridad competente: no se configura

« [...] el hecho que desde un helicóptero UH-1H se puedan lanzar cohetes y bombas clúster, y así se le hubiese informado a una funcionaria judicial, no significa que esas operaciones pudieran hacerse sin permiso.

Además, a diferencia de lo que impugna el defensor, el General HFVC sí declaró que esa específica operación debía ser autorizada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, lo que en este caso -agregó- no ocurrió así, razón para que creyera el oficial que lo que se había lanzado era una granada de 40 milímetros.

[...]

En este caso es claro que el bombardeo fue autorizado por el Brigadier General LHBH, quien para ese momento era el Comandante de la Brigada XVIII con sede en Arauca.

[...]

Por ello, si el Tribunal consideró que el operativo había sido ilegal porque «...tenía que ser autorizado por el Comandante del Ejército previa supervisión del (sic) de la FAC, como lo ratifica el entonces Comandante de esta fuerza, General

HFV quien afirma no haber autorizado el lanzamiento de la que fue materia de investigación y ni siquiera fue enterado de su utilización”, en ningún error incurrió.

[...]

[...] los argumentos expuestos en la sentencia de segunda instancia, permiten señalar que los implicados incurrieron en las conductas punibles que se les endilgaron, sin que se advierta la predicada ausencia de responsabilidad que quiere deducir el impugnante.

Para demostrarlo, bastaría con señalar que no concurren en este caso los presupuestos que consagra el artículo 32-4° del Código Penal, porque la orden de bombardear fue impartida por una autoridad que carecía de competencia y, en consecuencia, no podría hablarse de obediencia debida.

Sin embargo, debe señalarse que la conducta desplegada por los procesados no consistió simplemente en acatar la decisión de un superior -como parece entenderlo el censor-, sino en que conscientemente dejaron librado al azar el resultado típico, porque conocían de antemano el poder devastador de la bomba de racimo que arrojaron sobre el caserío, sabiendo, además, que allí permanecía la población civil, misma que sufrió los nefastos rigores de la explosión, puesto que omitieron cumplir la perentoria obligación -que no prerrogativa- de cancelar la misión, tratándose de “...caseríos (...) aun cuando se consideren habitados por bandoleros...”.

[...]

Lo más significativo fue que la operación se planeó para que el dispositivo se arrojara en la mata de monte; empero, inexplicablemente los pilotos resolvieron variar el blanco y, de acuerdo con las conversaciones sostenidas entre éstos y la tripulación del Skymaster, era evidente que el punto seleccionado para arrojar la bomba ya no era esa zona boscosa, sino que lo constituía el caserío de Santo Domingo, mismo que habían divisado en repetidas ocasiones, porque incluso cuando estaban planeando las acciones proyectaron videos del lugar con el fin de determinar en dónde se lanzaría la bomba [...].

[...]

Aún así, los procesados asumieron el riesgo y el azar de que la bomba impactara en el caserío, puesto que estando conscientes de que no sería arrojada en la mata de monte y del peligro que

con la explosión corrían los pobladores, ignoraron el deber de cancelar la misión de apoyo aéreo, a pesar de que esa decisión no requería la autorización de ningún superior y, por el contrario, estaba dentro de sus obligaciones [...].

[...]

Y si bien, el artículo 91 de la Constitución Nacional aparentemente exime de responsabilidad a los militares en servicio, es claro que esa prerrogativa sólo opera cuando se trata del cumplimiento de órdenes impartidas legítimamente y que no sean constitutivas de una conducta punible (resaltado por la Relatoría).

DOLO EVENTUAL - Demostración || **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Principio de distinción || **DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO** - Principio de precaución || **DOLO EVENTUAL** - Frente a la culpa con representación

« [...] no le asiste razón al Procurador Delegado porque el comportamiento de los procesados se ajusta por completo a las características del dolo eventual, tal como lo concluyeron los sentenciadores.

En efecto, acude la Sala a lo sostenido en anteriores oportunidades, para evocar que el dolo, sea que se entienda como forma de culpabilidad -como ocurría en el C. Penal de 1980- o como modalidad de la conducta punible -según la Ley 599 de 2000-, implica el conocimiento y la voluntad del sujeto agente respecto de los hechos.

El artículo 36 del C. Penal vigente para la época de los hechos (Decreto-Ley 100 de 1980), estipulaba:

“DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible.”

Bajo este concepto de orden legal, el resultado dañoso no solo es reprochable cuando su consecución es el contenido de la voluntad -dolo directo-, sino también cuando la realización de la conducta implica el riesgo de causar otro u otros, cuya posible producción no es óbice para que se continúe con el comportamiento; o lo que es lo mismo, cuando se acepta el resultado

previéndolo al menos como posible, que es lo que se conoce como dolo eventual.

Se entendía, entonces, que el conocer y querer el hecho comprendía tanto el dolo directo (de primer grado), como el indirecto (de segundo grado) por sus necesarias consecuencias; y que el sólo conocer aceptando el evento como posible, bastaba para configurar el dolo eventual.

Frente a la teoría del dolo eventual, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que el C. Penal de 1980, al emplear la expresión “la acepta, previéndola como posible”, acogió la llamada teoría de la voluntad o del consentimiento, en la que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.

Sin embargo, tal concepción se mantuvo hasta el año 2000, cuando la Ley 599 tomó partido por la teoría de la probabilidad o de la representación, al definir en su artículo 22, el dolo eventual en los siguientes términos: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar” [...].

[...]

En el caso bajo análisis, es claro que en la actuación vienen demostrados a plenitud los requisitos que configuran el dolo eventual, según el C. Penal de 1980, a partir de varias circunstancias que, integradas armónicamente, permiten reconstruir la verdad histórica de los hechos.

Conforme quedó acreditado, el 13 de diciembre de 1998, varias aeronaves participaron en la acción conjunta de atacar a los guerrilleros con quienes se venía sosteniendo combate en inmediaciones de la vereda Santo Domingo, entre ellas, el helicóptero UH-1H 4407 -Lechuza-, que portaba el dispositivo clúster AN-M1A2, cuya tripulación estaba conformada por el Teniente CRP -piloto-, Teniente JJV -copiloto- y HMHA -técnico del helicóptero-.

Para impedir que los subversivos se fugaran y tras mantener comunicación con el avión Skymaster y con el helicóptero Hughes-500 artillado piloteado por el Teniente LS, los tripulantes del UH-1H 4407 decidieron, a eso de las 10:02 de la mañana, arrojar la bomba clúster justamente cuando la nave se encontraba encima de Santo Domingo. No empecé, previamente haber constatado la presencia de personal civil

en el poblado y, a pesar de la actualización de este conocimiento, no interrumpieron la peligrosa acción, sino que la culminaron a riesgo de los resultados, con tal de atacar a los insurgentes presuntamente mezclados con los moradores del lugar.

El artefacto impactó sobre la vía principal del caserío, según lo corroboraron las conclusiones de los análisis realizados a los cuerpos de los fallecidos y heridos ese día, así como los hallazgos de residuos de la bomba en las viviendas, vehículos y demás objetos del mismo.

[...]

La determinación del poblado como objetivo de impacto del dispositivo no ofrece duda alguna, pues fue el mismo CRP quien aseguró que después del lanzamiento su auxiliar de vuelo le confirmó que la bomba había dado en el blanco.

[...]

En otras palabras, **en el momento en que CRP y JJV, resolvieron bombardear un objetivo sobre el que previamente se habían efectuado reconocimientos, que alertaron sobre la presencia de población civil, sumado al conocimiento que tenían del potencial nocivo del artefacto explosivo y su precisión limitada, sin duda la representación del resultado antijurídico ocasionado con su conducta se les actualizó como posible y, por tanto, lo aceptaron anticipadamente** (resaltado por la Relatoría).

Proceder en dolo eventual que también desatendió caros principios del Derecho Internacional Humanitario, especialmente los de distinción proporcionalidad y precaución; que los implicados, por su condición de militares activos, capacitados para actuar en operaciones armadas, perfectamente conocían y estaban obligados a acatar.

En virtud del primero de ellos (distinción) era su deber distinguir durante toda la operación militar entre personas civiles y combatientes, y abstenerse de realizar un ataque que soslayara esa diferenciación, cuando se advirtiera la presencia aquéllos en el lugar de combate.

El ataque sobre el caserío fue indebido y desproporcionado, porque siendo conscientes de que se trataba de una zona con presencia de personas y bienes civiles, no era viable a los

enjuiciados hacer uso de un artefacto explosivo del que también sabían de su alto poder de destrucción, en su propósito de dar de baja, incluso en ese lugar, a los rebeldes que perseguían.

Igualmente, no hubo precaución en la acción desplegada, pues las operaciones de esas características deben ser realizadas con un cuidado constante de preservar a las personas ajenas al combate y los bienes de carácter civil, hasta el punto que se deben tomar todas las medidas preventivas factibles para evitar muertos y heridos entre la población civil y daños a bienes de igual naturaleza, que se pudieran causar incidentalmente. Situación totalmente opuesta a la ocurrida el 13 de diciembre de 1998, donde, con indiferencia hacia los residentes de Santo Domingo, se adoptaron determinaciones militares a sabiendas de su vulnerabilidad.

De otro lado, si el comportamiento de los implicados se examinara de cara a la Ley 599 de

2000, la conclusión a la que se arribaría no es diferente, puesto que también se adecúa al predicado normativo que estatuye el dolo eventual en dicha normatividad como una de las modalidades de la conducta punible. En efecto, al arrojar la bomba clúster sobre Santo Domingo, los implicados se representaron seriamente como probables las muertes y lesiones que podían ocasionarse a los civiles que allí se encontraban; y, sin embargo, el azar determinó esos resultados dañosos, es decir, continuaron la ejecución de su conducta con indiferencia por la situación de riesgo que generaban.

Por consiguiente, bien sea que se examine el proceder de RP y JV bajo la teoría de la posibilidad - Dec-Ley de 1980- o de la probabilidad -Ley 599 de 2000-, dadas las circunstancias en las que fue ejecutada, los homicidios por los que fueron acusados sin duda son atribuibles a título de dolo eventual».

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: posibilita el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos

La Sala analiza la procedencia del subrogado en aras de garantizar los derechos del menor y la posibilidad del infractor de poder cumplir con sus obligaciones alimentarias.

SP18927 (49712) de 15/11/17

M. P. José Luis Barceló Camacho

ANTECEDENTES

La fiscalía atribuyó a LIAH el delito de inasistencia alimentaria por haber incumplido sus obligaciones con sus dos menores hijos desde el 15 de julio de 2008 hasta el 13 de agosto de 2015.

La defensa del procesado acusa la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley

sustancial al negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con lo cual se impide al procesado trabajar y a sus hijos el derecho a la alimentación y a la educación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Indemnización integral || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: procedencia || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Suspensión condicional de la ejecución de la pena: posibilita el cumplimiento de la obligación

«Esta censura se relaciona con la interpretación y aplicación del artículo 193-6 de la ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia que es del siguiente tenor:

“Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, y adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento

de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

(...)

6 se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados”

[...]

La disposición que antecede contiene un mandato que le impide al juzgador aplicar el principio de oportunidad y el subrogado de la condena de ejecución condicional cuando el beneficiario de esos institutos no haya indemnizado los perjuicios ocasionados a los menores que sean víctimas del delito por el que se procede.

Pese al carácter general e imperativo de la norma en cuestión, cabe acotar que en la exposición de motivos de la actual Ley 1098 de 2006 solamente se hizo referencia, en el acápite correspondiente a “Los niños y las niñas víctimas de delitos”, a la deuda que el país tenía “(...) con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces (...)” como razón de ser de la implementación de medidas como la examinada (Gaceta del congreso n° 551 del 23 de agosto de 2005 página 31). E, indudablemente, dentro de la categoría aludida no se inscribe el delito de inasistencia alimentaria.

Pues bien, teniendo en cuenta esa situación, que en el evento en examen el procesado, según lo informó su defensor en la audiencia de sustentación, sin ser objetado por la Fiscalía o la representación judicial de las víctimas, actualmente está satisfaciendo cumplidamente su obligación alimentaria y que debe continuar haciéndolo, pues sus hijos en la actualidad tienen 11 y 10 años de edad, la Sala encuentra razonable permitirle acceder al sustituto previsto por el artículo 63 del Código Penal.

Lo anotado, para no terminar tanto el acceso que hoy tiene LIAH a una fuente de ingresos,

imposibilitándole hacia el futuro el cumplimiento de la obligación alimentaria, como el contacto regular que mantiene con sus hijos, regulado conforme a la separación y al régimen de visitas acordado.

La determinación que se anuncia tiene en cuenta la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, eso es, el reconocimiento de que son sujetos de derechos, la garantía del cumplimiento de estos y la prevención de la amenaza o vulneración de los mismos (artículo 7° de la Ley 1098 de 2006), así como también la protección de su interés superior, que obliga a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos (artículo 8° ibídem).

[...]

En síntesis, si bien la imposición de la pena se fundamentó en su finalidad de prevención especial, con miras a que el procesado en el futuro no vuelva a sustraerse a su obligación alimentaria, lo cierto es que con la no suspensión de su ejecución se imposibilita al penado el cumplimiento de esa imposición legal.

La solución anunciada tiene la virtud de satisfacer tanto el interés superior de los menores como la prevalencia de sus derechos y la necesaria reparación de los perjuicios ocasionados porque a la vez que no aleja al penado de su fuente de ingresos, posibilitándole continuar con el cumplimiento de la obligación alimentaria, y no se convierte en un obstáculo para que mantenga comunicación con sus menores hijos, prevé dentro de su régimen la estipulación de un plazo para indemnizar, so pena de revocatoria del subrogado (resaltado por la Relatoría).

[...]

Bajo esas consideraciones, la Sala casará parcialmente la sentencia demandada, en el sentido de conceder a LIAH la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de tres (3) años [...].».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba:
mejor evidencia, concepto

La Sala Penal precisa el alcance del término
“mejor evidencia” y su relación con la
pertinencia y utilidad de las pruebas en el
sistema penal acusatorio.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas:
juicio oral, juez puede realizar control definitivo
sobre pertinencia y utilidad

“Aunque una prueba haya sido decretada en la
audiencia preparatoria, a partir de la explicación
de pertinencia que hizo la parte, en el juicio oral
se debe velar porque solo ingrese la información
que tiene relación directa o indirecta con el tema
de prueba, bien para evitar los efectos nocivos
de las dilaciones injustificadas, ora para impedir
que los aspectos relevantes del caso se diluyan
entre temas intrascendentes”

AP7577 (51410) de 08/11/17

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

ANTECEDENTES

La Fiscalía acusó a JVOM, bajo los siguientes
presupuestos fácticos:

En el mes de mayo de 2015 un fiscal adscrito a
la Unidad de Reacción Inmediata de Pitalito
(Huila) solicitó la imposición de medida de
aseguramiento de detención preventiva –
intramuros- en contra de EFSM, a quien
previamente le imputó el delito de acceso carnal
con persona puesta en incapacidad de resistir,
del que supuestamente fue víctima la menor ASZ.
El Juez de control de garantías consideró
procedente la detención, pero en el lugar de
residencia, razón por la cual el delegado del ente
acusador interpuso el recurso de apelación.

Mientras se adelantaba el trámite de la alzada, el
asunto le fue asignado al doctor JVOM fiscal
veintiséis delegado ante los jueces penales del
circuito de esa localidad.

OM decidió desistir del recurso de apelación, a
pesar de que el ordenamiento jurídico dispone
expresamente que frente a los delitos contra la
libertad e integridad sexual, cuando recaen sobre
menores de edad, solo procede la detención
preventiva en centro de reclusión.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto
por el defensor de JVOM en contra del auto
proferido el dos de octubre del presente año por

el Tribunal Superior de Neiva, a través del cual
negó dos de las pruebas solicitadas por ese sujeto
procesal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba: mejor
evidencia, concepto || **SISTEMA PENAL
ACUSATORIO** - Pruebas: repetitivas, aplicación
del criterio de mejor evidencia

«La Ley 906 de 2004 establece pautas
importantes sobre lo que debe entenderse por
mejor evidencia.

De forma expresa, el concepto es referido en las
normas que regulan la prueba documental, en
cuanto se establece que “cuando se exhiba un
documento con el propósito de ser valorado como
prueba y resulte admisible, conforme con lo
previsto en el capítulo anterior deberá
presentarse el original del mismo como mejor
evidencia de su contenido”.

Desde una perspectiva más amplia, el concepto
es desarrollado en otros contextos, tal y como
sucede con la prueba de referencia, en cuanto se
asume que la declaración del testigo que
presenció los hechos es mejor evidencia que el
testimonio de quien escuchó el relato sobre ese
acontecer fáctico (lo que en su momento se
denominó “testigo de oídas”), sin perjuicio de las
garantías judiciales atinentes a esta figura.

Entre otros aspectos, el concepto de mejor
evidencia apunta a eliminar, en cuanto sea
posible, los riesgos en la tergiversación o
alteración de los medios de prueba, y facilitar el
ejercicio de la contradicción y la confrontación.
En esa lógica, la presentación del testigo que
presenció los hechos, en lugar de aquel que
escuchó su relato, permite establecer de forma
más fidedigna la narración, al tiempo que
posibilita el desarrollo de la confrontación. En lo
concerniente a los documentos, la presentación
del original permite la verificación de que el
documento no ha sido mutilado o alterado de
alguna forma (que hipotéticamente podría
dificultarse cuando se presenta una copia), lo
que, además, facilita el ejercicio de la
contradicción.

Sin perjuicio de las consecuencias legales
previstas para eventos como los que se acaban de
referir, el concepto de mejor evidencia es
trascendental para la racionalización del proceso
penal, especialmente en el análisis de la utilidad
de las pruebas, en los términos del artículo 376
de la Ley 906. En procura de una explicación más
pertinente para la solución del asunto sometido

a conocimiento de la Sala, se tomará como ejemplo el delito de prevaricato, cuando ocurre en el contexto judicial.

Según se indicó en el numeral anterior, en esos casos es determinante establecer, entre otras cosas, la “realidad procesal” a la que se enfrentó el funcionario cuando emitió la decisión que se considera manifiestamente contraria a la ley (prevaricato por acción) o incurrió en una omisión penalmente relevante (prevaricato por omisión).

Si, como en este caso, es imperioso establecer lo acaecido durante una audiencia pública, que por mandato expreso de la ley deben ser grabadas, por regla general el respectivo registro constituye mejor evidencia que el testimonio de alguien que haya participado en la misma, entre otras cosas porque: (i) el registro permite establecer con precisión las palabras utilizadas por las partes y el Juez, lo que difícilmente puede ser referido con exactitud por un testigo, (ii) con el registro se obtiene un conocimiento directo del tono, los énfasis y demás aspectos relevantes para desentrañar el sentido del mensaje, mientras que los testigos expresarán su percepción -y, quizás, su opinión-, sobre estos aspectos que pueden resultar trascendentes; (iii) si se utiliza prueba testimonial para demostrar lo sucedido en una audiencia, puede haber lugar a debates, en ocasiones interminables, sobre la percepción de los testigos, su rememoración, la incidencia de su rol o sus posturas jurídicas en la interpretación de lo sucedido, etcétera.

Lo anterior sin perjuicio de que se pretenda demostrar aspectos que no quedaron cobijados por el registro de la audiencia, como, por ejemplo, el contenido de las conversaciones sostenidas por los intervinientes cuando el Juez interrumpió la grabación, los gestos u otras conductas que no quedaron registradas, siempre y cuando, claro está, se explique la pertinencia de esos hechos o circunstancias.

De regreso al estudio de utilidad, debe recordarse que el mismo, en buena medida, está regulado en el artículo 376, que establece que toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista, entre otras cosas, “probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y, que sea injustamente dilatoria del procedimiento”, lo que bien puede suceder cuando se trata de pruebas repetitivas.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el estudio de utilidad se realiza una vez superado el análisis de pertinencia, porque sin esta no existe ninguna posibilidad de que una prueba sea decretada. De hecho, el artículo 376 establece la falta de utilidad como una excepción a que toda prueba pertinente es admisible, lo que confirma que el estudio de utilidad debe recaer sobre las pruebas que tienen relación directa o indirecta con los hechos que integran el tema de prueba (resaltado por la Relatoría).

Cuando las partes proponen varias pruebas para demostrar un elemento estructural de sus teorías factuales, y el Juez considera que las mismas son repetitivas y, por tanto, injustamente dilatorias del trámite, el concepto de mejor evidencia se erige en un importante criterio para establecer cuáles de ellas deben ser decretadas, sin perder de vista la obligación de lograr un punto de equilibrio entre los derechos de las partes (principalmente el derecho a la prueba) y la eficacia de la administración de justicia (Art. 10 ídem)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: pertinencia y utilidad, se valora en la audiencia preparatoria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: juicio oral, juez puede realizar control definitivo sobre pertinencia y utilidad

« Como en la audiencia preparatoria el Juez no conoce (ni debe conocer) el contenido de las pruebas, debe hacer el análisis de pertinencia a partir de la explicación que hagan las partes sobre la relación del medio de prueba con los hechos jurídicamente relevantes o con los hechos indicadores, según se explicó en precedencia.

Por tanto, sin perjuicio de la importancia de las decisiones que al respecto se deben tomar en la audiencia preparatoria, durante el juicio oral puede realizarse un control definitivo sobre la pertinencia de las pruebas, porque es allí donde se conocen las preguntas que la parte le realiza a cada testigo y donde se hacen las demostraciones en torno a las evidencias físicas y los documentos. Así, por ejemplo, es posible que en la audiencia preparatoria la defensa asegure que con el testigo X podrá demostrar que su representado actuó inmerso en un error de tipo o de prohibición, lo que puede resultar suficiente para que el testimonio sea decretado, pero durante el juicio oral le formule preguntas

orientadas a obtener información que no tiene relación directa o indirecta con el tema de prueba. Es igualmente posible que en la misma audiencia (preparatoria) la Fiscalía plantee que una evidencia es pertinente porque corresponde a las prendas de vestir halladas en la escena del crimen, que corresponden al acusado, lo que indica que este estuvo presente en ese lugar, pero durante el juicio oral no logre demostrar alguno de estos aspectos o ambos.

Por tanto, **aunque una prueba haya sido decretada en la audiencia preparatoria, a partir de la explicación de pertinencia que hizo la parte, en el juicio oral se debe velar porque solo ingrese la información que tiene relación directa o indirecta con el tema de prueba, bien para evitar los efectos nocivos de las dilaciones injustificadas, ora para impedir que los aspectos relevantes del caso se diluyan entre temas intrascendentes** (resaltado por la Relatoría).

Lo mismo puede predicarse de la utilidad, porque es posible que durante la audiencia preparatoria, por las razones indicadas, no se visualice el carácter repetitivo o superfluo de algunas pruebas (o parte de ellas, como sucede con algunos temas abordados con los testigos), sin que ello implique que el juez no pueda ejercer sus funciones de director de la audiencia, encaminadas a lograr el punto de equilibrio a que se hizo alusión en los párrafos precedentes.

[...]

Si las partes optaron por utilizar prueba testimonial para demostrar uno de los aspectos centrales del tema de prueba (lo sucedido en las audiencias en las que se interpuso el recurso de apelación que luego fue desistido por el procesado), no es razonable que el Tribunal haya

decretado, frente a ese aspecto en particular, el testimonio del fiscal que intervino en esas diligencias (prueba del acusador) y haya negado el testimonio del juez que las presidió (prueba de la defensa), máxime si se tiene en cuenta que estos testigos pueden tener percepciones diferentes de lo sucedido en esa oportunidad, pues de antemano se sabe que el delegado de la Fiscalía consideró equivocada la decisión del juez y, por ello, interpuso el recurso de apelación.

Frente a este aspecto en particular, no cabe duda de la pertinencia de ambos testimonios, pues se refieren directamente a un elemento estructural del tema de prueba. Por tanto, el debate se traslada necesariamente al ámbito de su utilidad, en los términos del artículo 376 de la Ley 906 de 2004, concretamente porque la prueba testimonial puede resultar repetitiva y, por tanto, injustamente dilatoria del procedimiento, si se llegare a contar con la que, sin duda, constituye la mejor evidencia de este aspecto fáctico: el registro de las audiencias.

La Sala no tiene elementos de juicio suficientes para decidir en este momento sobre ese aspecto puntual, porque los registros de las audiencias fueron solicitados como prueba por el Ministerio Público. **Será el Tribunal, en calidad de director del proceso, quien en su momento resuelva sobre la utilidad de la prueba testimonial solicitada por las partes para demostrar lo acontecido en las referidas audiencias, según lo que suceda con la prueba solicitada por la delegada de la Procuraduría, bajo el entendido de que el control de la pertinencia y de la utilidad comienza en la audiencia preparatoria y se concreta en la audiencia de juicio oral** (resaltado por la Relatoría).

Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

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