

BOLETÍN SALA PENAL



©EL CRISOL DE LA CORDURA 2012

TRIBUNAL SUPERIOR
DE NEIVA

RELATORÍA

JULIO 2018



ÍNDICE

LIBERTAD CONDICIONAL Interés para recurrir	1
NULIDAD Violación al derecho de defensa	2
DELITOS SEXUALES Pautas para llegar al convencimiento más allá de toda duda	5
TESTIGO Existencia de antecedentes penales no lo hace inhábil para declarar	5
LEGÍTIMA DEFENSA No existe en caso de riña	6
DECLARACIÓN DE MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITO SEXUAL Valoración probatoria	8
HOMICIDIO CULPOSO Procedencia de la prisión domiciliaria	10
SENTENCIA Falta de motivación	12
PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Vulneración por parte del juez	15
DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Es un testimonio	18
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Riesgo jurídicamente desaprobado	19
DELITOS CULPOSOS Análisis de las evidencias y testimonios	21
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Obtención de documento público falso, cómputo	22
FRAUDE PROCESAL Prescripción de la acción penal, cómputo	23



ÍNDICE

FRAUDE PROCESAL
Notario, ausencia de responsabilidad

24





ÍNDICE

DELITO CULPOSO Características	21
PRINCIPIO DE CONFIANZA Caracterizas	21
PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Alcance y Límites	22
DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Prelación vehicular	22
HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA Co-dominio del hecho	23
HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA Indicios	24
SENTENCIA CONDENATORIA Exige convencimiento más allá de toda duda	25
LIBERTAD PROBATORIA Ausencia de tarifa legal	25
PRUEBA TESTIMONIAL Valoración y alcance	26
DELITOS SEXUALES Víctima menor de edad	27
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Investigación de delitos sexuales	27
DELITOS SEXUALES Entrevista a menores, requisitos	28
DELITOS SEXUALES Retractación del menor	29

LIBERTAD CONDICIONAL - Interés para recurrir



(...)al escuchar el audio donde se registró la audiencia de presentación de preacuerdo, legalización del mismo y la intervención de la Fiscalía y Defensa para referirse a los temas del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, se revela que el defensor al momento de intervenir no hizo ninguna petición relacionada con la libertad condicional de su prohijada. Sus planteamientos siempre estuvieron encaminados a que a la señora **XXXXXX** se le mantuviera recluida en su hogar para purgar la pena, en otras palabras, se le concediera la prisión domiciliaria.

24. No expuso ningún argumento para demostrar el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 64 del C.P.,(...) . Lo anterior, conlleva para la defensa la falta de legitimación en la causa por carecer de interés jurídico para recurrir sobre este específico tópico, al tornarse imposible apelar sobre algo que nunca se pidió y sobre lo que el sentenciador lógicamente tampoco se pronunció, ni esta Sala tampoco podría abordar so pena de afectarse la segunda instancia.

27. Para mayor claridad, se trae a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia quien explicó:

“Por supuesto, el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales. Ello ha llevado a la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP 18 abr. 2012, rad. 36.608; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; SP 30 abr. 2014, rad. 41.543 y AP 26 abr. 2017, rad. 48.014) a afirmar que cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópico, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, por no existir un agravio, la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió según sus expectativas. Si los recursos son instrumentos para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de aquéllas o adoptar determinaciones oficiosas, no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó.”

28. De acuerdo a lo expuesto, la Sala se abstendrá de pronunciarse de fondo respecto de la solicitud de libertad condicional peticionada.

**Sentencia del 4 de mayo de 2008. Magistrado Ponente: José Enrique
Jesús Hernando Caballero Quintero
Radicado: 41-551-6105-092-2014-81588-01**



**NULIDAD – Violación al derecho de defensa — DELITOS SEXUALES –
Pautas para llegar al convencimiento más allá de toda duda —
TESTIGO – Existencia de antecedentes penales no lo hace inhábil para
declarar**

NULIDAD – Violación al derecho de defensa

Jurisprudencialmente se ha reiterado que el derecho a la defensa «*constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...*», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. La intangibilidad se predica de su carácter de irrenunciable, por cuanto debe el procesado designar un abogado de confianza y, en caso de que éste no pueda o no quiera, es obligación ineludible del Estado asignarle un defensor de oficio o público.

Es real o material cuando el actuar del defensor corresponde a actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas, de manera tal, que no es garantía del derecho a la defensa la sola existencia nominal de un profesional del derecho.

La violación al derecho a la defensa real o material, se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.

En jurisprudencia reciente, la Corte Suprema de Justicia advirtió que la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisibles al derecho de defensa por cuanto:

«[...] [impide] que la verdad declarada en la sentencia [sea] el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios, imponiéndose así la única ventilada en el juicio que, obviamente, [es] la acusatoria. De esa manera, la ineffectividad de la defensa material prácticamente anula las posibilidades de controversia y por esa vía se desvirtúa el fundamento epistemológico de un sistema procesal de corte acusatorio, como el colombiano».

En este sentido, la legitimidad del fallo depende de la verdad procesal de sus presupuestos, los que a su vez se derivan de la paridad de las partes en el contradictorio, es decir, de la puesta a prueba de sus teorías del caso, a través de su efectiva exposición a refutaciones y a contrapruebas, producidas por una defensa dotada de poderes análogos a los de la acusación.

En otra decisión aquella Corporación expresó:

“en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía”.

De manera, que el derecho a la asistencia letrada pretende evitar desequilibrios entre los contradictores que puedan generar como resultado la indefensión y, en consecuencia, desde la óptica adversarial, promueve que las partes en contienda se opongan mutuamente a las pretensiones sustentadas del contrario.

De esa forma, el derecho a la asistencia letrada debe tenerse como cercenado cuando la defensa ejercida en concreto se revela determinante de indefensión, puesto que su estatus fundamental impide reducirlo a la simple designación de un abogado que represente los intereses, si redundando en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva.

Si bien cada abogado es autónomo en el diseño de la defensa de su cliente, de acuerdo con las circunstancias que presente el caso sometido a su tutela, puede apelar a diversas estrategias metodológicas entre las que se destacan: (i) la defensa directa, donde el abogado plantea una postura con fundamento en la prueba positiva y con base en ella desarrolla sus argumentos de descargo; (ii) la defensa indirecta, donde el abogado cuestiona las pruebas del adversario para desestimar su valor y mostrar la falta de solidez de la acusación, aunque sin aportar nuevos elementos de juicio; (iii) la defensa por excepciones, donde el reproche está centrado en las deficiencias de orden procesal relacionadas con la acción, los actos o las personas que intervienen en el proceso. El silencio también puede ser interpretado como una estrategia legítima de defensa en procura de los intereses del sindicado, cuando responde a una táctica previamente ponderada y cuidadosamente examinada por el defensor, máxime si se tiene en cuenta que en virtud del principio de presunción de inocencia, es el Estado quien debe probar no sólo la ocurrencia de un hecho punible sino la responsabilidad del acusado.

Aquí la defensora reiteró la solicitud de nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria por vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, pues en la audiencia preparatoria el defensor de ese entonces omitió argumentar sobre la pertinencia, conducencia y admisibilidad de la prueba que ofrecía, circunstancia por la cual el Juez de instancia negó el decreto de 15, de los 16 testimonios solicitados, elementos de juicio que estima pertinentes para probar su teoría del caso.





Antes de entrar en honduras debe recordarse que el acusado fue capturado en el lugar de los hechos, en el Centro Recreacional XXXXXX de la ciudad de Neiva. Frente a ese hecho contundente, o que ofreció como pruebas que negó por el director de la audiencia fueron las siguientes: el informe de policía en caso de captura en flagrancia, el informe del investigador XXXXX, el ESPA de XXXXX, donde aparecen investigaciones y antecedentes penales y el protocolo de evaluación básica en Psiquiatría y Psicología forense para niños ultrajados sexualmente.

Del anterior grupo de pruebas debe resaltarse que los informes deprecados en esencia no tienen vocación probatoria, aunque sirven para refrescar memoria o para impugnar credibilidad; empero, se evidencia que la fiscalía solicitó la declaración de los agentes captores y el agente líder de la investigación. En cuanto a los antecedentes penales de XXXXX en el juicio se demostró que el testigo de cargos tenía a su haber un historial delictivo y esa circunstancia fue referenciada por la defensa en sus alegaciones y consideradas por el fallador en el momento de decidir. Por último, el protocolo deprecado es una herramienta de análisis o de guía para el análisis de los dictámenes pero no es un elemento material probatorio, que debe conocer no solo el criminalista sino las partes para efectos de cuestionar o validar la exposición del perito en tiempo real, es decir, en el momento en que rinden su experticia inquiriéndolo por su acatamiento.

Del grupo de testimonios, algunos de ellos los había requerido la Fiscalía y fueron decretados; es decir, eran pruebas comunes y por ello la defensa podía contrainterrogarlos en el juicio. Las otras deposiciones estaban dirigidas a acreditar la conducta social, familiar y laboral del acusado y por ello el *a quo* argumentó que no era tema probatorio en el juicio oral.

Ahora bien, la nueva profesional que representa al enjuiciado reitera la solicitud de nulidad; empero, es evidente que ante la contundencia de la argumentación que diera el director de la audiencia preparatoria para negar las pruebas deprecadas el defensor de XXXXX carecía de argumentos para controvertir lo decidido y por eso permitió su ejecutoria, con lo que convalidó lo actuado el 6 de marzo de 2014.

Aunado a ello, dígase que el cambio de abogado no se traduce a que la actuación de sus antecesores pueda removerse, cuestionarse o revivir términos o etapas procesales superadas dado que conforme al *principio de preclusión*, cada trámite o actuación procesal habrá de cumplirse en las etapas previstas, en los tiempos y oportunidades establecidos por la legislación adjetiva, los cuales por ser obligatorios para el juez y las partes e intervinientes procesales impiden volver a realizar un acto procesal, *así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad*.

De igual modo, adviértase que el asunto ya fue decidido por esta Corporación el 27 de octubre de 2014, al desatar la apelación interpuesta por la entonces defensora del acusado que planteó igual problema jurídico, al inicio del juicio oral, pretensión que se despachó en forma adversa tanto en primera como en segunda instancia.

DELITOS SEXUALES – Pautas para llegar al convencimiento más allá de toda duda



La jurisprudencia ha señalado ciertas pautas en los delitos sexuales para llegar al grado de conocimiento de certeza, en torno a la existencia del hecho y a la responsabilidad del infractor, tales son:

- a) *Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido, que lleve a inferir que exista un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*
- b) *Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el hecho, su existencia real.*
- c) *La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.*

En efecto, no se puede predicar que entre los menores **XXX, XXXX y XXXXX** existiese algún tipo de sentimiento que los indujera a incriminar y denunciar indebidamente al acusado, pues de las deposiciones escuchadas al estrado se extrae que ellos solo conocieron al acusado el día de los hechos, lo que descarta que existiesen motivos de animadversión, odio, rencor o enemistad que los llevara a conspirar contra el buen nombre del encartado.

TESTIGO – Existencia de antecedentes penales no lo hace inhábil para declarar

A lo anterior se agrega que las versiones de los adolescentes fueron corroboradas por **XXXXX**, testigo al cual el fallador le dio credibilidad pese a tener una condena por un delito contra el patrimonio económico. Al respecto la Corte Suprema de Justicia precisa que:

“...resulta contrario a las reglas de la sana crítica, específicamente a las reglas de la experiencia, dar por sentado que quien ha sido condenado por la comisión de un delito no está en condición de concurrir a los estrados judiciales como testigo, con mayor razón si, como en este caso, las condenas no han sido proferidas por punibles de falsa denuncia o falso testimonio, los cuales podrían guardar alguna relación con la credibilidad que le pueda ser otorgada a su relato”.

Tal como admite el declarante, contra él se registra una sentencia condenatoria por el delito de hurto, situación que en nada lo inhabilita para que pueda declarar sobre hechos percibidos o conocidos dado que ninguna regla de la experiencia acredita que de los condenados por delitos se espera que siempre mientan ante los funcionarios judiciales, toda vez que opera la máxima general que es esperar de los declarantes que siempre digan la verdad, salvo que circunstancias especiales permitan advertir que ello no es así.

De otro lado, la norma procesal penal exige por principio general el conocimiento personal directo que de los hechos debe tener el testigo



al señalar que éste “*únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar o percibir*”, rigiendo por tanto el principio de inmediación en materia probatoria que requiere que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado de forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción, pues aquí no cabe duda que aquel testigo se encontraba en ese momento en la piscina, a pocos metros, incluso afirma que se sumergió para poder establecer lo que ocurría porque le parecía que estaba ocurriendo algo raro. Quiere decir lo anterior que no se conformó con lo que inicialmente le parecía percibir, pues hizo lo posible para constatar lo que estaba observando, como efectivamente ocurrió, lo que lo ofuscó y por ello lo inquirió para que se retirara del lugar, expresión fenoménica que corrobora periféricamente que lo que vio le causó indignación.

SENTENCIA DEL 4 DE MAYO DE 2018. RADICADO 41001-60-00-716-2013-00161-02. M.P. HERNANDO QUINTERO DELGADO

LEGÍTIMA DEFENSA – No existe en caso de riña

Tales circunstancias descartan la alegada causal de ausencia de responsabilidad; pues si el golpe en el rostro de AAAAA se dio cuando él estaba desarmado y fue resultado de la furia incontrolada de BBBB ante las presuntas ofensas verbales del referido joven; y si luego de asestarle el acusado a la víctima el fuerte puñetazo, ellos continuaron en contienda; evidenciada quedó la riña entre procesado y ofendido, cuyo origen fue la violenta reacción de BBBBBB, cuya configuración desvirtúa la tesis de la defensa sobre la existencia de la legítima defensa. Al respecto vale la pena citar la siguiente enseñanza de la Corte Suprema de Justicia:

“...el fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. (Sent. Cas. dic. 16/99. M.P. Mejía Escobar. Rad. 11.099).

Esto no significa, desde luego, afirmar que en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales no haya agresión, pues de otra manera no podría entenderse la forma en que se produce la afectación al bien jurídico de la vida o la integridad personal. Lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obvia entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde

a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente.

De ahí que la Corte de antiguo tenga establecida dicha diferenciación precisamente en el pronunciamiento que la delegada evoca en su concepto, la cual se conserva vigente a pesar de la realidad jurídica actual:

“...es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle y otra muy distinta estar apercebido para el caso en que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como es la inminencia o lo inevitable del ataque; pero ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos.

“...La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño...

“En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente...”. (Sentencia de casación de junio 11 de 1946. M. P. Dr. AGUSTIN GOMEZ PRADA)”. (Destaca la sala).

Adicionalmente, téngase presente que, según directriz jurisprudencial, la eximente de responsabilidad prevista en el numeral 6º del artículo 32 del Código Penal, exige la acreditación concurrente de los siguientes requisitos: i) Una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional que ponga en peligro algún bien jurídico individual. ii) Que la agresión sea actual o inminente, o sea, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado y exista posibilidad de protegerlo. iii) Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice. iv) Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión. v) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada.

En este orden de ideas, el Tribunal despachará negativamente el pedido del recurrente de reconocerse la legítima defensa y revocarse la condena para en su lugar absolver el acusado del cargo enrostrado en su contra; pues la valoración crítica de las probanzas practicadas en juicio, permite descartar que JS haya intentado siquiera atacar en forma actual, inminente e ilegítima al hoy enjuiciado, como para colegir que el violento golpe por él propinado a la joven víctima, obedeció a su interés por salvaguardar su integridad física, ya que por el contrario, está probado que hallándose





integridad física, ya que por el contrario, está probado que hallándose inermes tanto Jesús Eliud como JS, el primero pasó de las simples ofensas verbales contra este último y lo golpeó en la cara, estímulo ante el cual el ofendido JS respondió en similares condiciones, trezándose en pública y escandalosa reyerta, cuyo propósito no era otro distinto al de causarse recíprocos daños corporales

SENTENCIA DEL 10 DE MAYO 2018. RADICADO 41-797-60-99-061-2016-80015-01. MAGISTRADO PONENTE: JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

DECLARACIÓN DE MENOR DE EDAD VÍCTIMA DE DELITO SEXUAL – Valoración probatoria

Nótese que cada una de las menores ofendidas dio a conocer de manera detallada cómo se realizaron los tocamientos, coincidiendo sí como aspecto relevante, que los mismos se dieron al interior del salón de clases; al acercarse al escritorio del profesor para el control y observación de sus diferentes tareas, condición que aprovechaba el agresor para ejecutar los reprochables actos, pues no obstante que se ubicaba en un sitio más alto, llámese “tarima” o “pollo”, según lo testificado por la docente XXXXXXXX, en el sitio del profesor además cabía perfectamente un estudiante de pie, infiriéndose de ello que ese era el momento preciso para ejercer tocamientos libidinosos sobre sus alumnas, como se desprende del relato de la menores ofendidas.

Recuérdese que la menor MMMM, aseguró que el profesor siempre se hacía en una esquina con su escritorio y los estudiantes se ubicaban “lejitos”, razón por la que los demás estudiantes presentes en el aula de clases no pudieran advertir fácilmente los tocamientos realizados por el educador a sus compañeritas, al no tener desde abajo una mayor cobertura visual, máxime si las maniobras sexuales se realizaban cuando los infantes tenían fijada su atención en las tareas que desarrollaban.

Concretamente, la menor MMMM., al referir a la segunda oportunidad en que el profesor NEMESIO la tocó, manifestó que ello fue *“cuando le fui a preguntar por una tarea y él me dijo que me hiciera al lado de él y ahí cuando me tocó otra vez... en la misma parte, en la vagina”*, estando ella de pie en el salón, aunque no sabe si alguien se dio cuenta, el educador siempre se hacía en una esquina con su escritorio y los estudiantes se ubicaban “lejitos”.

Con referencia a la valoración del testimonio de menores víctimas de abusos sexuales, ha referido la Honorable Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“Sobre el análisis del testimonio de los niños ya la Corte ha dicho que resulta un verdadero despropósito analizar sus dichos bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos. Mucho menos, si a las naturales garantías instituidas para proteger al niño víctima de delitos, se suman las previsiones establecidas cuando el ilícito penal comporta connotaciones sexuales, dado el profundo efecto nocivo que esta suerte de ilicitudes genera en el menor.

De esa manera, como lo destaca la Delegada en su concepto, debe partirse por admitir que el relato del menor puede variar dependiendo de una serie de circunstancias, tales como su edad, el nexo con el agresor, la cronicidad del abuso, las amenazas o advertencias que se le hagan, la forma en que sea interrogado, el paso del tiempo, y todos estos elementos deben tenerse en cuenta para valorar sus declaraciones en el marco de un proceso judicial y otorgarle credibilidad”.

Atendiendo a esos parámetros, a partir de la estipulación número uno se establece que para la fecha de los hechos las víctimas tenían una edad que oscilaba entre 8 y 9 años de edad, entonces, atendiendo a lo dicho por la máxima autoridad de justicia en materia penal, no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de certidumbre el testimonio de las infantes, pues las limitaciones o inconsistencias que pudieran llegar a tener en sus relatos no se ofrecen suficientes para restarles total veracidad, cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos, como efectivamente ocurrió en el presente asunto.

Entonces, la declaración de las menores –que se recibieron siguiendo las formalidades previstas en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006-, que es un tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se cuente con razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos el pretexto de haber sido manipuladas o que las infantes estuvieran concertadas con el propósito de inculpar al educador, situación que no encuentra respaldo alguno, pues no está establecido que la menor NNNN, quien fue la que inicialmente dio a conocer los hechos, aleccionara a sus demás compañeras para que los incriminaran frente a lo investigado, en la medida en que ninguna de las menores víctimas siquiera lo manifestó en el juicio, aspecto que derruye cualquier propósito retaliativo, máxime cuando al contrario la prueba testimonial en su generalidad da a conocer que el profesor era demasiado “generoso” con sus alumnas.

Refuerza lo anterior, el alcance dado por la jurisprudencia a algunas investigaciones de carácter científico sobre la materia, enseñando que:





“De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. (...)”.

Y es que fue significativo el hecho de que el procesado, abusando de la posición que tenía sobre las menores, procedió a ejecutar actos libidinosos, ejerciendo de esa manera un impacto emocional que fue develado en el juicio cuando incluso, aunque no tuvieron consecuencias psicológicas, una de ellas manifestó incomodidad por lo sucedido, en tanto que la otra, según lo indicado en la pericia forense, manifestó sentimiento de tristeza y malestar al recordar y narrar de nuevo los hechos de que fue víctima.

Debe indicarse igualmente, que si bien las progenitoras de las afectadas no fueron testigo directo de los hechos, en la medida que no percibieron con sus sentidos los atropellos en contra de la integridad de sus hijas, resulta innegable que tan pronto se percataron de lo ocurrido, acudieron ante las directivas del plantel educativo a poner en conocimiento lo narrado por ellas, hechos que luego fueron confirmados por las menores en el juicio oral, constituyéndose en plena prueba para establecer más allá de toda duda razonable la existencia de los actos sexuales objeto de acusación y la responsabilidad de NEMESIO G. G. en los mismos, consistentes en “caricias” y tocamientos libidinosos en sus partes íntimas como ya se precisó; mostrándose generoso ante ellas, dándoles a algunas dineros con el propósito de procurar su atención y ganar con ello su confianza, a fin de poder satisfacer sus apetitos lúbricos, en la forma como han sido narrados por las agredidas.

SENTENCIA DEL 18 DE MAYO DE 2018. RADICADO 41001-60-01-279-2010-00105-01. MAG. PONENTE: ÁLVARO ARCE TOVAR

HOMICIDIO CULPOSO – Procedencia de la prisión domiciliaria

Entrando en materia y con miras a responder los cuestionamientos del apelante, dígame que, para ganar el derecho al disfrute de la prisión



domiciliaria, el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, a través del cual se adicionó el artículo 38 B a la Ley 599 de 2000, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Que la sentencia se imponga por delito cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos. ii) Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000. iii) Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. Estas exigencias deben cumplirse en su integridad por tratarse de presupuestos concurrentes.

Ubicados ya en el asunto materia de estudio y decisión, declárese que si la conducta punible de HOMICIDIO CULPOSO cometido bajo circunstancia de agravación, la reprimen los artículos 109 y 110 del Código Penal con pena de prisión entre 48 y 216 meses, satisfecha estaría la primera condición de índole objetiva reclamada por el numeral 1º de la precitada normativa para acceder al referido sustituto penal; pues la pena mínima prevista en la ley o imponible en abstracto en el presente caso, estaría muy por debajo de los ocho años de prisión exigidos por la Ley para el efecto.

En cuanto al segundo requisito del artículo 38B del Código Penal, cumplido también estaría el mismo; por cuanto en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, no aparece relacionado el homicidio culposo como una de las conductas punibles respecto de las cuales se prohíbe o está excluido todo subrogado o beneficio.

Finalmente, exprese que si bien en el curso de la audiencia de individualización de pena y sentencia cumplida el siete de marzo de 2018, no se incorporó el informe de arraigo del acusado, lo cierto es que, esta particular circunstancia, es decir, que J.P.C reside en la vereda La H, corregimiento La Ulloa, jurisdicción rural del Municipio de Rivera, se acreditó a plenitud a través de variados elementos materiales probatorios en poder del ente acusador, entre otros, el acta de derechos de capturado –f. 5-, el acta de incautación de elementos –f. 10-, la constancia sobre la detención preventiva domiciliaria impuesta al imputado –f. 75-, el escrito de acusación –fs. 125 y 126-, las fotocopias de la historia clínica de urgencias, elaborada por la Clínica de Fracturas y Ortopedia de Neiva a nombre del paciente J..P.C. –fs. 157 a 189- y la fotocopia del pantallazo al mensaje de texto enviado por correo electrónico –f. 203-.

En este orden de ideas, pese al inconfundible cumplimiento de las tres condiciones impuestas por el artículo 38 B para tener derecho a la prisión domiciliaria, lo cual por sí solo es suficiente para confirmar la sentencia parcialmente apelada, la Sala marginalmente hará las siguientes precisiones:

- i) Sin desconocer la gravedad y modalidad del delito materia de condena, lo cierto es que el legislador no excluyó el homicidio culposo de ningún subrogado penal o beneficio administrativo.



- ii) Las eventuales dificultades de las autoridades del INPEC para ejercer efectivo control a la prisión domiciliaria, por estar ubicada la residencia del condenado en zona rural difícil de ubicar, no está prevista en la ley como motivo para negar el sustituto penal en cuestión.
- iii) Si a la detención domiciliaria concedida en audiencia preliminar al hoy sentenciado y la circunstancia de haber acudido a todas las audiencias a las cuales fue citado, excepto a la de lectura del fallo, por mediar excusa razonable, se adiciona el hecho de no tratarse de un habitante de la calle o una persona sin ningún arraigo en zona rural del municipio de Rivera; mal podría habersele negado la prisión domiciliaria suplica por la defensa y avalada por el señor fiscal, menos si mediante la Ley 1709 de 2014 se eliminó toda exigencia subjetiva para su otorgamiento.
- iv) Si al condenado se le impuso la pena de suspensión de la licencia para conducir vehículos, o lo que es igual, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, la misma cumplirá la función de impedir que durante el lapso que resta de la pena de prisión vuelva a ejercer la referida actividad, según mandato del artículo 48 del Código Penal.
- v) La indiferencia del procesado frente al deber de responder patrimonialmente por los daños derivados del delito culposo cometido, no es condición legal para el disfrute del sustituto penal de la prisión domiciliaria, pues su acreditación y cuantificación será objeto de discusión y decisión en el eventual incidente de reparación integral, cuyo trámite solo se activa una vez adquiera firmeza la correspondiente sentencia condenatoria, según previsión del artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010.

SENTENCIA DEL 21 DE MAYO DE 2018. RADICADO 41-615-60-00-598-2017-00089-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

SENTENCIA – Falta de motivación — PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD – vulneración por parte del juez

Para comenzar dígase que la sentencia es el acto judicial más importante del proceso porque extingue la relación sustancial y, como acto primordial del debate, requiere de solidez y correspondencia entre las imputaciones fácticas y jurídicas, de donde se infiere que esos elementos incluyen el estudio de la realidad probatoria que acredita la realización de las conductas delictivas y su atribución al procesado.

En esa medida, se entiende que el postulado de motivación hace parte del debido proceso y, por ende, se trata de un principio que merece respeto y protección, aspecto sobre el cual la CSJ, Sala de Casación Penal, precisa que: *“El principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal ad quem; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional”*.

El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia y de garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad. Para el cabal ejercicio del derecho de contradicción, se demanda del funcionario judicial la motivación de sus decisiones para conocer debidamente sus argumentos que le sirven de sustento y así poder con mejor facilidad emprender la tarea de su contradicción bien sea controvirtiendo la prueba que le sirvió de soporte, allegando nuevos elementos de juicio que le desvirtúen o, en últimas, impugnando la providencia correspondiente.

Así, en las decisiones que tome el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro del proceso, como la sentencia, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso pues, en efecto, si hay alguna justificación en la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación –todos reconocidos por el art. 29 C.P.–, ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial.

En seguimiento de lo anotado, el artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, consagra.

“Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras:

“Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley”.





La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que lo respaldan que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios.”

Para atender estas pautas, expresamente los códigos de procedimiento vigentes –artículo 170 de ley 600 de 2000 y 162 Ley 906 de 2004- establecen criterios concretos de motivación de las sentencias. Además, la Corte Suprema de Justicia respecto al deber de motivación de la sentencia dijo.

“los defectos de motivación de la sentencia, con efectos invalidantes, pueden consistir en:

*i) Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan el fallo.
ii) Motivación incompleta o deficiente, que ocurre cuando la precaria sustentación impide saber cuál es el sustento de la decisión o no analiza sus fundamentos fácticos o jurídicos.*

iii) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente, cuando la providencia contiene conceptos o argumentos que se excluyen entre sí, de manera que finalmente se ignora el sentido de la motivación, o cuando las razones expuestas en la parte motiva no explican la decisión contenida en la resolutive.

iv) Motivación sofística, aparente o falsa, cuando no está respaldada en la verdad probada en el proceso.

En el presente asunto, aunque el apelante no lo indica en el escrito de sustentación, se entiende que el quejoso se centra en el segundo de los defectos reseñados, vale decir, la insuficiente e incompleta fundamentación del fallo, dado que acota que la decisión solo se refirió a los dichos de las testigos de cargo sin que llevar a cabo un proceso de valoración probatorio y jurídico.

Empero, revisado el contenido de la sentencia se advierte que el fallador abordó los elementos mínimos necesarios para construir la condena, dio las razones de esa decisión tanto fácticos como jurídicos, respondiendo en lo sustancial a la crítica de la defensa así el operador judicial no lo hiciera en forma extensa.

Es que el fallo contiene los correspondientes acápites formales que resumen los hechos, identifican al acusado, da cuenta de las estipulaciones probatorias, la relación de las pruebas practicadas en el juicio oral, el resumen de la intervención de las partes y, de manera razonada, los motivos para concluir que se dan los presupuestos para impartir condena contra C.R.B.R, abordando lo dicho, dentro del plexo testimonial allegado al juicio.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD – vulneración por parte del juez



Debe recordarse que cuando se propone la vulneración del principio de imparcialidad en el nuevo sistema acusatorio, se debe demostrar que el juez de conocimiento evidenció en forma objetiva algún interés personal o privado en el resultado del proceso, o buscó un fin público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales, en otras palabras, que ejerció o mostró ánimo de ejercer funciones afines a las pretensiones acusatorias del Estado, o bien a favor de los designios de la defensa, durante el transcurso de la actuación procesal.

Es decir, se debe *“demostrar (...) que no sólo hubo una intervención excesiva, extraordinaria o poco frecuente por parte del juez, sino que además dicho proceder se tradujo, en la práctica, en una efectiva perturbación del equilibrio que debe garantizárseles a las partes”*.

Nada de lo anterior sustentó el recurrente ya que no fue más allá de las meras aseveraciones y no tuvo en cuenta que la intervención judicial en la práctica de las declaraciones, por sí sola, tampoco constituye vulneración a la imparcialidad:

“Lo importante, en últimas, es que la participación activa del funcionario de conocimiento en la práctica de las pruebas allegadas al juicio no puede constituir por sí sola una afectación relevante del principio del juez imparcial (ni por contera motivo o causal alguna que suscite la nulidad), toda vez que conforme a las normas rectoras del proceso acusatorio colombiano él está obligado a orientarse ‘por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y justicia’ (artículo 5), a ‘hacer ‘prevalecer el derecho sustancial’ (inciso 1º del artículo 10), a ‘corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad’ (inciso final ibídem), y a ‘hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal’ (artículo 4), siempre y cuando no desconozca otras garantías judiciales de idéntico o superior raigambre.

Ni siquiera en los sistemas tradicionales de adversarios se le exige al funcionario mostrarse ajeno a la formación de la prueba o sostener una actitud pasiva durante los interrogatorios. Por ejemplo, los preceptos 43 (c) y 43 (d) de las Reglas de evidencia de Puerto Rico prescriben lo siguiente:

“(c) El juez que preside un juicio o vista tendrá control y amplia discreción sobre el modo en que la evidencia es presentada y los testigos son interrogados con miras a que la evidencia sea presentada en la forma más efectiva posible para el esclarecimiento de la verdad, velando por la mayor rapidez de los procedimientos y evitando dilaciones innecesarias.

Luego agrega la decisión que se cita que:



“Puede el juzgador en consecuencia requerir la declaración de determinados testigos o interrogar a los que las partes ofrezcan, siempre que su conducta se mantenga dentro de las normas de sobriedad y equilibrio que impiden que el juez sustituya, en vez de que complemente, la labor del fiscal o del defensor. Nada impide que un juez, para aclarar un testimonio o una situación, o consciente de que no se han formulado algunas preguntas centrales para la determinación de lo sucedido verdaderamente en un caso, se tome la iniciativa a dicho efecto”.

En este asunto la Defensa critica que **K.J.O.G** en el juicio oral finalmente reconoció al acusado por las preguntas que le formuló el director de la audiencia, a mitad del interrogatorio de la Fiscalía, momento procesal que evidencia transgresión al principio de imparcialidad, sin hacer algún ejercicio para demostrar por qué de manera objetiva ese proceder resultaba lesivo a aquel principio, como por ejemplo que versó sobre hechos no inquiridos por el acusador y son la médula de la condena y que no se cumplió como función aclaratoria o complementaria.

Pues bien, revisada la actuación se advierte que si bien el juez formuló algunas preguntas a **K.J.O.G**, lo hizo con apego a lo autorizado por el artículo 397 de la Ley 906 de 2004, el cual señala: *“Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”.*

Sobre la norma citada, la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010 declaró exequible el último apartado, al expresar que *“conforme al ordenamiento superior, se ha entendido que en el sistema procesal penal colombiano el juez no es un convidado de piedra en el proceso sino que por el contrario, cumple una función de dirigirlo hacia la finalidad común a todo juicio, a saber, alcanzar la justicia formal y sobre todo material. (...) En ese sentido, el juez y el Ministerio Público pueden complementar el interrogatorio de testigos en el proceso, sin que resulte contrario al debido proceso, como una manifestación de la especificidad del sistema procesal penal colombiano, acorde con la potestad de configuración del legislador en esta materia.”*

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia traza que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal:

La jurisprudencia ha enseñado que sólo a las partes les corresponde la iniciativa de interrogar, debiendo el juez mantenerse al margen, pues cualquier intromisión para orientar el sentido de un testimonio puede evidenciar una predisposición o inquietud de parte; contexto dentro del cual, las preguntas complementarias que le autoriza la ley solamente puede realizarlas por excepción, de forma tal que con ellas no emprenda una actividad inquisitiva encubierta.

“(...)

En consecuencia, en materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real, pues el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia”. (CSJ SP, 4 feb. 2009, rad. 29415).

(...)

Si esas garantías asisten al sindicado desde que es llamado a juicio criminal, de las mismas tiene convicción el ánimo del juzgador. Por mejor decir, el juez inicia el juicio con el convencimiento de la presunción de inocencia del sujeto pasivo de la acción penal y del in dubio pro reo. De ese estado de incertidumbre solamente lo pueden sacar las pruebas que las partes practiquen en su presencia.

SENTENCIA DEL 24 DE MAYO DE 2018. RADICADO 41-001-60-00-00-2013-00039-01. M.P. HERNANDO QUINTERO DELGADO





DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA – Es un testimonio

Es evidente entonces que la declaración de la ofendida es un verdadero testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, suministrada por quien en su calidad de víctima fue parte de los mismos. De esta forma, *si se logra establecer que las condiciones de percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos durante el período de conservación del recuerdo y que no existe interés en perjudicar a una persona, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto más si se encuentra apoyado por otras pruebas, como declaraciones, indicios, etc., que inciden sobre los mismos hechos o que muestren la capacidad delictiva de sus presuntos autores.*

La jurisprudencia aduce que *“la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidentes, particularidades o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga a no mentir en lo primero como es natural y obvio, ese mismo interés, por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándose o exagerando el cómo y el porqué de la agresión u ofensa”.*

En conclusión, *la identificación del acusado por la testigo y la víctima es confiable, no solo porque las condiciones de percepción fueron adecuadas, el latrocinio ocurre a plena luz del día, el casco que portaba el conductor de la motocicleta permitía ver su cara y la cercanía tempero espacial facilitó memorizarla para identificarlo con posterioridad, lo que se hizo a pocos días ante los sabuesos de la Fiscalía, tiempo suficiente para conservar un recuerdo fresco, y; por supuesto, ninguna ojeriza, maledicencia o interés protervo se observa para que temerariamente ellas lo señalen como partícipe de las conductas punibles enrostradas.*

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA – Riesgo jurídicamente desaprobado — DELITOS CULPOSOS – Análisis

21. La doctrina y la jurisprudencia han precisado que el ejercicio de una actividad peligrosa legalmente permitida, implica, para quien la ejecuta, la obligación legal de observar el deber objetivo de cuidado para no concretar la lesión de un bien jurídico; surge entonces el delito imprudente cuando se falta al deber de cuidado y de esa falla deriva una efectiva lesión del interés penalmente amparado, por ende, el desvalor en los delitos culposos radica en el incumplimiento de una actuación cuidadosa frente a una actividad peligrosa.

22. El cuidado en materia penal ha sido calificado doctrinariamente así:

a) Objetivo: Referido a situaciones concretas en las que se desenvuelve el procesado.

b) General: El que implica la realización de un proceso valorativo.

23. Nace entonces la teoría de la imputación objetiva para explicar la relación entre la acción y el resultado en el delito imprudente para desplazar la llamada relación de causalidad fundada en circunstancias naturales e introducir consideraciones jurídicas marcadas por la teoría de la relevancia, en el entendido que no es suficiente para imputar un resultado, la sola verificación de la causalidad natural, por ejemplo, la muerte de la víctima, sino que, además de ese resultado, se deberá establecer si la acción ejecutada ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si éste –resultado- es precisamente la consecuencia del mismo peligro –creado – riesgo jurídicamente desaprobado. Esto es, que al ejercicio de la actividad peligrosa debe seguirle la superación del riesgo legalmente admitido y a éste el suceso fatal.

24. Así entonces, para establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan esa expresión de contenido y que de ninguna manera se ignorarán por la Sala¹.

25. La Corte Suprema de Justicia ha indicado algunos criterios:

“1. No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una “conducta socialmente normal y generalmente peligrosa”¹, que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”¹.

3. Igualmente, falta a la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs¹, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin¹, para cuya procedencia la Sala ha señalado los siguientes requisitos:





“Para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o partícipe es necesario que ella:

“Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

“Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

“Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella.”

Por su parte *“Por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido¹.”*

26. En igual sentido, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta, *“Cuando una persona con su comportamiento supera el riesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño”¹.*

DELITOS CULPOSOS —Análisis de las evidencias y testimonios

53. Además, como lo explicó la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia, en los delitos culposos, el estudio de las evidencias y testimonios, se debe ubicar en el campo de la conducta de la procesada y no en el de la víctima, *“pues, aun en los eventos en los que se encuentra culpa en la acción u omisión de sujeto pasivo, persiste para el actor el deber de evitar el daño, si este le era previsible”¹.*

54. En cambio, del análisis probatorio, existe fundamento para tener por acreditado que fue la acusada quien infringió el deber objetivo de cuidado.

55. Ello es así porque desconoció el efecto vinculante de normas de tránsito que regulan el adelantamiento o rebasamiento de vehículos en la vía, especialmente la consagrada en el parágrafo 2º del artículo 60 de la Ley 769 de 2002 que estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS. <Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 1811 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones”.



56. Y además, porque a pesar de estar demostrado que **O.P.Á.** conducía detrás de un camión tipo Furgón, automotor de gran envergadura que restringe la visibilidad, imprudentemente se abalanzó a realizar la maniobra de adelantamiento por el otro carril sin previamente verificar si algún otro vehículo se desplazaba en sentido contrario, con tan mala suerte que terminó estrellándose contra los señores José Miller Montealegre y Arnulfo Trujillo Calderón quienes se desplazaban en una motocicleta.

57. La conducta asumida por la acusada evidentemente sobrepasó el riesgo permitido para la conducción de vehículos automotores, al maniobrar de forma imprudente y contraria a lo reglamentado en el Código Nacional de Tránsito Terrestre cuando se realiza una maniobra de adelantamiento o rebasamiento en una vía de doble sentido, peligro del que derivó el resultado dañino a la integridad de las víctimas, es decir del accidente y las lesiones a los afectados, infringiendo el deber objetivo de cuidado que le era exigible, al no haber previsto la situación de peligro.

SENTENCIA DEL 18 DE MAYO DE 2018. RADICADO 41-306-61-05-069-2011-80003-01. M.P. JOSÉ ENRIQUE HERNANDO CABALLERO

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – Obtención de documento público falso, cómputo — FRAUDE PROCESAL – prescripción de la acción penal, cómputo

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – Cómputo

Se constituye el fenómeno prescriptivo en una de las causales de extinción de la acción penal, potestad punitiva estatal de investigar, juzgar y sancionar los delitos que se ve cercenada en los eventos de no ejercerla por sus representantes en el plazo fijado por el legislador. Su fundamento principal es la necesidad de seguridad jurídica, tanto desde el punto de vista social como individual de los presuntos autores y cómplices de los delitos, siendo fundamentos adicionales la pérdida de interés de la sociedad en la sanción de los mismos y la dificultad de recaudar pruebas para determinar su comisión, al igual que la identidad de aquellos sujetos cuando ha transcurrido un determinado tiempo.

(..)



En esa misma dirección se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al anunciar que el término prescriptivo contenido en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, resulta aplicable para las conductas cometidas en su vigencia, en razón a que el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, rige para los casos impulsados por la Ley 600 de 2000, en virtud a que no es posible equiparar la formulación de imputación de la nueva legislación, con la resolución de acusación de la sistemática anterior.

Relacionada la normativa que regula el instituto, la Sala aborda su estudio y para ello advierte que, según los elementos materiales probatorios allegados y conforme a los hechos y antecedentes narrados en la anterior reseña fáctica, en audiencia preliminar cumplida el 15 de mayo de 2014, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Neiva, se formuló imputación a C.R.G por un concurso heterogéneo de delitos de Obtención de documento público falso con circunstancia de agravación punitiva y Fraude procesal (artículos 288, 290 y 453 del Código Penal), cargos a los que no se allanó; igualmente, mediante escrito radicado el 13 de agosto de 2014, la Fiscalía Octava Seccional de Neiva acusa a R.G. como responsable del mismo delito imputado, realizándose la audiencia respectiva el 18 de diciembre de ese mismo año, ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta misma ciudad.

Ahora, el 09 de febrero de 2015, también ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías del lugar, se formula imputación contra E.M.N. por los mismos delitos antes mencionados, cargos a los que tampoco se allana; por tal motivo, el 25 de mayo siguiente se presenta por la Fiscalía escrito de acusación en su contra como coautor de las mencionadas conductas punibles, formulación que se llevó a cabo ante el juzgado de conocimiento el 07 de octubre de ese mismo año, acumulándose igualmente ambas actuaciones procesales a la primigenia para su trámite subsiguiente.

En tales condiciones, de acuerdo con lo relacionado en precedencia, el delito de Obtención de documento público falso agravado por el uso se consumó el 21 de diciembre de 2001, la pena privativa de la libertad que le corresponde es la establecida en los artículos 288 y 290 inciso 1º del C. Penal vigentes para la época de los hechos, esto es, una máxima de seis (06) años, aumentada hasta en la mitad en razón de la circunstancia agravante, que por virtud de lo establecido en el artículo 61 ibídem, corresponde a un guarismo definitivo de nueve (9) años, siendo entonces ése el término prescriptivo de la acción penal.

Determinado ese lindero, dicho lapso feneció el 21 de diciembre de 2010, mucho antes, inclusive a la fecha de formulación de la imputación, que para el caso de C.R.G ocurrió el 14 de mayo de 2014, en tanto que para E.M.N. lo fue para el 09 de febrero de 2015, en consecuencia, no existe dubitación alguna que para aquella data operó la extinción de la acción penal, por la presencia del instituto de la prescripción para ambos procesados, debiéndose declararlo en esta instancia, pues de antaño ha expresado la jurisprudencia que *“Adelantar el juzgamiento de un ciudadano luego de que el Estado ha perdido,*

por extinción de la acción, la potestad sancionatoria, constituye grave transgresión de las garantías constitucionales sobre la legalidad del juicio, con violación del debido proceso y del derecho de defensa...”¹.

Dicho fenómeno igualmente afecta la situación jurídica de E.M.N., en caso de acoger las alegaciones elevadas por su defensor que plantea la ocurrencia del hecho el 21 de diciembre de 2001, estando vigente la Ley 600 de 2000, debiendo entonces tramitar el proceso conforme a ese procedimiento, pues a la fecha en momento alguno se ha proferido resolución acusatoria que interrumpiera la prescripción de la acción penal acorde con lo establecido en el artículo 86 del C. Penal, habilitando por ende un nuevo plazo.

Luego de suyo y por los efectos de la extinción de la acción penal, dicho planteamiento de anulación de la actuación procesal no encuentra cabida en el caso presente, pues se reitera, desde el 21 de diciembre de 2010 ocurrió el fenómeno extintivo en comento, lo que se declarará en la parte resolutive de la presente decisión y se dispondrá la prescripción de la acción en lo tocante al atentado a la fe pública.

FRAUDE PROCESAL – prescripción de la acción penal, cómputo

En punto al delito de Fraude Procesal que igualmente se imputó a los procesados, de tiempo atrás la Corte tiene definido que dicho comportamiento “...*Es pues, un tipo penal de conducta permanente. Se inicia con el acto de incoar la pretensión mediante la inducción en error al funcionario oficial, bien sea que esa pretensión de mantenga con el único e inicial acto, o con la impulsión del procedimiento mediante actos posteriores igualmente de inducción dependientes de las eventualidades sobrevinientes orientados a la consumación del hecho punible y que por consiguiente asumen la condición de hitos reiterativos del iter criminoso con trascendencia propia para los efectos de la prescripción. **La consumación del delito continúa pues, mientras dura el estado de la ilicitud, que no es otro que la inducción ejercida en el funcionario...***”¹ – (Negrillas fuera de texto).

Recuérdese entonces que en este caso en particular, los presuntos actos fraudulentos endilgados a los procesados se iniciaron el 20 de febrero de 2007, cuando mediante demanda incoada a través de apoderado por C.R.G., se instauró un proceso ordinario reivindicatorio en contra de D.A.M., adjuntándose para efectos probatorios la escritura pública No. 2.315, obtenida de manera engañosa el 21 de diciembre de 2001 en la Notaría Primera del Círculo de Neiva.

Los efectos de la infracción penal materialmente se mantuvieron en todo el decurso procesal, hasta la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, que ordenó al demandado restituir el inmueble objeto de la Litis al demandante, así como los frutos civiles percibidos, prolongándose inclusive hasta la sentencia de segundo grado, dictada el 07 de octubre de 2010 por la Sala civil Familia Laboral del Tribunal





Superior de Neiva, que al descorrer la apelación confirmó la decisión objeto de la alzada, surtiendo ejecutoria el 26 de octubre siguiente, fecha ésta en la que se extendieron las consecuencias del injusto de Fraude procesal, consumándose entonces el delito en este último acto, pues se obtuvo el fin perseguido que no era otro que la inducción en error ejercida en el funcionario judicial, como es la obtención de una sentencia contraria a la ley.

Siendo así y de acuerdo con lo expuesto en precedencia, la sanción privativa de la libertad que le corresponde es la establecida en el artículo 453 del C. Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, vigente para la época de los hechos, esto es, una máxima de doce (12) años, guarismo que entonces se constituye el término prescriptivo de la acción penal, lapso que no se observa rebasado.

Ahora, examinada la situación jurídica de ambos implicados, se tiene que a C.R.G. le imputaron cargos el 15 de mayo de 2014, mientras que a E.M.N. acaeció el 09 de febrero de 2015, momento en que se interrumpe el término prescriptivo de la acción penal, para reanudarlo conforme a lo establecido en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, presentándose un nuevo plazo que se fija en la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a tres (3) años.

Lo anterior significa que desde el acto mismo de imputación, para cada uno de los procesados debe transcurrir un término de prescripción de la acción penal por el delito de Fraude procesal, de mínimo seis (6) años, que una vez hechos los cálculos correspondientes, para R.G. vencería el 14 de mayo de 2020, en tanto que para M.N. sería el 09 de febrero de 2021.

FRAUDE PROCESAL – Notario, ausencia de responsabilidad

Es de recordar que según la jurisprudencia, en estos casos la responsabilidad no recae en el notario, sino en la persona que lo indujo en error para obtener un documento de contenido falaz, que fue lo que aquí aconteció; así lo ha referido la Corte:

“...Ahora bien, no es la responsabilidad del notario la que aquí importa determinar sino la de la persona que indujo en error a este funcionario para obtener un documento público inveraz; dicho de otro modo, de quien lo instrumentalizó, lo mediatizó con tal propósito, de quien logró, a través de un engaño, obtener un documento declarativo de una situación irreal, no otra, en este caso, que el título traslativo de dominio sobre un bien inmueble.

Ese instrumento -el notario-, a diferencia de lo que señala el censor, sí era la persona idónea para lograr el fin trazado, pues al margen de que no pueda dar fe sobre lo declarado por los comparecientes, sí es quien eleva, de acuerdo con sus funciones, según los



parámetros señalados, a la condición de escritura pública esa declaración, paso previo para, con posterioridad, en este caso particular, tramitar el registro del documento y así lograr la propiedad del bien. Por lo mismo, se puede colegir no sólo que el notario es pasible de engaño para lograr escrituras públicas apócrifas sino que realmente es él y no otro a quien se dirige el artificio, siendo, por tanto un instrumento idóneo para la comisión del delito utilizado como ejecutor material de la conducta.”¹

SENTENCIA DEL 18 DE MAYO DE 2018. RADICADO 41001-60-00-000-2014-00095-02. M.P. ÁLVARO ARCE TOVAR

