



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Agosto 31 de 2020 n.º 11

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>

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - NO SE CONFIGURA

Evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para conducir al sujeto pasivo a un escenario inequívocamente libidinoso

La Sala decidió casar la sentencia impugnada para absolver al procesado, a quien se había atribuido la comisión de los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años e injuria por vías de hecho*, todo, tras advertir configurada la violación directa de la ley sustancial por parte del Tribunal. En este sentido, realizó un minucioso estudio sobre los citados comportamientos, y particularmente, frente a la conducta conocida como *exhibicionismo*, para explicar que cuando configura el denominado *acoso sexual callejero*, su represión en el ordenamiento nacional únicamente es viable a través de la acción de policía, más no en el ámbito penal. Entre otros aspectos, se concluyó que, en el caso particular, la exhibición del órgano genital que realizó el sujeto activo a la niña menor de catorce años, no tuvo la idoneidad objetiva para ser considerada un acto sexual explícito, que la condujera a un escenario inequívocamente libidinoso.

SP2894-2020 (52024) del 12/08/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -

Modalidades: cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, elementos típicos || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Concepto de acto sexual || ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -

Idoneidad objetiva: según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Idoneidad subjetiva: es insuficiente para configurar el comportamiento || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Modalidades: cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, la razón de la prohibición recae en la circunstancia de que un niño, niña o adolescente menor de 14 años sea observador, testigo o espectador del comportamiento || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Relevancia típica: la tienen todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sean idóneos para conseguir este propósito || **PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPCIDAD -**

Aplicación: el Derecho Penal sólo puede sancionar las conductas descritas en la ley, que resulten idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Antijuridicidad: principio de lesividad || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Principio pro infans: protección penal del interés superior del niño, respecto de conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales

«Según el artículo 209 del estatuto penal sustantivo, comete el delito de actos sexuales con menor de catorce años *“el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión ...”*».

En lo que ahora resulta pertinente, a JADA se imputó un acto exhibicionista ante L.A.L.G.,

cuando esta tenía la edad de 8 años, el cual se demostró a plenitud según se explicó en el análisis probatorio (4.3.2). Por ende, la modalidad típica desde la cual ha de analizarse su responsabilidad es la eventual ejecución de un acto sexual en presencia de la niña en mención. Ello es así porque, además, la prueba no indicó que tuviera alguna interacción con el cuerpo de la menor o que la persuadiera a participar en prácticas sexuales, ni siquiera que hubiese intentado uno de estos dos resultados.

En ese orden, la aplicación del artículo 209 del C.P. dependerá de la concurrencia de los siguientes **elementos típicos** en la conducta del acusado: **(i)** la realización de un acto sexual, **(ii)** en presencia de una persona menor de 14 años, y **(iii)** el conocimiento del hecho, incluida la última circunstancia, y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. Como se observa, el presupuesto originario de la tipicidad de esta modalidad conductual es la ejecución de un acto sexual del cual no es partícipe pero sí espectador un niño o adolescente en el rango etario señalado.

Se entiende por acto sexual toda conducta que *“en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ..., y se consuman mediante la relación corporal, ...”* (AP, jul. 27/2009, rad. 31715, reiterado en la SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640).

Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarle intervienen en tal tipo de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-.

Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquélla revista aptitud o idoneidad, según los criterios

culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, para alcanzar esa finalidad.

[...] Con mayor precisión, en la sentencia SP123-2018, feb. 7, rad. 45868, se definió el ingrediente normativo “actividad sexual” del delito de pornografía con personas menores de 18 años (art. 218 C.P.), como aquélla que, desde el punto de vista objetivo, pueda “catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas, ...”.

La insuficiencia de la idoneidad subjetiva del acto obedece a que, como también se explicó en la precitada decisión, “la sola idealización o representación mental que hagan de su objeto de deseo (un niño o niña), estarían en posibilidad de alcanzar la excitación sexual, lo cual implicaría desnaturalizar el derecho penal, al sancionar, no las acciones humanas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, sino las fantasías e intenciones sexuales de algunos sujetos en particular”.

En la sentencia SP, nov. 5/2008, rad. 30305, se dio cuenta del caso del fetichista que toca “los zapatos de una mujer o tirarle una trenza” con ánimo libidinoso, respecto del cual se citó la doctrina autorizada de Luis Muñoz Sabaté (Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica, Barcelona, 1976, p. 62):

“...desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta constituye indudablemente un acto lascivo, porque mediante el mismo el agresor descarga su tensión sexual, pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente risa o susto. (...) Íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o ‘fin lúbrico’ de la acción, tal difícil de probar en algunos casos”

Ahora bien, es claro que **la razón de la prohibición de la segunda conducta** - alternativa- descrita en el artículo 209 sustantivo **no recae en el acto sexual en sí mismo considerado, sino en la circunstancia de que un niño, niña o adolescente menor de 14 años sea observador, testigo o espectador de ese comportamiento.** Siendo así, con mayor razón **la actividad sexual desarrollada debe ser explícita o tener la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su**

realizador o realizadores, como sería, por ejemplo, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, la masturbación, entre otros.

De otra parte, existen conductas que tienen alguna **connotación sexual** ya sea porque obedece a impulsos de esa naturaleza en su ejecutor sin que tengan un desarrollo exterior trascendente, como sería el fetichismo manifestado en el tocamiento de una prenda de vestir exterior, por ejemplo; o porque, aun cuando desde el punto de vista objetivo puedan tener algún significado o connotación libidinosa, carecen de entidad suficiente para ser caracterizadas como actos eminentemente sexuales, como serían algunas miradas y movimientos de lengua vulgares, comentarios o piropos dirigidos a exaltar zonas erógenas, o gestos manuales obscenos.

En resumen, **los actos sexuales con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito**. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las *“pautas culturales de la comunidad”* no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.

La anotada conclusión no varía por el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de 14 años ni porque se busque proteger la integridad y formación sexuales, pues **los principios de tipicidad estricta y lesividad implican que el Derecho Penal sólo puede sancionar las conductas descritas en la ley (art. 10) que resulten idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado (art. 11)**, como se desprende también de la regulación de la tentativa punible (art. 27). Esas garantías sustantivas mínimas integran el principio de legalidad y, por esa vía, hacen parte del núcleo esencial del debido proceso.

Así, **la protección penal de los intereses superiores de los niños se realiza mediante la prohibición y sanción de -verdaderos- actos sexuales que los involucren, entendiéndose por tales los que efectivamente pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales**. De esa manera, ninguna oposición se presenta entre la adecuada interpretación del artículo 209 del C.P., antes precisada, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad (art. 44 ibidem), y, si es que aun se considerara que existe ese conflicto, dicho ejercicio hermenéutico pondera todos los principios en juego».

EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa || **EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa:** no se encuentra expresamente prohibido en la Ley 599 de 2000 ni en el Decreto Ley 100 de 1980 || **EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa:** el Código Penal de 1936, lo incluía como un tipo penal contra la moral pública || **EXHIBICIONISMO - Evolución legislativa:** desapareció como tipo penal autónomo || **EXHIBICIONISMO - Atipicidad:** se encuentran excluidas las conductas exhibicionistas que atenten exclusivamente contra la moral pública o el pudor sexual || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades:** cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, a través del exhibicionismo || **INJURIA POR VÍAS DE HECHO - Configuración:** a través de actos de exhibicionismo, de alguna parte del cuerpo o un órgano genital a un adolescente mayor de 14 años o a un adulto, con la finalidad de mancillar o menoscabar su honor || **CONDUCTA SEXUAL - Contra mayores de catorce años:** sólo será típica si reúne los elementos de alguno de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales || **EXHIBICIONISMO - Configuración:** algunos comportamientos con connotación sexual, no alcanzan a configurar acto de naturaleza sexual || **EXHIBICIONISMO - Derecho comparado:** a nivel internacional es catalogado como violencia de género, bajo la modalidad de acoso sexual callejero || **EXHIBICIONISMO - Derecho comparado:** a nivel internacional se distingue entre actos de connotación y actos de naturaleza sexual || **EXHIBICIONISMO - Derecho comparado:** los Estados que lo tipifican sólo abarcan los actos obscenos y de contenido sexual explícito, estableciendo penas leves || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Se configura:** a través del exhibicionismo, siempre que

constituya una conducta sexual explícita, el agente tenga ánimo libidinoso y sus manifestaciones objetivas generen un contexto sexual, mediante palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales

|| **EXHIBICIONISMO** -

Configuración: no lo constituyen los besos y las caricias, conforme al Código de Seguridad y Convivencia Ciudadana (Ley 1801 de 2016) || **EXHIBICIONISMO - Atipicidad:** la observación de la desnudez corporal, inclusive desde temprana edad, por sí sola no constituye conducta penalmente relevante

«Regulación de la «conducta exhibicionista» en Colombia.

Ni el código penal vigente (L. 599/2000) ni el anterior (D.L. 100/1980) prohíben los actos exhibicionistas, por lo menos no expresamente como sí lo hacía el expedido en el año 1936 (Ley 95) que los definía como un delito contra la moral pública en estos términos: *“El que en sitio público, ejecute o haga ejecutar exhibiciones obscenas, ...”* (art. 251). El antecedente de este tipo era el artículo 418 del Código Penal de 1890 que sancionaba la conducta de quienes *“se presentaren en estado de desnudez o tan mal cubiertos que se ofenda el pudor, ante personas de otro sexo, o en lugares públicos, ..., sin algún motivo suficientemente justificativo”*.

La desaparición del tipo autónomo de *“exhibiciones obscenas”* puede conllevar a una reflexión inmediata: esa conducta fue despenalizada de manera absoluta o, sencillamente, quedó subsumida, desde el Código Penal de 1980 y hasta el actual, en el delito de actos sexuales abusivos, concretamente en la modalidad consistente en realizarlos en presencia de los menores de 14 años. Una mirada a las características típicas descritas en el artículo 209 sustantivo vigente y a la evolución de los bienes jurídicos protegido en materia sexual, permite concluir que el planteamiento disyuntivo es equivocado porque algo de cierto hay en cada una de las opciones argumentativas expuestas.

De una parte, sí deben entenderse excluidas las conductas exhibicionistas que atenten exclusivamente contra una pretendida *“moral pública”*, concepto que por su vaguedad y subjetivismo dejó de ser un bien jurídico tutelado desde el Código Penal de 1980, como ocurrió también con el *“pudor sexual”* en el posterior del año 2000; igual suerte corrieron los referidos

comportamientos cuando se lleven a cabo ante personas mayores de 14 años porque para estas no se contempla como delictiva la sola percepción de actos libidinosos. Pero, de otra parte, **si la conducta exhibicionista reúne las condiciones de un acto de naturaleza sexual y es presenciada por menores de la edad en mención, puede afectar la integridad y formación sexuales y, por ende, encajar en la segunda modalidad típica concebida en el precitado artículo 209.**

Ahora bien, **si a un adolescente mayor de 14 años o a un adulto se exhibe alguna parte del cuerpo, incluido un órgano genital, con la única finalidad de mancillar o menoscabar su honor; habrá que analizarse la eventual comisión de una injuria por vías de hecho (art. 226 C.P.)** a través de una conducta con alguna connotación sexual, según la explicación que de esta modalidad típica se hizo en la sentencia SP107-2018, feb. 7, rad. 49799:

... se trata de las formas, distintas a las verbales, en que se ofende el honor de una persona, como cuando se le abofetea -sin que se trate, en estricto sentido, de lesiones personales-, escupe o somete a escarnio -despojarla de sus vestiduras, arrojarle excrementos, etc.-

Desde luego que el agravio, si ese es el querer del ofensor, puede ocupar matices sexuales, visto que este es un aspecto que como el que más puede incidir en el honor de las personas.

Por ello, si es factible hablar de injurias verbales cuando se pone en tela de juicio el honor de una persona en esta materia, algo similar cabe predicar del mancillamiento por vías de hecho.

Es a esto a lo que atendió la Corte en decisión ya conocida (SP, oct. 26/2006, rad. 25743), ...,

No obstante, en la misma decisión se aclaró que *“si el acto o actos de claro contenido erótico-sexual, dirigido indudablemente a satisfacer la libido del sujeto activo, se manifiesta evidente, ajeno a la repentina y fugaz acometida, no es posible mutarlo hacia una conducta ontológica y jurídicamente diferente -injuria por vías de hecho-”*. En consecuencia, una conducta que objetiva y subjetivamente pueda catalogarse como sexual y el sujeto pasivo sea un individuo mayor de 14 años, **sólo será típica si reúne los elementos de alguno de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.**

Conforme a todo lo explicado hasta aquí, se puede concluir que ciertos comportamientos pueden tener alguna connotación sexual sin que, para efectos penales, alcancen a configurar un acto de esta naturaleza:

1. La tendencia normativa internacional es a considerar el exhibicionismo y otros actos con alguna significación sexual en espacios públicos, como una forma de **violencia de género** catalogada como **«acoso sexual callejero»**, no como una modalidad de violencia o abuso sexual. En ese contexto, la mayoría de las legislaciones foráneas distingue, expresamente, entre **actos de connotación** y **actos de naturaleza sexual**.

2. Los estados (americanos y europeos) que tipifican los actos exhibicionistas de manera autónoma, no abarcan la totalidad de estos sino los *«obscenos»* o, de manera más unívoca, los de contenido sexual explícito (Chile), sin perder de vista que, en todo caso, constituyen uno *«de los más bajos peldaños en la tutela del bien jurídico [libertad e indemnidad sexuales]»*, como lo demuestra la levedad de las penas que le son impuestas en comparación con las asignadas a las formas propias de violencia o abuso sexual.

3. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que actos humanos con algún tinte libidinoso no alcanzan la categoría de sexuales porque no trascienden al mundo exterior, lo hacen con una entidad insuficiente o a través de conductas inidóneas; en particular, se ha aclarado que la desnudez o exhibición de zonas corporales erógenas sólo configura una actividad sexual si es manifiesta o explícitamente sexual, acorde con la tendencia internacional.

Siendo así, **la exhibición de órganos genitales ante niños o adolescentes menores de 14 años configurará la segunda modalidad típica del artículo 209 del C.P., siempre que constituya una conducta sexual explícita**, lo que ocurrirá **cuando el agente tenga ánimo libidinoso** y, además, **sus manifestaciones objetivas**, más allá del simple desnudo, **generen un contexto sexual, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad**.

Dos razones adicionales cimientan aún más esa conclusión:

- **Primera:** el mismo legislador colombiano consideró, en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (L. 1801/2016), que *“no*

constituyen actos sexuales o de exhibicionismo los besos o caricias que las personas, sin importar su género, color de piel, orientación sexual o identidad de género, manifiesten como expresiones de cariño, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En consecuencia, la percepción de esta clase de conductas con alguna indiscutible significación sexual, aun cuando sea por niños o adolescentes, ni siquiera constituye una contravención policiva.

En otras palabras, en Colombia -así como en la mayoría de estados constitucionales y democráticos del mundo- existen actos de alguna **connotación sexual** cuya ejecución pública es tolerada o socialmente aceptada, aun cuando para algunos sectores de la población puedan considerarlos vulgares, inmorales, grotescos o impúdicos.

- **Y, segunda:** la educación sexual desde el nivel preescolar que permita *“desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable”*, constituye un imperativo y un objetivo común del sistema educativo colombiano (arts. 13.d y 14.e, L. 115/1994). Por tanto, **la observación de la desnudez corporal inclusive desde temprana edad**, más allá de los prejuicios morales que al respecto subsistan, **por sí sola no constituye una conducta penalmente relevante**.

En este punto, se comparte la opinión del doctrinante Luis Fernando Tocora que, aunque expuesta hace más de 20 años, conserva actualidad: *“Los prejuicios morales del desnudo corporal, de la virginidad, de las relaciones sexuales prematrimoniales, etc. están siendo replanteados por ideas extractadas de la psicología, ...”*. Y añade, en lo que resulta pertinente: *“La educación sexual que ha llegado incluso a la escuela, entre otras instituciones, proporciona un nivel de impermeabilidad contra las exhibiciones obscenas, ...”*.

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Modalidades: cuando se realiza en presencia del sujeto pasivo, a través del exhibicionismo, evento en que no se configura || **EXHIBICIONISMO - Atipicidad:** la mera exhibición de un órgano genital no es típica por sí sola || **ACTOS**

SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -

Idoneidad objetiva: según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

Idoneidad subjetiva: es insuficiente para configurar el comportamiento || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

No se configura: evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para constituir una conducta sexual explícita || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

No se configura: evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para conducir al sujeto pasivo a un escenario inequívocamente libidinoso || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS -**

No se configura: evento en que la exhibición del órgano genital por parte del sujeto activo, careció de idoneidad objetiva para conducir al sujeto pasivo a un escenario inequívocamente libidinoso || **EXHIBICIONISMO -**

Configuración: como modalidad de violencia de género, a través de acoso sexual callejero, sólo se sanciona en el ámbito policivo || **EXHIBICIONISMO -**

Configuración: como infracción de policía, conforme al Código de Seguridad y Convivencia Ciudadana (Ley 1801 de 2016) || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL -**

Aplicación indebida: se configura

«Como se explicó en el acápite 4.3.2., las pruebas incorporadas demostraron que el 20 de marzo de 2015, en una vía pública (callejón), JADA exhibió su pene de manera repentina a las hermanas L.A.L.G. -8 años- y M.P.L.G. -14 años-, quienes intentaron continuar su camino, pero el adulto se los obstaculizó moviendo su cuerpo de un lado a otro, ante lo cual aquéllas se devolvieron corriendo hasta un local comercial próximo.

Durante ese breve y sorpresivo acontecimiento, como bien lo indicó la defensora, no se demostró que el acusado entablara comunicación verbal alguna con las menores de edad, ni que se masturbara ni que realizara tocamientos en su cuerpo -ni siquiera el pene sostuvo con sus manos porque solo levantó la prenda de vestir que lo cubría-, ni tampoco que realizara gestos o movimientos faciales o corporales que insinuaran alguna práctica de naturaleza erótico-sexual.

Es más, el comportamiento del procesado fue tan equívoco que la niña L.A.L.G. declaró en juicio que manifestó al administrador del negocio al que huyó que el exhibicionista las iba a robar. Este último, para evitar confusiones, es un argumento secundario o accesorio porque no puede

sostenerse que la percepción del sujeto pasivo de una conducta sea la que determine su naturaleza, menos aún en tratándose de niños o niñas.

Por otra parte, según lo indicado en el acápite 4.3.1., la acusación refirió como único hecho jurídicamente relevante que “*el señor les había mostrado el pene*” a las menores L.A.L.G. y M.P.L.G., sin incluir otros elementos descriptivos que caracterizaran esa exhibición como una conducta de naturaleza sexual, ni siquiera aludió esa imputación fáctica a un especial ánimo del sujeto dirigido a la satisfacción de sus apetencias sexuales. De esa manera, se acusó a JADA por la mera exhibición de un órgano genital y no por un acto de exhibicionismo sexual, conducta que, según lo explicado, no es típica por sí sola.

Ahora, aun cuando se admita que la hipótesis más plausible es que JADA pretendía la excitación o la satisfacción de su libido, porque enseñó un órgano directamente asociado a la sexualidad y la explicación alterna de que estaba orinando fue descartada; **esa exhibición repentina no tuvo la idoneidad -objetiva- para configurar una conducta sexual explícita, es decir, careció de la capacidad para conducir a las espectadoras -y, en general, a un observador promedio- a un escenario inequívocamente libidinoso.**

Claro está, fue un acto grotesco, vulgar, impúdico y degradante que generó malestar e intimidación en aquéllas, propio de un “**acoso sexual callejero**” que, hasta el momento, **sólo se encuentra sancionado en el ámbito policivo, no en el penal** como lo han hecho ya la mayoría de países de la región por constituir ese tipo de conductas en el espacio público una **forma de violencia de género** que es más grave cuando recae en mujeres menores de edad, como ocurrió en el presente evento.

Así las cosas, **la decisión de condenar a JADA por el delito de actos sexuales con menor de catorce años se fundó en una violación directa, por aplicación indebida, del artículo 209 del Código Penal**, conforme a las razones expuestas».

(Textos resaltados por la Relatoría)

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - FUNDAMENTOS

En las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos de la sentencia, deben incluirse los aspectos que encajan en sus elementos estructurales

La Sala casó parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en orden a suprimir el agravante del delito de *homicidio* atribuido a los sentenciados, luego de encontrar que ni en la acusación ni en la sentencia se incluyeron los referentes fácticos que sustentaban la causal referida al aprovechamiento de condiciones de *indefensión o inferioridad*. Se resaltó de esta manera, la importancia e imperatividad de delimitar los elementos estructurales de las circunstancias de agravación, a efecto de garantizar el principio de congruencia y el ejercicio del derecho de defensa.

SP2896-2020 (53596) del 12/08/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Delimitación de los elementos estructurales: importancia ||
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos: importancia de establecerlos || **HOMICIDIO AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad:** eventos en que se presenta || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:** no basta que en la acusación y la sentencia se precisen los de carácter normativo || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:** en las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos de la sentencia, deben incluirse los aspectos que encajan en sus elementos estructurales || **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Fundamentos:** razones por la que resultan imperativos en la acusación y la sentencia || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** no se pueden establecer circunstancias de agravación no previstas en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Tema de prueba:** incluye los referentes fácticos de las causales de agravación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Carga de la prueba:** la demostración del estándar dispuesto para la condena respecto de las circunstancias de agravación, corre a cargo de la Fiscalía

«De tiempo atrás la Sala ha hecho hincapié en la **importancia de delimitar los elementos estructurales de las causales de agravación**, lo que permite comprender las razones de la imposición de una pena mayor. Ello adquiere mayor relevancia en casos como el que se analiza, habida cuenta de que el legislador dispuso un incremento de casi el 100% de la pena -en su extremo mínimo- cuando el homicidio se comete bajo alguna de las circunstancias previstas en el artículo 104 del Código Penal, pues el homicidio simple tiene asignada la pena de 208 a 450 meses de prisión, mientras que para el homicidio agravado está prevista la de 400 a 600 meses.

Este tema ha sido analizado ampliamente por esta Corporación. Así, por ejemplo, en la decisión CSJSP, 1 oct. 2019, Rad. 52394, a la luz de sus propios precedentes, se refirió a la importancia de establecer los fundamentos de las circunstancias de agravación -en ese caso, la del delito de violencia intrafamiliar, [...].

[...] En lo que respecta a la **circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal**, la Sala ha resaltado que **esta norma consagra cuatro eventos diferentes**, lo que implica que la Fiscalía, al realizar el juicio de acusación, y el juez, al emitir la sentencia, deben precisar en cuál de ellos se subsume la hipótesis factual debidamente planteada. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 1 jul 2020, Rad. 56174, reiteró que la referida norma se refiere a: “**(i)** indefensión ocasionada por el agresor; **(ii)** inferioridad producida por el atacante; **(iii)** indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y **(iv)** inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor”.

[...] En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades atrás descritas). **Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.**

Lo anterior **es imperativo en la acusación**, entre otras cosas porque: **(i)** el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; **(ii)** los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y **(iii)** los hechos de la

acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.

Y también lo es en la sentencia, por diversas razones, entre las que se destacan: (i) la misma debe contener una explicación clara de las premisas fáctica y jurídica de la decisión, de lo que depende en buena medida su legitimidad; y (ii) es un requisito indispensable para que el procesado pueda ejercer la contradicción, a través de los recursos procedentes.

Finalmente, **los referentes fácticos de cada uno de los elementos estructurales de la causal de agravación se integran al tema de prueba, y su demostración, en el estándar dispuesto para la condena (art. 381 de la Ley 906 de 2004), corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación.** Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) las circunstancias de agravación conllevan consecuencias punitivas considerables; (ii) frente a ellas, así como frente al delito base, el procesado goza de la presunción de inocencia; y (iii) es una consecuencia inherente al sistema de tendencia acusatoria, que radica en la Fiscalía la carga de demostrar los presupuestos factuales de la condena».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: no se les debe agregar el resumen del contenido de elementos de prueba ni la relación de actuaciones procesales || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** las circunstancias de agravación deben estar expresamente incluidas en la acusación || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia:** no se pueden incluir hechos no contemplados en la acusación || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación:** se configura, cuando el fallador altera objetivamente las afirmaciones del testigo y les da un sentido distinto || **REGLAS DE LA LÓGICA - Principio de no contradicción:** se vulnera || **REGLAS DE LA LÓGICA - Principio de razón suficiente:** se vulnera || **FALSO RACIOCINIO - Se configura || HOMICIDIO AGRAVADO - Situación de indefensión o inferioridad:** no se configura la circunstancia de agravación, por el hecho de que los disparos de arma de fuego se dirijan a zonas vitales del cuerpo || **CASACIÓN OFICIOSA - Principio de congruencia || CASACIÓN - Parcial || CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa el fallo impugnado y redosifica la pena, suprimiendo una circunstancia de agravación

«Lo primero que debe advertirse es que **la Fiscalía, al estructurar la acusación, no incluyó en su hipótesis factual los hechos atinentes a la circunstancia de agravación del homicidio**, pues se limitó a transcribir, con la tergiversación que se explicará en el próximo párrafo, lo que dijo uno de los policiales en el sentido de que vio a los procesados disparar en contra de las personas que yacían en el piso. En ningún momento se dijo que se trató de un “ataque sorpresivo”, como lo entendió el Tribunal, ni que los procesados se encontraban en una posición más ventajosa por tener armas de fuego mientras que sus víctimas estaban desarmadas, como lo declaró el Juzgado.

Cabe señalar que **el error de incluir contenidos probatorios en lugar de hechos jurídicamente relevantes** tuvo en este caso efectos negativos adicionales, pues al hacerlo la delegada del ente acusador tergiversó la versión del policial (este dijo que vio a uno de los procesados disparar en contra de una de las víctimas, y en la acusación se dice que el uniformado vio a los dos procesados disparar en contra de los dos afectados), lo que al parecer también hizo incurrir en equivocación a la juzgadora de primer grado, como bien lo resaltó el Tribunal.

Este desatino impidió que ese aspecto fuera incluido en el tema de prueba, lo que se vio reflejado en el debate realizado en el juicio oral, tal y como se señaló en precedencia.

En este orden de ideas, es claro que los juzgadores de primer y segundo grado no podían corregir en la sentencia esta omisión de la Fiscalía, en el sentido de emitir la condena por hechos no incluidos en la acusación (los correspondientes a la circunstancia de agravación objeto de análisis). Lo anterior, por la **congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia**, que está íntimamente ligada al derecho del procesado a conocer oportunamente los hechos por los que es llamado a responder penalmente, lo que constituye presupuesto necesario para la adecuada preparación de la defensa.

De esta forma, **se violaron el derecho del procesado a no ser condenado por hechos no incluidos en la acusación**, lo que se traduce en la imposibilidad de contar con el tiempo establecido en la ley para planear la defensa, en este caso frente a un componente factual que tiene una consecuencia punitiva considerable, como atrás se explicó.

Lo anterior es suficiente **para casar parcialmente el fallo impugnado**, a la luz de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004.

Se tiene, además, que los fundamentos fácticos de la referida circunstancia de agravación, incorporados tardíamente al proceso, no fueron demostrados más allá de duda razonable. Según se explicará a continuación, las conclusiones del Juzgado y el Tribunal sobre este aspecto son producto de múltiples errores de hecho, en las modalidades de **falso juicio de identidad, falso juicio de existencia y falso raciocinio**.

Como bien lo resaltó el Tribunal, el Juzgado **tergiversó** la declaración de los policiales que intervinieron en calidad de primeros respondientes, pues asumió que estos dijeron que al llegar al sitio de los hechos vieron a los dos procesados disparar contra las dos víctimas que yacían en el piso, cuando en realidad solo el conductor del vehículo oficial señaló que pudo ver a uno de los procesados cuando le disparaba una ráfaga a una persona que estaba tendida en la calzada. De esa forma, el juzgador de primera instancia incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, por tergiversación.

Igualmente, como también lo resaltó el fallador de segundo grado, el Juzgado **violó el principio lógico de no contradicción**, pues dio por sentado que una de las víctimas tenía una pistola y, al tiempo, señaló que los procesados tenían una posición más ventajosa ya que tenían armas de fuego y las víctimas no.

Además, advierte la Sala, **la juez dio por sentado que la circunstancia de agravación se fundamenta en que los procesados dirigieron los disparos a zonas vitales del cuerpo. El falso raciocinio es evidente, porque de esa situación solo puede inferirse la intención de matar (propia del delito de homicidio), mas no el estado de indefensión o inferioridad** de las víctimas (este tema nunca se aclaró suficientemente), ni, mucho menos, la intención de los procesados de aprovecharse de dicha circunstancia.

Algo semejante sucede con las conclusiones del Tribunal. En efecto, tras corregir algunos de los yerros en que incurrió la juzgadora de primer grado, se limitó a decir que del número y ubicación de las heridas, así como de *“las cercanas distancias a las que fueron efectuadas”*, se puede inferir que se trató de un *“ataque sorpresivo”*.

En primer término, se advierte que al hacer esta inferencia el Tribunal **violó el principio lógico de razón suficiente**, pues de los dos *“hechos indicadores”* (víctimas y victimarios estaban cerca y estos impactaron a los primeros con varios disparos), no se sigue que se haya tratado de un *“ataque sorpresivo”*, ya que estas mismas circunstancias son compatibles con varias hipótesis, igualmente plausibles, [...]

[...] En síntesis, **no es procedente incluir en la condena la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 7º, del Código Penal**, porque: **(i)** en la acusación no se incluyó el respectivo referente fáctico; **(ii)** ante esta omisión, los juzgadores optaron por incluir en la sentencia algunos hechos que no hicieron parte del llamamiento a juicio; **(iii)** de esa forma, **se violó el principio de congruencia** y, en consecuencia, el derecho de los procesados a conocer con suficiente antelación los presupuestos fácticos del llamamiento a juicio, de lo que depende la posibilidad de ejercer la defensa; **(iv)** al dar por probados los hechos atinentes a la circunstancia de agravación, incorporados tardíamente al debate, los juzgadores incurrieron en varios errores de hecho, en las modalidades ya indicadas; y **(v)** estos **yerros son trascendentes**, porque al proceder a su corrección se concluye que los hechos atinentes a la indefensión o inferioridad de las víctimas, así como a la intención de los procesados de aprovecharse de la misma, no se demostró más allá de duda razonable.

Por tanto, **se casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en el sentido de suprimir la referida circunstancia de agravación y de realizar el respectivo ajuste punitivo**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

hechos delictivos y la responsabilidad de los inculpatos

La Sala declaró la *nulidad* de lo actuado a partir del cierre de la *audiencia concentrada*, al encontrar configurada la violación del *debido proceso*, toda vez que la sentencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito, se emitió sin contar con los elementos probatorios que acreditaran no sólo la ocurrencia de las conductas atribuidas sino la responsabilidad de los acusados, prescindiendo así de la debida motivación de la determinación, en garantía del *derecho de contradicción* de las partes. En este sentido, se precisó que la decisión definitiva que pone fin a este tipo de actuaciones en la *justicia transicional*, no puede producirse si la Fiscalía omitió presentar los referidos medios probatorios en la *audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos*, dado que el fallo no puede sustentarse únicamente en la admisión de éstos por parte de los procesados.

SP2876-2020 (55135) 05/08/2020

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad || NULIDAD - Sentencia: se configura || **PRUEBA - Finalidad || PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Principio de complementariedad || CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Alcance || DEBIDO PROCESO - Alcance || DECISIONES JUDICIALES - Motivación:** la obligación de argumentarlas constituye una barrera contra la arbitrariedad || **DECISIONES JUDICIALES - Motivación:** para satisfacer el principio de contradicción, ha de ofrecer respuestas a los planteamientos de los sujetos procesales, para que estos sepan por qué se acogen o no sus tesis o valoraciones || **PRUEBA - Conocimiento privado del juez:** se proscribe que pueda decidir con base en éste || **JUEZ - Está sometido al imperio de la ley**

«La Sala estima que **no es posible pronunciarse de fondo sobre los recursos interpuestos, en tanto que se advierten graves falencias** en el trámite adelantado por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz [...] y que **sólo pueden remediarse decretando la nulidad de la actuación.**»

En efecto, señala el artículo 14 de la Ley 975 de 2011 in fine que *«[l]as decisiones que resuelven asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o desestimación de las pretensiones de las partes».*

Tal precepto resulta consonante con el principio contenido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, según el cual, *«Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe», y el artículo 381 ib, «Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.»* normas que irradian el proceso de Justicia y Paz, por virtud del principio de complementariedad normativa dispuesta en el artículo 62 Ley 975 de 2005.

Los enunciados normativos citados constituyen una **materialización de la garantía constitucional del debido proceso en la medida en que permiten conocer el sustento probatorio que tuvo en cuenta el funcionario judicial al adoptar una determinada decisión, así como el mérito suasorio dado a los medios de prueba** acopiados en el proceso y el análisis e inferencia lógica realizados para dar solución a los problemas jurídicos planteados, **propiciando así que las partes puedan ejercer debidamente su derecho de contradicción.**

Tal exigencia constituye **un deber ineludible de los jueces en el Estado Social de Derecho**, conforme a los artículos 2, 228 a 230 de la Constitución Política, en la medida en que **limitan la arbitrariedad** y previenen cualquier abuso del poder con el cual han sido dotados para la resolución de las controversias jurídicas, dentro del respeto a la independencia e imparcialidad que son inherentes a la función judicial.

Adicionalmente **se proscribe que el juez pueda decidir con base en su conocimiento privado** en detrimento de los derechos de las partes a

presentar, conocer y controvertir las pruebas que conduzcan a la verdad declarada en el proceso».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Finalidad || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juez transicional:** sometido al imperio de la ley || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Justicia transicional:** características || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Alternatividad penal:** aplicación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** supone la certeza de la participación del postulado en los hechos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía deben ser contundentes para la decisión del juez || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** deber del Tribunal de verificar la existencia de patrones de macrocriminalidad || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Patrón de macrocriminalidad:** acreditación, omisión || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** omisión de presentar elementos materiales probatorios contundentes, no permiten emitir sentencia || **CONTEXTO - Construcción:** elementos que sirven de base, alcance probatorio || **DEBIDO PROCESO - Se vulnera** || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** no puede emitirse si la fiscalía omitió presentar elementos materiales probatorios en la audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad** || **NULIDAD - Sentencia:** se configura

«[...] **a pesar de que el Proceso de Justicia y Paz constituye un procedimiento especial** previsto «para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional», **no por ello resulta ajeno a los principios y garantías previstas en la Constitución** que rigen a quienes deben decidir sobre los mecanismos de alternatividad penal de los postulados y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

En este sentido, **resulta trascendente el aporte de elementos materiales de prueba que sustenten los cargos atribuidos, pues no basta la sola confesión del postulado para dar por demostrado tanto la ocurrencia de los hechos como su probable participación en los mismos y por ende su consiguiente responsabilidad penal.**

[...] En el presente caso, se informa en el expediente que la fiscalía aportó un total de catorce (14) carpetas discriminadas así: (i) carpeta de identificación de los integrantes del frente William Rivas; (ii) carpeta con la estructura y georreferenciación del Frente “William Rivas”, (iii) carpeta audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos; (iv) carpeta con la solicitud de audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos y 1 CD; (v) carpeta de elegibilidad I del frente; (vi) carpeta de elegibilidad II y III del frente William Rivas; (vii) carpeta de elegibilidad IV, V y VI del frente “William Rivas”; (viii) carpeta actos previos a la Desmovilización; (ix) Carpeta contexto I; (x) Carpeta Contexto II; (xi) carpeta patrón de macrocriminalidad homicidio; (xii) carpeta macrocriminalidad Concierto para delinquir; (xiii) carpeta patrón de macrocriminalidad Bloque Norte Frente William Rivas, (xiv) Carpeta Patrón de macrocriminalidad Postulado SM.

Al revisar tales documentos se observa que **no corresponden con ningún elemento de convicción que acredite la materialidad de los delitos** pues en las carpetas correspondientes a los patrones de macrocriminalidad donde aparecen referidos los delitos imputados, aparece un cuadro con información discriminada de la siguiente forma: “*identificación del cargo, la fecha de ocurrencia, lugar de los hechos, cantidad de víctimas, nombre de la víctima, resumen general del hecho, narración de los hechos por el postulado, resumen del SIJYP, elementos materiales probatorios, delito, circunstancias de mayor punibilidad, grado de participación, imputado a, autoridad, radicado, observación*”, siendo esos mismos anexos los que presentó la fiscalía en las audiencias de formulación de imputación inicial y en la concentrada de formulación y aceptación de cargos, como así se constató al examinar los audios de dichas diligencias y se corroboró con el informe de la Magistrada Ponente de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla mediante oficio 04/Desp. de 25 de febrero de 2020.

Valga precisar que en el recuadro correspondiente a la «*relación de los elementos materiales probatorios*», simplemente se hace una enunciación e identificación de los mismos, **sin que se hubiesen entregado o aportado esos medios de convicción.**

Ahora bien, aunque la fiscalía en la solicitud de audiencia concentrada indicó que allegaba los elementos exigidos en el artículo 24 del decreto 3011 de 2013(derogado por 1079 de 2015), ello no significa que quedara relevada de presentar en el curso de la respectiva audiencia los elementos de prueba que sustentaran la imputación, esto es, los cargos atribuidos, ya que del mismo texto normativo citado se deduce que esos documentos corresponden a los anexos que deben acompañar la solicitud de audiencia que se equipara al escrito de acusación.

De esta forma, **no puede entenderse que el ente acusador no estaba obligado a aportar las evidencias y medios de prueba que respaldaran los cargos en el curso de la audiencia ni mucho menos que fuera óbice para que la Sala de Justicia y Paz los hubiese requerido en dicha diligencia pues la ausencia de esos medios de prueba comportaba la imposibilidad de proferir sentencia.**

Por otro lado, mal puede interpretarse que los anexos enlistados en el precitado artículo 24 del Decreto 3011 de 2013 (derogado por 1079 de 2015), correspondan exclusivamente a los medios de prueba que debe aportar la fiscalía para la audiencia, pues como se indicó en líneas atrás, los mismos corresponden al escrito de acusación o solicitud de audiencia concentrada, que por demás, están encaminadas a la acreditación de los patrones de macrocriminalidad y el contexto en que se perpetraron los delitos por parte de la organización armada ilegal, más no corresponden ni pueden tenerse como prueba de las acciones delictivas atribuidas a sus integrantes.».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Finalidad || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Juez transicional:** sometido al imperio de la ley || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Justicia transicional:** características || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Alternatividad penal:** aplicación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** requiere contar con los elementos de juicio que acrediten la ocurrencia de los comportamientos delictivos y la responsabilidad de los postulados || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Sentencia:** no puede sustentarse en la sola aceptación de cargos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** deber del Tribunal de verificar la existencia de patrones de macrocriminalidad || **DEBIDO PROCESO - Se**

vulnera || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación, aceptación o allanamiento a cargos:** exige que la Fiscalía presente los elementos materiales probatorios acerca de los hechos punibles atribuidos a los desmovilizados || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad:** se configura, la Sala la declara a partir del cierre de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad:** se configura, por haberse emitido sentencia, sin que la Fiscalía hubiese aportado las pruebas que acrediten la ocurrencia de los hechos delictivos y la responsabilidad de los inculcados || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia concentrada:** de formulación y aceptación de cargos, cierre, oportunidad para que la Fiscalía presente los medios suasorios que respaldan la imputación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia concentrada:** de formulación y aceptación de cargos, cierre, oportunidad para que la Sala de conocimiento de Justicia y Paz realice el control material y formal de la aceptación || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Audiencia de formulación de imputación:** no requiere el aporte de evidencias o medios de prueba

«Acorde con los anteriores derroteros, se advierte que **la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz profirió sentencia sin contar con los elementos de juicio que acreditaran la ocurrencia de los comportamientos delictivos y la responsabilidad de los postulados**, la cual, se precisa **no puede sustentarse en la sola aceptación de los cargos.**

De este modo resulta evidente la irregularidad del Tribunal, pues la no presentación por parte de la fiscalía de los medios de convicción acerca de los hechos punibles atribuidos a los desmovilizados **impedía continuar con el trámite de la audiencia concentrada** de formulación de imputación y aceptación de cargos, el subsiguiente incidente de reparación integral y el proferimiento de la sentencia.

El yerro resulta **trascendente** porque al no haberse acreditado con las pruebas pertinentes la ocurrencia de los ilícitos, el a quo no podía dar por demostrados los mismos ni declarar la responsabilidad de los postulados.

Adicionalmente como se refuta la no legalización de algunos cargos precisamente porque según el Tribunal no aparecen demostrados, tal situación a pesar de ser cierta, sin embargo, no tiene coherencia con lo decidido pues, si no se

acreditaron los supuestos facticos de los delitos imputados no habría lugar a legalizar ninguno de los cargos.

Podría estimarse que para el momento de la imputación ya se había proferido condena contra los cabecillas del «*Bloque Norte de las AUC*» como consta en los elementos entregados con la solicitud de audiencia concentrada, en los que aparecen definidos los patrones de macrocriminalidad como se indicó en la sentencia, empero, la consecuencia de ello no sería otra distinta de estimar que la fiscalía no requeriría de la elaboración de otros patrones y contextos siempre que sean idénticos a los ya presentados que ilustran la forma como se perpetraron los ilícitos; más ello no significa que se tengan por probados los hechos individualmente imputados ni la responsabilidad de los desmovilizados.

De acuerdo con lo anterior, **la Sala se abstendrá de estudiar las censuras planteadas por la fiscalía e invalidará la actuación únicamente desde el cierre de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos**, para que en la continuación de la misma se enmiende el yerro en que se incurrió, posibilitando que la fiscalía aporte las pruebas que acrediten la ocurrencia de los hechos delictivos y la responsabilidad de los inculcados, garantizado a su vez los derechos de las partes e intervinientes.

Se advierte que **la nulidad no comprende toda la audiencia concentrada sino solamente el cierre de la misma**, acto procesal que corresponde al señalado en el artículo 19 de la Ley 975 de 2005, **por las siguientes razones:**

(i).- Esa es la oportunidad para que la Fiscalía presente los medios suasorios que respaldan la imputación, si en cuenta se tiene que en el proceso de Justicia y Paz no está contemplada la audiencia de juzgamiento.

(ii).- En esta diligencia, la Sala de conocimiento de Justicia y Paz realiza el control material y formal de la aceptación de los cargos, de modo que ello implica verificar si los punibles enrostrados cuentan con el respectivo soporte probatorio.

(iii).- No puede ser en la audiencia inicial de formulación de imputación la oportunidad para presentar los medios de prueba, pues ésta corresponde a la comunicación fáctica de los cargos al postulado sin que requiera el aporte de evidencias o medios de prueba, pues a partir de esta audiencia, la fiscalía contará con el término de 60 días para adelantar la labores de verificación de los hechos confesados por el postulado, como así indica el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, luego de lo cual solicitará a la Sala de Conocimiento la realización de la audiencia concentrada».

(Textos resaltados por la Relatoría)

LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES

Admite la modalidad de tentativa en los casos del inciso primero del artículo 116 A del Código Penal

La Sala decidió *no casar* la sentencia impugnada y confirmar el fallo condenatorio impuesto por primera vez en segunda instancia, por el delito de *lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares en grado de tentativa*. A este respecto, encontró necesario efectuar fundamentales precisiones sobre los antecedentes legislativos de este novedoso tipo penal autónomo, contemplado en la denominada *Ley Natalia Ponce*, por cuya virtud y como excepción a la regla general que rige el ordenamiento, tratándose de la conducta de lesiones personales, se introdujo la modalidad de tentativa frente a la hipótesis contemplada en

el inciso primero del artículo 116 A del Código Penal, dispositivo amplificador del tipo que se encontró probatoriamente acreditado en el asunto concreto, que fue analizado observando la garantía de doble conformidad.

SP2916-2020 (55653) del 29/07/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - En grado de tentativa: demostración || PRUEBA PERICIAL - Examen químico: apreciación || LESIONES CON

AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - Finalidad legislativa:

Ley Natalia Ponce, funda su expedición en la necesidad de tratar con mayor rigor la conducta como tipo penal autónomo y en procura de proteger a la mujer (Ley 173 de 2016)

|| LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES -

Evolución legislativa: Ley Natalia Ponce, al igual que el feminicidio, la agresión por este medio se fundamenta en criterios discriminatorios y busca afectar la dignidad, autoestima y autonomía de la mujer (Ley 173 de 2016)

|| ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer || VIOLENCIA DE GÉNERO -

Uso de agentes químicos || LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES -

Evolución legislativa: Ley Natalia Ponce, criterio expansivo, delimita un tipo específico y autónomo, introduciendo la modalidad de tentativa (Ley 173 de 2016)

|| LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES -

Evolución legislativa: antes de la introducción del artículo 116 A del Código Penal, se consideraban propias del punible de lesiones personales

|| TENTATIVA - Concepto || TENTATIVA - Actos de ejecución || DELITOS DE MERA CONDUCTA -

No admiten la tentativa || LESIONES PERSONALES -

Tipicidad objetiva: por su estructura, no admite la modalidad de tentativa, dada la adscripción directa de la pena al daño o resultado demostrado de la agresión

|| LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES -

Diferencia con el tipo de lesiones personales: no impide acudir al dispositivo amplificador de la tentativa

|| LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES -

Delito de resultado: admite la modalidad de tentativa en los casos del inciso primero del artículo 116 A del Código Penal

|| LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y / O SUSTANCIAS SIMILARES -

Agravado: inciso segundo artículo 116 A del Código Penal, no admite la modalidad de tentativa

«[...] la verificación material de los motivos de inconformidad expresados por el representante judicial de la acusada, arroja fortuna respecto de sus pretensiones, pues, se hace evidente que el cargo parte de un presupuesto errado para así buscar significar la materialidad de un presunto error de hecho por falso raciocinio.

A este efecto, la Corte debe comenzar por señalar que no existe discusión respecto de la forma en que sucedieron los hechos, pues, se ha aceptado, por virtud de lo que declarara la víctima, los agentes de policía que le prestaron protección y el examen químico realizado al líquido que en una botella llevaba la acusada, cómo, ya pasada la medianoche del 15 de enero de 2016, en plena vía pública y durante una riña verbal, MAML, **arrojó en contra de la humanidad de EFS, el contenido del frasco que llevaba consigo, no otra cosa que ácido clorhídrico, el cual no afectó la humanidad de su contradictora gracias a las maniobras que esta realizó para evadirlo.**

Lo descrito se encuentra verificado con los medios de prueba allegados, mismos que no solo otorgan completa credibilidad, sino que no han sido controvertidos en su esencia a lo largo del trámite procesal.

Así, la víctima describió cómo al llegar al lugar por el cual se desplazaba la acusada, esta extrajo el frasco con el ácido, lo que la obligó a correr, logrando con ello evadir la lesión.

Y ello es soportado completamente con lo expuesto bajo la gravedad del juramento por los dos agentes que auxiliaron a la afectada, monocordes en sostener que, en efecto, vieron el preciso momento en que la procesada lanzó el líquido en contra de la humanidad de EF, pero no dio en el blanco gracias a que esta corrió y evitó se le impregnase con el mismo.

Tampoco se duda de la calidad de la sustancia que arrojó la acusada, pues, de inmediato el frasco que llevaba en su bolso le fue incautado por los uniformados, que adelantaron una prueba preliminar positiva para su naturaleza corrosiva, después ratificada en el laboratorio por el perito.

En estas condiciones descrito lo ocurrido, sin posibilidad de controversia probatoria al respecto, en tanto, la defensa omitió presentar en juicio algún tipo de prueba que refute lo referido por los testigos de la Fiscalía, pero tampoco ha encontrado motivo para discutir la justeza de ello, para la Corte se verifica elemental la definición de la conducta punible en su cariz objetivo y consecuencial responsabilidad penal atribuida a MAM.

En este sentido, si bien, el tipo penal en estudio puede asumirse novedoso, es lo cierto que la conducta no lo es, pues, simplemente, **antes de**

la introducción del artículo 116 A en el Código Penal (Ley 173 de 2016, conocida como Natalia Ponce), las lesiones con ácido y similares, se consideraban propias del punible de lesiones personales, y sus efectos punitivos se regulaban en razón de las consecuencias sobre la salud del afectado.

Al presente, **a más de delimitar un tipo específico cuando la agresión ocurre por este tipo de medios, se introduce la modalidad tentada del delito**, en consonancia con lo dispuesto al respecto por el artículo 27 del Código Penal.

En estricto sentido, sin que la Corte deba desgastarse con innecesarias disquisiciones respecto del **delito tentado**, su naturaleza, requisitos y efectos, la norma penal castiga con sanción atenuada los casos en los que se inicia la ejecución del hecho a través de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, pero esta no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

En este sentido, la Sala no deja de registrar que, en efecto, lo planteado por la novísima normatividad, **con la introducción del parágrafo segundo del artículo 116A, marca una diferencia ostensible con la manera en que se configura por el legislador el delito de lesiones personales, dado que en su estructura limita la posibilidad de acudir al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa**, pues, el tipo básico, artículo 111 del C.P., **siempre remite**, para la correspondiente punibilidad, **al daño efectivo y concreto que se registre en la víctima**, a su vez, desarrollado en las normas subsecuentes.

Esto, para significar que dentro de su naturaleza típica como delito, **las lesiones personales causadas con agente líquido álcalis o sustancia corrosivas descritas en el inciso 1° del artículo 116 A, no impide acudir al dispositivo amplificador de la tentativa**, en tanto, ontológicamente siempre será posible separar los actos ejecutivos idóneos dirigidos a causar el daño, de la intervención de una causa ajena a la voluntad del ejecutor, en términos del artículo 27 del C.P., que impide consumir la pretensión.

Vale decir, el que se trate de una conducta penada por el resultado -como sucede, cabe destacar, con el homicidio, que admite la modalidad tentada-, lejos de controvertir la tesis

de realización en grado de tentativa, la prohija, precisamente porque como no se consuma el delito, por razones ajenas al agente, se faculta acudir al fenómeno del conato.

Por el contrario, para ejemplificar, **los delitos llamados de mera conducta**, dígase, entre otros, la injuria, por su naturaleza **de ninguna manera permitirían aplicar el mecanismo amplificador**.

De este manera se entiende perfectamente factible establecer la modalidad tentada en el delito de lesiones personales aludido en el inciso 1° del artículo 116 A del Código Penal; conforme lo consagró el legislador al incluir en el parágrafo segundo de esa norma la tentativa en este punible.

La llamada Ley Natalia Ponce, como se recuerda, **funda su expedición en la** que entendió el legislador **necesidad de tratar con mayor rigor este tipo de conductas, a través de su visibilización como tipo penal autónomo y en procura de proteger de mejor manera a la mujer** -cual sucedió también con la configuración del delito de feminicidio-, en el entendido que la agresión por este medio hunde sus raíces en criterios discriminatorios y busca, además del daño físico, afectar su dignidad, autoestima y autonomía.

En estas condiciones, se advierte cómo se buscó un **criterio expansivo** de la conducta, que no solo incrementa de manera superlativa la sanción, sino que abarque los actos ejecutivos adelantados, así no alcancen la consumación, dada su potencialidad por sí misma lesiva, referida al tipo de sustancia deletérea utilizada en el cometido dañoso.

Desde luego, la consagración del delito como tipo autónomo, que en sí mismo describe la acción objeto de pena y el monto de la misma, pero, con mayor efecto respecto de la naturaleza de la conducta, reseña además del daño, el tipo de elemento que se utiliza para procurarlo, y matiza las limitaciones, atrás referenciadas, respecto del tipo básico de lesiones personales detallado en el artículo 111 del C.P., que obligan determinar un daño concreto en el cuerpo o la salud, e impiden definir, para la tentativa, una intención antelada respecto de alguno de estos efectos.

Huelga señalar que **la posibilidad de adecuar la conducta fijada en el artículo 116 A del C.P., al fenómeno de la tentativa, remite exclusivamente al hecho contemplado en su**

inciso primero, pues, el segundo, que regula la modalidad más grave, si exige la previa determinación de un resultado, representado en *“deformidad o daño permanente, pérdida total o parcial, funcional o anatómica”*, que no solo dependen del querer del agresor, sino de los efectos concretos que en el cuerpo se causen y determine un galeno.

Debe resaltar la Corte, en consecuencia de lo referido, que la norma específica en examen, no modifica ni desestructura la forma en que el legislador ha estimado necesario tratar el delito de **lesiones personales en general**, vale decir, este **no admite la modalidad tentada, dada la adscripción directa de la pena al daño ocasionado**, o mejor, **al resultado demostrado de la agresión**.

El artículo 116 A, entonces, constituye una excepción a ese criterio general, que solo posibilita, como se dijo atrás, la modalidad tentada en los casos de su primer inciso».

LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - En grado de tentativa: demostración || **LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES - En grado de tentativa:** se configura, evento en que el sujeto activo arrojó sustancia corrosiva en contra de la humanidad de la víctima || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Proposición:** deben referirse a fenómenos de observación cotidiana || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - No se configuran || REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Diferencia con las leyes de la ciencia:** cuando se trata de un fenómeno pasible de verificar por medios objetivos || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, aptitud para provocar el resultado típico en un curso causal ordinario || **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos:** convencimiento más allá de toda duda || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** confirma condena

«Hecha la precisión, es ostensible, para la Sala, que efectivamente la acusada superó, en el caso concreto, el límite no castigado de los actos preparatorios e incursionó en los ejecutivos, pues, no otra conclusión puede extractarse del hecho de sacar de su bolso el frasco contentivo de la sustancia corrosiva y arrojar esta en contra de la humanidad de la víctima.

Desde luego, en este escenario emerge carente de soporte probatorio y dogmático la tesis que en

contrario y sin mayor argumentación busca entronizar el defensor de la procesada, entre otras razones, porque no se hace radicar en la dinámica de los actos alcanzados a desplegar por su protegida, sino que se soporta en un hecho ajeno a esta, radicado en que, supuestamente, lo ejecutado emerge inidóneo para obtener el resultado querido, e incluso, que tampoco se buscaba un resultado dañoso, porque los medios no eran adecuados, argumento que no admite la realidad probatoria que **acredita que tanto el líquido corrosivo como la conducta de la acusada de arrojarlo a poca distancia hacia la víctima, eran suficientemente idóneos y constitutivos de actos ejecutivos de lesiones personales**.

Tampoco es necesario que en este caso la Corte asuma un estudio profundo de las teorías que gobiernan la idoneidad de medios y sus efectos respecto de la conducta, hasta derivar en el llamado delito imposible o tentativa inidónea, apenas, porque el recurrente ningún esfuerzo adelanta para derivar hacia allí la discusión.

Por sustracción de materia, se aclara, nada tiene que responder la Sala, en tanto, la controversia planteada se remite al campo probatorio, dentro de **la especulación que surge a partir de una regla de la experiencia que no lo es**.

En efecto, el centro de discusión gira en torno de la postura personal del defensor, planteada como **regla de la experiencia**, que muta la actividad desarrollada por la afectada para evitar el daño - esto es, en términos del tipo penal, la circunstancia ajena a la voluntad de la procesada-, en inusual o de imposible ocurrencia.

Cabe anotar que, por fuera de la interesada visión del recurrente, nada soporta su afirmación atinente a que, en tratándose de un líquido el arrojado a la víctima, solo por virtud de la completa inidoneidad del medio o la ausencia de voluntad de causar lesión de la acusada, puede explicarse que este no diera en el blanco.

Ello, se repite, **de ninguna manera constituye una regla de la experiencia, como quiera que, si se tratase de un fenómeno pasible de verificar por medios objetivos** -no de un comportamiento humano que pueda registrarse ocurrir de manera común dentro de un ámbito específico- **el tema deriva hacia tópicos científicos**, o cuando menos técnicos, que

demandan de la correspondiente demostración por vía pericial.

En otros términos, si el impugnante advierte que en todos los casos en que se arroja una sustancia desde un frasco a determinada persona, esta necesariamente debe impactar en la misma, se obligaba presentar el correspondiente estudio físico que así lo demuestre.

Pero, es claro, ello no puede ser objeto de ningún tipo de demostración cabal dentro de esos términos, precisamente, porque para ese efecto se reclama examinar muchas variables, entre ellas, la que desde la acusación funda el delito tentado, remitida a que el objeto de ataque no era un blanco inanimado e inmóvil -en cuyo caso, cabe aclarar, también es posible errar el golpe, entre otras razones, por la falta de tino del atacante- sino una persona que, al advertir evidente la agresión -en actos ejecutivos representados por la exhibición del frasco y el lanzamiento de su contenido- corrió para no ser alcanzada por la sustancia corrosiva.

Lo que los hechos aquí examinados informan, acorde con la prueba recaudada, es que la víctima pudo correr y este fue el factor eficiente para que la sustancia no la afectara en su humanidad, **sin que quepa ninguna duda de que la acción alcanzada a realizar por la acusada, materializa por completo el acto ejecutivo e idóneo propio del delito tentado;** y, además, que esa actividad puntual define ostensible **una voluntad inequívocamente dirigida a obtener el resultado querido**, no otro distinto a lesionar a su contradictora.

Así las cosas, para responder a una de las inquietudes del impugnante, si de verdad la acusada no quería afectar la integridad física de la víctima, pues, simplemente, no le habría arrojado el líquido corrosivo.

Para la Sala, una vez verificados las pruebas allegadas a la encuesta, surge evidente que no solo el medio, sino la acción adelantada por la acusada, emergen idóneos para obtener el resultado dañoso.

Respecto de lo primero, el medio, al juicio acudió el **perito**, que no solo detalló la naturaleza del líquido encontrado en poder de la procesada, hasta definir, sin duda, que se trata de ácido clorhídrico, sino su capacidad dañosa para el cuerpo y la salud.

Sobre este particular, por fuera del conocimiento común respecto de una sustancia que acostumbra usarse en tareas mecánicas y similares, es claro que corresponde a un líquido que causa de inmediato quemaduras en la piel, dada su naturaleza cáustica y altamente corrosiva, a más de los ojos y las vías respiratorias. Incluso, si alcanza a penetrar por vías orales al organismo, puede generar la muerte.

No ha sido este tópico, por lo demás, uno que fuese objeto de controversia por los sujetos procesales en los estadios del trámite procesal.

En lo que corresponde a los actos ejecutivos desarrollados por la procesada, el demandante apenas insinúa, sin precisar el punto, que la distancia entre víctima y victimaria debió ser mucha -tanta, que no era posible alcanzar con el líquido arrojado a la segunda-, pues, solo así se explica que no se hiciera blanco.

A este efecto, ya se anotó cómo son muchos los factores que pueden incidir en que no se alcance el objetivo, entre ellos, el poco tino de quien arroja la sustancia.

Pero, en el caso concreto se tiene establecido, por virtud de lo narrado por la afectada y los agentes de policía, testigos presenciales del hecho, que no fue la distancia un factor incidente que frustrase lo pretendido.

Se recuerda, la acción ejecutiva inició en el mismo momento en que víctima y victimaria se pusieron a la par, en el mismo lugar de la vía pública por la cual ambas se desplazaban.

Allí, de inmediato la acusada se dispuso a arrojar el líquido, lo que produjo la huida de la víctima, momento en el cual lanzó la sustancia ML, solo que por virtud de la maniobra defensiva de su contradictora, no se alcanzó el objetivo.

Los uniformados confirman que una y otra actividades -ademán de lanzar el líquido e inmediata carrera de la potencial afectada-, se sucedieron de manera coetánea, verificando que la distancia era mínima, esto es, que la posibilidad de daño era real.

Sobra señalar, que precisamente la existencia de circunstancias ajenas al querer de la atacante, se erige en el factor fundamental que impidió la consumación del delito, lo que facultó inscribirlo en el dispositivo amplificador de la tentativa.

Entonces, demostrado que hallándose a la par ambas, la victimaria realizó actos ejecutivos inequívocos dirigidos a causar daño en la humanidad de la víctima, determinados, en un primer momento, en la actividad de destapar el frasco y buscar lanzar su contenido en contra de la humanidad de aquella, no se duda que la carrera de la afectada, en contra de la cual siguió desarrollando su querer la procesada, al lanzarle la sustancia, se erigió en hecho ajeno que impidió la materialidad del daño.

Ello permite **verificar completamente adecuada la responsabilidad penal que por el delito de lesiones personales contenido en el artículo 116 A del C.P., concluyó el Tribunal, decisión que habrá de confirmarse en su integridad.**

Finalmente, como el desarrollo argumental lo hace ver, la Corte, en procura de satisfacer el

presupuesto de **dobles conformidad**, examinó detalladamente la decisión condenatoria de segundo grado, acorde con el material probatorio arrojado al juicio de manera legal, superando ampliamente el campo de acción del cargo formulado en casación.

En otras palabras, para efectos de cumplir con el estándar mínimo de debido proceso y derecho de defensa, el examen de la Sala se extendió a todos los factores incidentes en la condena, procesales, fácticos, jurídicos y probatorios, hasta definir que, en efecto, la procesada ejecutó el delito objeto de acusación, con absoluta responsabilidad penal, razón suficiente para que deba **confirmarse el fallo proferido por el Ad quem**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018

Al definir la competencia para conocer de una solicitud de libertad planteada por un miembro de un *Grupo Delictivo Organizado* (GDO), la Sala precisó que este tipo de pedimentos se rigen por una regla específica sometida al *principio de legalidad*, acorde a lo estipulado en la Ley 1908 de 2018, de forma tal que corresponde constatar dónde se realizó la imputación o en qué lugar se presentó o presentará el escrito acusatorio.

Acotó que el aspecto subjetivo, relativo a la pertenencia del solicitante a la organización delictiva, es ajeno al trámite incidental, por lo que se deben tener en cuenta las precisiones que sobre el particular efectúe la Fiscalía en el caso concreto.

1279 del 15/07/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 A de la Ley 906 de 2004 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 || **INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE ORGANIZACIONES CRIMINALES - Fortalecimiento:** conforme a la Ley 1908 de 2018 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, contempla una regla específica sometida al principio de legalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal escapa al trámite incidental || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la

organización criminal se atiene a los planteamientos de la Fiscalía en el caso concreto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, corresponde al de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, corresponde al de la ciudad o municipio donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación

«con ocasión de la Ley 1908 de 2018, expedida para fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, entre otras disposiciones, se adicionó al Código de Procedimiento Penal el **artículo 317A**, que contempló **las causales de libertad en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados** y estipuló en el parágrafo tercero que:

La libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados solo podrá ser solicitada ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación, y donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación.

En esa medida, **la norma en cita contempla una regla de competencia específica** que, por virtud del **principio de legalidad**, debe aplicarse siempre que se reúnan las condiciones legales para ello, entre esas, la exigencia subjetiva allí descrita: *“miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”*.

Empero, **la efectiva pertenencia del implicado a una organización criminal** en los términos fijados por la Ley 1908 de 2018, y los términos generales de su aplicación o no, **escapa del tema objeto de debate en este tipo de trámite incidental; por lo cual, resulta de vital importancia atenernos a los planteamientos expuestos por la Fiscalía en cada caso concreto** y la comprensión que sobre el mismo tenga el ente acusador, sin invadir el rol que le corresponde.

Es así como, en el presente asunto, se advierte desde ya que, teniendo en cuenta la regla específica de competencia señalada en el artículo

317A de la Ley 906 de 2004, el Juez con funciones de control de garantías de Tuluá, no le corresponde asumir la audiencia de libertad por vencimiento de términos impetrada el favor del imputado.

En efecto, tal y como fue destacado por el titular del Juzgado aludido, en la audiencia de imputación de cargos, la representante del ente acusador explicó que el indiciado, desde inicios del año 2019, era el encargado de coordinar, comercializar y vender estupefacientes, en municipios como el Roldanillo, Bolívar, la Unión, el Dovio y aledaños, adscrito a una *“organización”* integrante del Grupo Delictivo Organizado denominado *“los del cañón”*, en el que ya se habían capturado a 3 personas separadamente, y que, en esta ocasión, se hizo lo mismo con 2 sujetos más, dentro de los cuales se encuentra R A D P, alias *“el grillo”*.

Luego, teniendo en cuenta que, para la Fiscalía, se trata de un presunto integrante de un Grupo Delictivo Organizado; desde los criterios fijados por el parágrafo tercero de la Ley 1908 de 2018, corresponde verificar dónde se realizó la imputación y en qué lugar se presentó o presentaría el escrito acusatorio.

En ese orden, se tiene que lo primero se suscitó en la ciudad de Cali, y según lo expresado por la Fiscal, cuando afirmó que **el escrito de acusación será presentado en la ciudad de Buga** y que por facilidades de distancia allí resultaría más cómodo a las partes; se dispone **asignar la competencia para adelantar la audiencia de libertad por vencimiento de términos al juez de control de garantías de Guadalajara de Buga**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - INTERVINIENTE:

Evento en que la responsabilidad se atribuye a título de extraneus, respecto de servidor público perteneciente a organización delictiva, en la que otro ejecutó la conducta en condición de intraneus

La Sala confirmó la sentencia condenatoria frente al delito de *concierto para delinquir*, y revocó la decisión absolutoria respecto de los delitos de *falsedad ideológica en documento público* y *prevaricato por acción*, para en su lugar imponer también fallo de condena al funcionario judicial acusado de pertenecer a una organización delictual, conformada por empleados judiciales, abogados y jueces de control de garantías, encaminada a otorgar libertades, prisiones domiciliarias o traslados de internos de las cárceles. Para arribar a esta determinación, efectuó importantes precisiones en relación con la modalidad de participación a título de *interviniente* que cabía atribuirle frente al delito contra la *fe pública*, en lugar de aquella como determinador que inicialmente le fue asignada. Igualmente, se profundizó en el estudio del tipo penal contra la *administración pública*, no sólo en cuanto a la manifiesta contradicción de la decisión adoptada frente a la ley, sino enfatizando en el carácter doloso con que se obró en el evento examinado.

SP2171-2020 (50294) del 24/06/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Tipicidad objetiva || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Elementos:** servidor público, en ejercicio de sus funciones || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura:** evento en que el servidor judicial alteró el sistema de reparto y utilizó el acta para demostrar, contrario a la verdad, que la solicitud de audiencia había sido asignada al juzgado de forma transparente || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Demostración** || **DETERMINADOR - Concepto:** sin realizar materialmente la conducta descrita en el tipo, hace nacer en otro la idea delictiva || **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Interviniente:** evento

en que la responsabilidad se atribuye a título de extraneus, respecto de servidor público perteneciente a organización delictiva, en la que otro ejecutó la conducta en condición de intraneus || **CASACIÓN - Variación de la calificación jurídica:** de la forma de participación de determinador a interviniente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** variación de la calificación jurídica por el juez, procedencia || **DEBIDO PROCESO - No se vulnera** || **RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal:** revoca sentencia absolutoria, para emitir una de carácter condenatorio

«De la falsedad ideológica en documento público

El artículo 286 del Código Penal consagra el delito de falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

Comportamiento que se agrava en los términos del artículo 290 ídem **cuando se usare el documento.**

La Corte en su reiterada y pacífica jurisprudencia ha decantado que la **tipicidad objetiva** del delito de **falsedad ideológica en documento público** está constituida por tres elementos: **i) un sujeto activo calificado**, en tanto, debe ser servidor público que en ejercicio de sus funciones; **ii)** elabore o suscriba un documento público con potencialidad probatoria, **iii)** en el que se calla total o parcialmente la verdad, o se distorsiona, tergiversa o altera la misma. (CSJ SP 163-2017, 18 enero 2017, rad. 48079).

[...] En el caso concreto se estableció que LM, servidor público adscrito al Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, encargado entre otras funciones de hacer el reparto de las audiencias programadas, asignó una solicitud de audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento, al Juez 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, sin someterla al procedimiento de reparto debido.

El referido servidor público, rindió testimonio en el juicio oral, sesión realizada el 27 de enero de 2016, y explicó el procedimiento a seguir para el reparto de carpetas [...]

[...] Agregó que el reparto, en cualesquiera de sus modalidades, aleatorio o directo, puede ser objeto de alteraciones. Si es directo, se reparte al despacho al cual se quiere asignar de antemano; y si es aleatorio, simplemente se desactivan todos los juzgados y se deja aquel al que se quiere que se reparta el asunto.

En relación con la asignación de la solicitud de audiencia preliminar de revocatoria de la medida de aseguramiento proferida en contra de JRO, reconoció que fue él la persona que manipuló el reparto.

[...] **La referida acta de reparto fue utilizada para demostrar, contrario a la verdad, que la solicitud de audiencia le había correspondido al Juez [...] Penal Municipal con función de control de Garantías, de forma transparente,** en tanto, el sistema mismo aleatoriamente la había asignado a ese despacho, cuando en realidad fue dirigida directamente por el funcionario a cargo del reparto.

[...] [...] se advierte que fue este empleado quien materialmente ejecutó el comportamiento punible, aprovechando su condición de servidor adscrito al Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, donde desempeñaba, entre otras funciones, el reparto de audiencias preliminares, alteró el sistema para que esa determinada audiencia le correspondiera al Juez [...] Penal Municipal con función de Control de Garantías.

FJB fue acusado en calidad de determinador por este delito, bajo el entendido que la audiencia fue dirigida al Juzgado del cual era titular.

La Corte ha señalado que **el determinador** no ejecuta materialmente la conducta porque es quien induce a otro a realizar el comportamiento doloso mediante consejo, mandato, precio, coacción insuperable o error. En otros términos, **sin realizar materialmente la conducta descrita en el tipo, hace nacer en otro la idea delictiva que finalmente se actualiza.**

No obstante, los elementos probatorios debatidos en la vista pública no ofrecen elemento de juicio alguno que permita sostener, ni en grado mínimo, que él, como titular del Juzgado [...] Penal Municipal con función de control de garantías, solicitó, aconsejó, presionó, coaccionó o convenció a ELM para que alterara indebidamente el reparto y le asignara esa audiencia preliminar.

Esto, en estricto sentido dogmático, porque la forma de operación que se atribuye al grupo delictuoso, en cuanto, perfectamente organizado para adelantar, durante toda su ejecución y perfeccionamiento, las conductas necesarias a fin de obtener lucro a partir de dirigir el reparto hacia quien tomara decisiones positivas para el procesado, repugna a la tarea si se quiere coyuntural o episódica de instar a una persona para que, apenas en un caso, proceda a alterar el reparto.

En mejor sentido jurídico, la Sala entiende que, dada la pertenencia de FJB, a la red criminal creada con el propósito de negociar las decisiones que debían adoptar los jueces de control de garantías, no solo conocía su funcionamiento, sino que sabía cómo, para garantizar el éxito de la gestión acordada, las solicitudes de audiencias de los interesados en los servicios de la organización, debían ser asumidas por los despachos comprometidos con la organización ilegal, lo cual se lograba superando los controles dispuestos para garantizar la transparencia del reparto.

A tono con ello, **su responsabilidad se concreta no como determinador** -en la concepción dogmática de participación penal que encierra la figura elegida por la Fiscalía- **sino en calidad de interviniente.**

En otros términos, aunque no participó en la falsedad del acta de reparto, en cuanto, no se trataba del funcionario encargado de adelantar esa tarea, necesariamente conoció y participó, en cuanto, adscrito al grupo delictuoso, en el amplio entramado que, con visos de necesidad, obligaba adelantar tareas previas de reparto en el centro de servicios, uno de cuyos casos, no el único, resalta la Corte, corresponde a la audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento proferida dentro del radicado [...], a efectos de que fuera dirigida indebidamente a su despacho, en cumplimiento del acuerdo previo celebrado a efecto de que allí se resolviera en términos favorables al peticionario.

Se concluye: si ya ha sido claramente definido que el acusado hacía parte principal de la agrupación ilícita conformada con abogados, jueces y empleados del centro de servicios judiciales, que actuaba con criterio de permanencia y no apenas en casos aislados o coyunturales; y si, además, no se discute que esa banda partía por ofrecer sus servicios a procesados, sus familiares o abogados,

consistentes en obtener decisiones favorables a sus intereses, para lo cual se alzaba fundamental contaminar la tarea de reparto, es claro que **al funcionario venal** aquí investigado, **cabe atribuirle responsabilidad en el cúmulo de delitos obligados de realizar para los fines previstos**, en tanto, del mismo se predica pleno conocimiento y absoluta voluntad hacia el efecto, independientemente de que directamente no interviniese en todas las facetas criminales.

Huelga anotar, al efecto, que si ahora no se condena al acusado, en calidad de coautor, así fuese de la impropia, es exclusivamente porque **el delito que se le atribuye, falsedad en documento público, corresponde, en su autoría, a un sujeto activo calificado, que no lo es él en el caso concreto, a pesar de su vinculación como juez de la república.**

Por esta razón, **la decisión adoptada por el juzgador, en el sentido de absolver de responsabilidad al acusado por este delito, será revocada para, en su lugar, condenar en condición de extraneus por el delito de falsedad ideológica en documento público**, previsto en el artículo 286 agravado en los términos del artículo 290 del Código Penal.

Cabe señalar, respecto de **lo decidido**, que ello **no entraña vulneración al debido proceso**, ni efecto gravoso ninguno en contra del procesado, pues, **la variación en la forma de participación no implica mayor punición para él y se respeta a cabalidad el hecho jurídicamente relevante que soportó la acusación**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Competencia territorial, excepción cuando se trata de priorizar los derechos de un niño víctima de delito sexual

La Sala mantuvo la asignación de competencia en un Juzgado Penal Municipal con función de Control de Garantías, tras advertir que en este evento operaba una circunstancia excepcional, que habilitaba adelantar la audiencia preliminar y reservada de *expedición de orden de captura*, en una comprensión territorial distinta del lugar en el que se presentaron los hechos, habida cuenta de la necesidad de priorizar y garantizar los derechos de una niña víctima de delito sexual.

AP796-2020 (57175) del 04/03/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: ejercicio por cualquier juez penal municipal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:**

competencia territorial, excepción por razones de urgencia que sustentan la escogencia del municipio donde se solicita la intervención del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia territorial, excepción cuando se trata de priorizar los derechos de un niño víctima de delito sexual || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Orden de captura:** audiencia reservada de expedición, finalidad || **PRINCIPIO PRO INFANS** - Corresponde a la autoridad judicial dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones, artículo 193, Ley 1098 de 2006 || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** respecto de audiencia preliminar, se circunscribe a evaluar la razonabilidad de la escogencia del juez de control de garantías, en situaciones excepcionales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías:** competencia, para adelantar audiencia reservada de expedición de orden de captura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** juez de control de garantías

«Aclarado lo anterior, procede la Sala a establecer cuál juzgado debe conocer de la audiencia de *«expedición de orden de orden de captura»*, presentada en el proceso radicado bajo el No. [...].

Al respecto, se tiene que el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, establece que **cualquier juez penal municipal** puede ejercitar la función de control de garantías.

A pesar de la amplitud del tenor de la citada disposición, esta Corporación ha expuesto que la fijación de la competencia, en materia de control de garantías, no puede obedecer:

... al capricho o arbitrio del solicitante, sin parar mientes en el elemento territorial, que sigue siendo factor fundamental para el efecto, como fácil se extracta de la sola lectura contextualizada de la totalidad del artículo modificado, en cuanto, remite siempre al lugar de ocurrencia del hecho.

Solo en casos excepcionales, por motivos fundados, es factible que la audiencia preliminar sea solicitada y realizada por un juez distinto al que tiene competencia en el lugar del hecho (CSJ AP6115 - 2016 reiterada en CSJ AP8550 - 2017).

Esa posición se ha justificado con base en lo siguiente:

En su redacción original, el artículo 39 del estatuto adjetivo establecía que el control de garantías sería ejercido por «un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito», pero a partir de la modificación introducida por el canon 48 de la Ley 1453 de 2011, esta función corresponde a «cualquier juez penal municipal».

Según lo ha explicado la Sala, este cambio normativo no puede entenderse como una autorización a las partes para escoger, sin limitación alguna, el juzgado de garantías al que quieren acudir. Por ello, **en materia de audiencias preliminares, de manera preferente deben respetarse las reglas atributivas de competencia en razón del territorio, pero éstas pueden exceptuarse si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan.** La resolución de este tipo de controversias debe tomar como puntos de partida el **principio de razonabilidad y la mayor protección posible de las garantías procesales** de quienes puedan verse afectados con las decisiones a adoptar. (Cfr., entre otros, CSJ AP, 26 Oct 2011, Rad. 37674).

Al fijar dichas pautas, la jurisprudencia en cita ha ofrecido algunos ejemplos en los que se considera necesario desconocer la regla general y aplicar la excepción. Entre otras hipótesis, así debe procederse cuando el procesado «se encuentre privado de la libertad en establecimiento carcelario de lugar diferente al de

la comisión del acontecer fáctico» (CSJ AP2676 - 2016).

Ahora, de acuerdo con lo informado por la representante de la Fiscalía, los hechos que dieron origen a la presente actuación, tuvieron ocurrencia en [...] (Antioquia), por lo que en principio, sería un juez de dicho municipio el competente para adelantar la respectiva diligencia.

Sin embargo, según indicó la fiscal del caso, presentó la solicitud de audiencia de expedición de orden de captura en Medellín, buscando la celeridad que amerita la actuación, pues se trata de un delito sexual, cuya víctima es una menor de 4 años de edad y el posible agresor es su progenitor.

Al respecto, debe indicar la Sala que **la audiencia de expedición de orden de captura, ha sido concebida con carácter de reservada**, dado que su finalidad es «que se efectúe la privación de la libertad de una persona en forma temporal con el fin de proteger a la sociedad y asegurar su comparecencia al proceso». (Negrilla fuera de texto).

Además, para el presente caso, se debe acudir al artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, según el cual, **con el fin de hacer efectivos los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y protección integral en los procesos en que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas, le corresponde a la autoridad judicial, entre otros, dar prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar».**

Los motivos expuestos por la delegada fiscal, **encaminados a priorizar los derechos de un niño que está siendo víctima de un delito sexual, resultan suficientes para que la audiencia de expedición de orden de captura se realice ante el juez penal municipal con función de control de garantías de Medellín** y no ante el juzgado que por razón del lugar de ocurrencia de los hechos debía conocer de las diligencias, **en tanto se configura una de las excepciones al factor territorial como regla general**, derivada de «razones de urgencia en los que se sustenta la escogencia del municipio donde se solicitó la intervención del juez de control de garantías».

En efecto, si bien los hechos tuvieron ocurrencia en [...] (Antioquia), los motivos urgentes por los

cuales acudió la Fiscalía ante los jueces de control de garantías de Medellín se encuentran debidamente sustentados, pues, **i)** se trata de la orden de captura, como acto urgente para asegurar la comparecencia del indiciado al trámite; **ii)** la víctima es una niña de 4 años de edad; **iii)** su progenitor es el posible agresor y **iv)** se trata de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual.

Así las cosas, ninguna razón le asiste a la juez [...] penal municipal con función de control de garantías de Medellín al rechazar la competencia para adelantar la diligencia solicitada, en consideración a las circunstancias excepcionales

que permiten la realización de una audiencia preliminar en un lugar diferente al de ocurrencia de los hechos, como ocurre en el presente evento.

En esas condiciones y de forma consonante con los precedentes jurisprudenciales atrás citados, **se dispondrá mantener la competencia** para adelantar la aludida audiencia preliminar en el Juzgado [...] Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, por lo que se devolverán de manera inmediata las diligencias, para los fines pertinentes.».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

