

Primer  
Semestre

# BOLETÍN SALA PENAL



©EL CRISOL DE LA CORDURA 2012

TRIBUNAL SUPERIOR  
DE NEIVA

RELATORÍA

JULIO 2017



## ÍNDICE

<b>AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN</b> requisitos formales	1
<b>DERECHO DE DEFENSA MATERIAL</b> inicia a partir de la audiencia de formulación de imputación	1
<b>ACEPTACIÓN DE CARGOS</b> Retractación (recuento jurisprudencial)	1
<b>AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN</b> Descubrimiento de elementos materiales probatorios	3
<b>PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL</b> Interrupción	4
<b>PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL</b> Servidor público	4
<b>PRISIÓN DOMICILIARIA</b> Madre cabeza de familia	6
<b>PRISIÓN DOMICILIARIA</b> Requisitos art. 38 b código penal	7
<b>COMPETENCIA</b> Por Conexidad	8
<b>AUDIENCIA PREPARATORIA</b> Escenario adecuado para solicitar conexidad	8
<b>PREACUERDOS</b> Obligan al juez de conocimiento salvo si desconocen garantías fundamentales	9
<b>DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> Exclusión de beneficios y subrogados penales	9
<b>IMPEDIMENTO</b> compulsar copias per se no lo configura	11
<b>IMPEDIMENTO</b> haber manifestado opinión	11



## ÍNDICE

<b>PRESUNCIÓN DE INOCENCIA</b> Alcance	12
<b>ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD</b> Elementos estructurales del tipo	12
<b>FRAUDE PROCESAL</b> Elementos estructurales del Tipo	13
<b>DELITO</b> Fuente de obligaciones	14
<b>INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL</b> Características	14
<b>INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL</b> Consecuencias de la inasistencia	14
<b>INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL</b> Inasistencia apoderado de víctimas	15
<b>EXCLUSIÓN PROBATORIA</b> Auto que la decide es apelable	17
<b>CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN</b> Raigambre Constitucional	17
<b>DECLARACIONES TRIBUTARIAS</b> Carácter reservado	18
<b>DECLARACIONES TRIBUTARIAS</b> No requieren autorización previa, ni control posterior	19
<b>ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR</b> Bebidas embriagantes	20
<b>TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA</b> Valoración	20
<b>ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR</b> Bebidas embriagantes	20





## ÍNDICE

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

**AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN — Requisitos formales / DERECHO DE DEFENSA MATERIAL—Inicia a partir de la audiencia de formulación de Imputación / ACEPTACIÓN DE CARGOS – Retracción / AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN — Descubrimiento de elementos materiales probatorios**



**AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN — requisitos formales**

Destáquese que a la luz del artículo 286 del código de procedimiento penal, la formulación de la imputación *“es el acto a través del cual la fiscalía general de la nación comunica a una persona su calidad de imputado (...)*

**DERECHO DE DEFENSA MATERIAL—inicia a partir de la audiencia de formulación de imputación**

Sobre la posibilidad que le asiste al indiciado de ejercer la defensa material a partir de ese hito procesal, la corte constitucional en sentencia c – 303 de 2013, precisó que *“aunque en esta audiencia el presunto infractor de la ley penal no puede controvertir ni modificar los términos de la imputación, tiene la posibilidad de hacerlo durante todo el procedimiento penal; es decir, la defensa material no se ejerce en dicha audiencia, sino justamente a partir de ella”*

Pasando ahora al estudio del derecho a la defensa, dígase que según posición asumida por la sala de casación penal del corte suprema de justicia, se caracteriza por ser irrenunciable, material y permanente; por lo tanto, en caso de desconocerse alguna de estas condiciones, deslegitimado quedaría el trámite surtido, dando lugar a la declaratoria de nulidad, siempre y cuando se constate la trascendencia.

**ACEPTACIÓN DE CARGOS – Retracción (recuento jurisprudencial)**

expresese que si bien el Parágrafo del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, permite la retractación del imputado a la aceptación de cargos en cualquier momento, lo condiciona a la demostración por parte suya del vicio de su consentimiento o la violación de garantías fundamentales.

Recuérdese que, la posición inicialmente asumida por la Corte Suprema de Equidad en sentencia del 30 de mayo de 2012<sup>1</sup>, según la cual el inciso 2º del artículo 293 del estatuto procesal permitía la retractación al allanamiento a la imputación en forma pura y simple, es decir, sin invocar justificación alguna, fue modificada el 13 de febrero de 2013<sup>1</sup>, cuando al abordarse el tema se dejó claro





que tal posibilidad exigía fundamentar la referida manifestación, posición que desde entonces no ha variado y se ha mantenido uniforme en las distintas providencias que se han ocupado del asunto<sup>1</sup>.

Además, obsérvese que ese mismo 13 de febrero del citado año, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia se mostró en desacuerdo con su posición adoptada el 30 de mayo de 2012 en el radicado 37.668<sup>1</sup>, según la cual, el procesado podía retractarse del allanamiento a cargos realizado en la audiencia de formulación de imputación, hasta antes de que el juez de conocimiento llevara a cabo la verificación de lo aceptado en la audiencia de individualización de pena. Sobre el particular, enfatizó que aquella postura no consultaba los postulados normativos ni atendía las necesidades de la justicia, pues esa retractación permitida para quienes se allanan a cargos en la audiencia de formulación de imputación, terminaba afectando los cimientos de justicia premial y abriendo la posibilidad de la utilización torticera del mecanismo, limitando así la maniobrabilidad del ente acusador.

Expresó que la citada posibilidad, extraña al texto legal, le restaba seriedad a la institución del allanamiento a cargos, pues si ya un juez ha constatado que el mismo se dio voluntaria, libre y plenamente informado, no habría razón valedera para permitirse la retractación, pues de por medio estarían los principios de lealtad, celeridad y economía procesal.

También hizo notar que, el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, no habilita repetir la práctica ya cumplida por el Juez de Control de Garantías cuando el procesado ha aceptado cargos en la audiencia de formulación de imputación, *“pues, su contenido se dirige exclusivamente a los asuntos gobernados por ese acto bilateral que deriva en un preacuerdo sometido en todos sus extremos a control del juez de conocimiento”*. Agregó que, tratándose del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, la legalidad la verifica el Juez de Control de Garantías, conforme lo dispone el artículo 131 de la Ley 906 de 2004, por lo que resulta innecesario y paradójico que el Juez de Conocimiento realice nuevamente una diligencia ya agotada.

La referida Corporación señaló que el motivo por el cual el citado artículo 131 señala diferencias entre el juez de control de garantías y el de conocimiento para verificar que el allanamiento a cargos se hizo en forma libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, *“estriba en que la intervención de uno u otro depende del momento en que esa renuncia a guardar silencio y al juicio oral, ocurra”*. Por lo tanto, si se presenta en la audiencia de formulación de imputación, el control de legalidad a la aceptación de cargos la realizará el juez de control de garantías, pero si se da en la audiencia preparatoria o al inicio del juicio, corresponderá al juez de conocimiento.

Igualmente, resaltó que una vez el juez de control de garantías verifica en la audiencia de formulación de imputación que el allanamiento se dio en forma libre, voluntaria, consciente y plenamente informado, el paso siguiente no podría ser otro distinto a realizar la audiencia de verificación de pena y

proferir la sentencia respectiva, sin existir espacio alguno para la retractación pura y simple, salvo la presencia de vicios que afecten la voluntad del imputado.

Continuó la Alta Corte explicando que en la práctica, tratándose de la aceptación unilateral de cargos en la audiencia de imputación, pueden presentarse dos situaciones: "(i) la retractación en su sentido estricto, entendida cuando unilateralmente la persona, por su solo querer, desdice de lo aceptado previamente; (ii) los casos en que esa aceptación de cargos estuvo viciada o refleja vulneración de garantías fundamentales". Enseñó que en el primer evento, esto es, cuando el procesado acepta libre y unilateralmente los cargos consignados en la imputación, no puede luego retractarse o desdecir de ellos, pues de lo contrario se afectaría la legitimidad y las consecuencias del allanamiento. En la segunda situación, si quien acepta unilateralmente los cargos en la audiencia de formulación de imputación y posteriormente alega que su consentimiento fue viciado o le violentaron sus garantías fundamentales, el juez de conocimiento puede invalidar ese acto y sus consecuencias. Adicionó el Tribunal de cierre de la justicia penal ordinaria, que en este caso, debe abrirse un espacio previo a su decisión de fondo, para discutir el asunto y, lo más importante, permitirle al imputado y defensor demostrar o acreditar efectivamente la ocurrencia de la circunstancia aducida, pues la norma exige del postulante probar que el vicio o la violación ocurrieron.

#### **AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN — Descubrimiento de elementos materiales probatorios**

El no haber leído la Fiscalía la totalidad de las entrevistas recaudadas en la actuación, en modo alguno violentó las garantías fundamentales del procesado, menos se constituyó en motivo de error en su consentimiento al allanarse a la imputación; pues de un lado, según el numeral 2° del artículo 288 del Código de Procedimiento Penal, la descripción de los hechos jurídicamente relevantes en la audiencia de formulación de imputación no implica el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, y de otro, el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, es un acto unilateral del procesado, quien a pesar de desconocer el material probatorio allegado a la actuación, sea a su favor o en su contra, libremente decide aceptar tempranamente los cargos y renuncia a los derechos a la no autoincriminación y adelantamiento del juicio oral, aun cuando ignora si a la postre la Fiscalía hubiere podido o no demostrar su responsabilidad en el delito investigado.

Ahora, la existencia de elementos de prueba que modifiquen, agreguen o supriman detalles de la imputación fáctica realizada por la Fiscalía, no invalida per se el allanamiento a la imputación; ya que el ente acusador en su condición de titular de la acción penal, está facultado para escoger los hechos más relevantes de la actuación y enmarcarlos en la descripción típica pertinente, estando el procesado en libertad de decidir si acepta los







cargos o si por el contrario los rechaza y en su lugar se va a juicio. Por lo tanto, mal podría tildarse de irregular una imputación por no haber propuesto el ente acusador diversas hipótesis, quizá más favorables al procesado, en cuanto a lo ocurrido el día de marras; toda vez que le bastaba con tomar partido por una sola de ellas, según su particular criterio jurídico, y atendiendo a lo revelado por el material probatorio en su poder.

**AUTO DEL 17 DE MARZO DE 2017. RADICADO 41396-60-00-594-2013-01390-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

### **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – Interrupción / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – Servidor público**

Al tenor del numeral 4° del artículo 82 del Código Penal, la acción penal se extingue cuando opera el fenómeno jurídico de la prescripción. Además, según el artículo 83 *ibídem*, la acción penal prescribe en un lapso igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, sin que en ningún caso pueda ser inferior a cinco (5) años, ni exceder de veinte (20)—.

De otro lado, relíevase que según previsión del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, por lo que, ocurrido lo anterior el término comenzará a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del señalado en el canon 83 del Código Penal, el cual en todo caso, no podrá ser inferior a tres años.

Así mismo, según el original inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, “*al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, **el término de prescripción se aumentará en una tercera parte***”, normativa modificada por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de aumentar ese plazo prescriptivo en la mitad, siempre y cuando se trate de delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión al mismo.

### **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – Servidor público**

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en variados pronunciamientos, entre ellos, en el efectuado en la sentencia proferida el 10 de febrero de 2016, en el radicado 43.997, al hacer el cómputo para efectos de la prescripción de la acción penal, tuvo en cuenta el incremento del término previsto por razón de la condición de servidor público del encartado, sin ningún tipo de condicionamiento adicional. En esa ocasión la Alta Corporación al brindar ilustración sobre el procedimiento matemático a efectuarse, precisó



lo siguiente: “...se aumentará la tercera parte o la mitad, según sea el caso, cuando la conducta punible haya sido cometida por servidor público en el ejercicio de las funciones, de su cargo o con ocasión de ellas”.

Incluso, en decisión proferida el 16 de marzo de 2016, en el radicado 47.086, la precitada alta Corporación, al contabilizar el término prescriptivo de la acción penal en un proceso seguido contra un funcionario público por la comisión del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, esto es, uno de aquellos que exige para su estructuración la condición de servidor público del agente, sin mayor consideración, incrementó el término de prescripción en una tercera parte (1/3), en razón precisamente a la calidad del autor.

En este orden de ideas y ubicados ya en el caso en estudio, respóndase a los recurrentes que la simple lectura del inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, permite inferir su equivocada interpretación de la norma; pues este precepto en lugar de limitar la aplicación del aumento del término prescriptivo por la calidad de servidor público del agente a los eventos en los cuales el delito no exija tal condición como elemento del tipo, lo que hace es ampliar el término de prescripción en todos aquellos casos en los cuales el servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión a ellos, incurra en una conducta punible, es decir, simplemente consagra un aumento del término prescriptivo de la acción penal para el procesado que es servidor público, sin hacer ninguna clase de distinción. De lo anterior se colige sin asomo de dudas, que la aplicación de la norma en cita opera con independencia de si el punible exige la condición de servidor público del agente para su estructuración o puede desplegarse indistintamente por un sujeto con tal condición o por un particular.

En consecuencia, la aplicación del inciso 6° del artículo 83 del Código Penal al autor de una conducta punible con sujeto activo calificado, en nada afecta la prerrogativa del *non bis in ídem*; pues mientras la condición de servidor público del sujeto agente es un elemento estructural de tipo penal, ese mismo factor igualmente incide en el incremento del término de prescripción de la acción penal, pero no en un eventual aumento de la pena a imponer. Es decir, se trata de un mismo asunto pero con diversas repercusiones, y por lo tanto, sin ninguna incidencia respecto de la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana.



**Auto del 24 de marzo de 2017. Radicado 41396-60-00-594-2015-000396-01. MP. Javier Iván Chávarro Rojas**



## PRISIÓN DOMICILIARIA – MADRE CABEZA DE FAMILIA

La prisión reclamada por el apelante puede cumplirse en la residencia de la sentenciada siempre y cuando se satisfagan a cabalidad los siguientes requisitos: i) Que el delito cometido no sea de aquellos expresamente excluidos por el legislador de este beneficio —Artículo 1º de la ley 750 de 2002—. ii) Que el sentenciado no registre antecedentes penales. iii) Que se trate de madre o padre cabeza de familia. iv) Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al juez deducir seria y fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

En relación con las anteriores exigencias, la jurisprudencia<sup>1</sup> ha reiterado su condición de concurrentes, por lo tanto, si una de ellas no se satisface a plenitud, improcedente se torna la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: “*Los cuatro requisitos señalados en el punto anterior deben verificarse al mismo tiempo, de modo que si deja de cumplirse uno de ellos, la detención domiciliaria por ser cabeza de familia no tendrá lugar*”<sup>1</sup>

En cuanto a los dos primeros requisitos legales, satisfechos están en el presente caso, ya que de un lado, la acusada fue condenada como cómplice de delitos distintos a los señalados en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002<sup>1</sup>, y de otro, la Fiscalía no acreditó la existencia de antecedentes penales respecto de la acusada (...)

Respecto a la tercera exigencia legal en estudio, manifiéstese que al tenor del inciso 2º del artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, modificatorio del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, “(...) *es mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, ejerza la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitados para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o **deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.***” (Negrillas fuera de texto)

En relación con el asunto en estudio, vale la pena traer a colación la postura asumida por la Corte Constitucional en el fallo SU – 388 de 2005, según la cual, la sola demostración de la jefatura o dirección del hogar no confiere la condición de madre o padre cabeza de familia, ya que ésta solo se predica respecto de quien en forma exclusiva o solitaria asume la responsabilidad de sostener el hogar, esto es, cuando hay una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.

En torno al tema la Alta Corporación, *mutatis mutandi*, expresó lo siguiente: “*no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar*”.



Exprésese que lo antes declarado ya es razón suficiente para avalar la determinación adoptada en primera instancia en el sentido de negar la entendible pretensión del apelante, pues se insiste, la hija de la sentenciada cuenta con el efectivo y real apoyo de su abuela materna, y eventualmente podría concurrir a asumir ese rol (...), padre de la menor, quien por mandato legal está llamado a asumir el cuidado, amparo y protección integral de su descendiente. En otras palabras, no existiendo deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar de la menor MRR, insatisfecho estaría uno de los medulares requisitos exigidos por la Ley 750 de 2002 para conceder la prisión domiciliaria suplicada.

**Sentencia del 17 de marzo de 2017. Radicado 41396-60-00-594-2015-001766-01. M.P. Javier Iván Chávarro Rojas**

### **PRISIÓN DOMICILIARIA — REQUISITOS ART. 38 B CÓDIGO PENAL**

El artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, mediante el cual se adicionó el artículo 38 B a la Ley 599 de 2000, estableció los siguientes requisitos para concederse la prisión domiciliaria: 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.

Descendiendo ya al asunto concreto en estudio, dígase que si la conducta punible por la cual se procede, esto es, el homicidio, está reprimido por el artículo 103 del Código Penal con pena de prisión de 208 a 450 meses, pero atendiendo los inconfundibles términos del preacuerdo suscrito por las partes, el rango punitivo mínimo a imponer se redujo a la mitad a raíz de haberse degradado la participación de autor a cómplice, es decir, a 104 meses u ocho años y 8 meses de prisión; insatisfecho estaría la exigencia objetiva del numeral 1º de la precitada normativa para acceder al pedido de la defensa, pues la pena mínima prevista en la ley o imponible en abstracto, supera los ocho años de prisión.

Pese a ser suficiente lo anterior para negar el reclamo del censor y en su lugar impartir plena confirmación a la sentencia condenatoria recurrida, contéstese al jurista no tener ninguna incidencia en el otorgamiento de la prisión domiciliaria regulada por los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados y adicionados por los artículo 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014, el hecho de haberse sometido el acusado a la justicia a través de las figuras del allanamiento o el preacuerdo, su entrega voluntaria a la autoridad una vez consumado el ilícito, la modalidad del delito, la conducta del procesado, el término de su detención preventiva domiciliaria, la inexistencia de antecedentes penales en su contra y el hacinamiento carcelario.







SENTENCIA DEL 21 DE MARZO DE 2017. RADICADO 41396-60-00-594-2015-00831-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS

**COMPETENCIA – Por Conexidad / AUDIENCIA PREPARATORIA —  
Escenario adecuado para solicitar conexidad.**

Según mandato del inciso 2º del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, los delitos conexos deben ser investigados y juzgados conjuntamente.

A su turno, según voces del artículo 51 *ibidem*, la Fiscalía – en la audiencia de formulación de acusación- y la defensa – en la preparatoria- pueden solicitar al juez de conocimiento se decrete la conexidad cuando se presente alguna de las situaciones expresamente ahí señaladas, entre ellas, cuando ***“se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que existan homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra”***.

Enfatícese que, de advertirse la estructuración de una causal de conexidad que lleve implícita la pérdida de competencia del juez, lo procedente será actuar en los términos del artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, esto es, enviar las diligencias al superior a fin de definirse a quién le corresponde conocer el asunto.

(...) a la luz del párrafo del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, la audiencia preparatoria es el escenario procesal oportuno para solicitar la defensa la conexidad; si según lo ha decantado la jurisprudencia, *“los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados...”*<sup>1</sup>;

(...) destáquese de entrada que el artículo 52 *idem*, al regular lo atinente a la competencia por conexidad, dispone lo siguiente: ***“Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación”***(Negrillas fuera de texto)

AUTO DEL 4 DE ABRIL DE 2017. RADICADO 41396-60-00-594-2015-00192-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



**PREACUERDOS – Obligan al juez de conocimiento salvo si desconocen garantías fundamentales / EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES — Delitos contra la administración pública / IMPEDIMENTO – compulsar copias per se no lo configura / IMPEDIMENTO – haber manifestado opinión**



(...) a la luz del inciso cuarto del citado artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, los preacuerdos entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo si con ellos se desconocen garantías fundamentales. A su turno, el inciso 5º de la citada norma establece que aprobados los preacuerdos por el juez, el paso siguiente no será otro distinto a la convocatoria de audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

(...) aplicación de los postulados de la justicia premial que motivaron la expedición de la Ley 906 de 2004, se permite la terminación anticipada del proceso, vía aceptación de cargos a través de dos herramientas jurídicas a saber: allanamiento a la imputación y el preacuerdo. En ambos casos el juez de garantías o de conocimiento, dependiendo del momento procesal en el cual suceda, debe constatar que la aceptación del imputado sea libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con el debido asesoramiento, según lo dispone el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal. Adicionalmente, téngase presente que cuando el procesado se allana a cargos o suscribe preacuerdo, ello equivale al escrito de acusación, en los expresos términos del artículo 293 ibidem .

(...) según posición de la Alta Corporación, la acusación, acto procesal que incluye los allanamientos y los preacuerdos, es un acto de parte y de competencia exclusiva y excluyente de la Fiscalía, lo cual le impide ser cuestionado por el juez, excepto en lo atinente a las observaciones a ser formuladas en los términos del artículo 339 idem, pues la consecuencia o sanción para una mala acusación, es su improsperidad al final del juicio. Sobre el asunto la Corte expresó: “En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio”

Ya en más reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia aludió a la excepcional intervención del juez en materia de control a los preacuerdos o allanamientos a la imputación, restringiéndolo prácticamente a los casos de vicios en el consentimiento, afectación del derecho de defensa, el otorgamiento de más de un beneficio, rebajas de pena superiores a las permitidas por la Ley y concesión de subrogados penales en contravía de las respectivas exigencias legales.

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - Exclusión de beneficios y subrogados penales**





si al señor Pichiná Aguirre se le imputó la presunta comisión del delito descrito y sancionado por el artículo 407 del Código Penal, esto es, cohecho por dar u dar u ofrecer; si esta conducta punible hace parte del título XV , libro II del referido Estatuto, es decir, de los ilícitos contra la administración pública; si en el preacuerdo de marras se pactó la aceptación del cargo originalmente enrostrado al encartado, pero bajo la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 del Código Penal, esto es, haber realizado la conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas; si en aplicación de dicha circunstancia de menor punibilidad, la pena se acordó en ocho meses de prisión y 11.11 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa; si además, se pactó concederle al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del Código Penal; si a la luz del inciso 2° del artículo 351 del Código Penal, cuando en virtud del preacuerdo se presentare un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, ello constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo; si lo anterior significa que las partes sólo estaban legalmente facultadas para negociar una pena más benigna a favor del encartado; si además de la rebaja derivada del reconocimiento de la circunstancia de marginalidad y pobreza señalada en el artículo 56 del Código Penal, las partes negociaron el otorgamiento del precitado subrogado penal, contrariando expresamente el ordinal 2° del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, modificatorio del artículo 63 del Código Penal y el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014; si con tal proceder se estaría otorgando un beneficio adicional y no permitido al imputado; si así se violaría el principio de legalidad; y si según el criterio jurisprudencial arriba citado, el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal prohíbe conceder beneficios y subrogados penales a quienes van a ser condenados por los delitos allí enlistados, entre ellos, los punibles contra la administración pública, esto es, con independencia de si carecen o no de antecedentes penales; significa que el *a quo* acertó al negar la aprobación al preacuerdo sometido a su control de legalidad, pues si bien en los preacuerdos y negociaciones las partes están legitimadas para pactar lo relativo con la forma de ejecutarse o cumplirse las penas, jamás podrán pretermitir o soslayar los requisitos y límites fijados por el legislador para su otorgamiento.

Enfatícese que lo antes concluido no implica una intromisión en el rol acusador propio y exclusivo de la Fiscalía, como tampoco constituye sugerencia sobre los derroteros a seguir en este caso, pues es el resultado de la sencilla y objetiva confrontación de los términos del preacuerdo con el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal; labor que muestra con nitidez una trasgresión al principio de legalidad, frente a la cual no puede permanecer impávido el juzgador, pues se pactó un subrogado penal expresamente prohibido por el legislador respecto de quienes serán condenados por la comisión de ilícitos contra la administración pública.

En este orden de ideas, es decir, dilucidado jurisprudencialmente cuál es la interpretación válida del inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal, en sentido contrario a la tesis propuesta por los apelantes, ya que se insiste, la negativa a conceder beneficios y subrogados penales no se dirige contra las personas con antecedentes penales, puesto que ese asunto lo rige el inciso 1° de la misma



norma, estando en cambio destinada a los casos en los cuales el servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión a ellos, incurra en una conducta punible, es decir, simplemente consagra un aumento del término prescriptivo de la acción penal para el procesado que es servidor público, sin hacer ninguna clase de distinción. De lo anterior se colige sin asomo de dudas, que la aplicación de la norma en cita opera con independencia de si el punible exige la condición de servidor público del agente para su estructuración o puede desplegarse indistintamente por un sujeto con tal condición o por un particular.



En consecuencia, la aplicación del inciso 6° del artículo 83 del Código Penal al autor de una conducta punible con sujeto activo calificado, en nada afecta la prerrogativa del *non bis in ídem*; pues mientras la condición de servidor público del sujeto agente es un elemento estructural de tipo penal, ese mismo factor igualmente incide en el incremento del término de prescripción de la acción penal, pero no en un eventual aumento de la pena a imponer. Es decir, se trata de un mismo asunto pero con diversas repercusiones, y por lo tanto, sin ninguna incidencia respecto de la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana.

**IMPEDIMENTO – compulsar copias per se no lo configura /  
IMPEDIMENTO – haber manifestado opinión**

reliévese que tampoco es de recibo el argumento según el cual, el haber ordenado compulsar copias con destino a la Fiscalía a efecto de investigarse la posible intervención de varios particulares en el delito de marras, constituyó un acto de prejuzgamiento de la conducta del hoy procesado Rivera Celis; pues según el criterio jurisprudencial arriba citado, para la configuración de la causal de impedimento por él invocada, no es suficiente la simple compulsas de copias con el fin de dar inicio a una investigación penal, siendo necesario haberse realizado valoraciones constitutivas de un real compromiso previo al resultado dentro del asunto del cual desea apartarse, lo cual no ocurrió en el presente caso, ya que incluso, cuando en la sentencia adiada el 13 de agosto de 2015 se ordenó la apertura de la investigación en contra de algunos particulares, jamás se aludió

**AUTO DEL 24 DE ABRIL DE 2017. RADICADO 41396-60-00-594-2009-00134-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

**FALSA DENUNCIA – elementos del tipo penal / FALSA DENUNCIA –  
gravedad de juramento**

Pasando ahora al estudio de los elementos estructurales de la conducta punible descrita y sancionada por el artículo 436 del Código Penal, esto es, *falsa denuncia contra persona determinada*<sup>1</sup>; destáquese *ab initio* tratarse de un ilícito de sueto activo no calificado, el cual se tipifica cuando se formula



—bajo juramento— contra una persona en particular, es decir, identificada, atribuyéndole falazmente la autoría o participación en un delito no cometido o en cuya comisión no ha tomado parte

(...) para la cabal configuración del punible en cuestión, la existencia de una denuncia con las formalidades exigidas por la Ley, particularmente por el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, se erige en presupuesto imprescindible; máxime si el artículo 436 del Código Penal, al describir la referida conducta delictiva utiliza la expresión “**el que bajo juramento denuncie**”; evidenciándose así la trascendencia de las formalidades propias de la denuncia en la estructuración del ilícito.

Adicionalmente, obsérvese que en lo medular, el precitado artículo 69, al señalar las exigencias de la denuncia, de la querella o de la petición especial, establece lo siguiente: “**La denuncia, querella o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal**”. (Negrillas de la Sala).

**AUTO DEL 24 DE ABRIL DE 2017. RADICADO 41396-60-00-594-2009-00134-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA – Alcance / ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD – elementos estructurales del tipo / FRAUDE PROCESAL – elementos estructurales del tipo penal**

Todo procesado está amparado por la presunción de inocencia, y por lo tanto, el Estado debe desvirtuarla a través de probanzas capaces de acreditar en grado de certeza la responsabilidad penal del mismo, pues de subsistir perplejidad razonable sobre el particular, ésta debe resolverse a favor del reo, por mandato del numeral 2º del artículo 14 de la Carta Internacional de derechos humanos<sup>1</sup>, el ordinal 2º del artículo 8 del Pacto de San José<sup>1</sup>, el numeral 2º del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1</sup>, el artículo 29 de la Constitución Política y el 7º del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, compete al juzgador valorar las pruebas a la luz de las reglas de la sana crítica y en su conjunto, a fin de eliminar la duda razonable sobre la existencia material de la conducta punible investigada y la responsabilidad enrostrada al acusado, ya que de lo contrario y permaneciendo incólume la presunción de inocencia, la absolución se impone como única alternativa.

**ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD – Elementos estructurales del tipo**



Sobre los elementos objetivos y subjetivos del referido tipo penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ofrecido la siguiente ilustración:



*“De esa descripción típica se deriva que se trata de un tipo penal autónomo, para cuya configuración deben concurrir los siguientes elementos:*

*Un sujeto activo, singular o plural; el propósito de obtener un provecho ilícito para sí o para otro; abusar de la necesidad, la pasión, el trastorno mental o la inexperiencia de una persona; la inducción a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos; y, ese acto debe ser real o potencialmente perjudicial.*

*(...)*

*Es que, de acuerdo con la definición legal del abuso de condiciones de inferioridad –no sobra advertirlo–, el sujeto activo de la conducta necesariamente tiene que conocer las condiciones de inferioridad de la persona, en este caso del trastorno mental, pues no de otra forma podría aprovecharse para inducirle a realizar un acto que pudiera producir efectos jurídicos y así obtener un provecho ilícito”<sup>1</sup>.*

### **FRAUDE PROCESAL – Elementos estructurales del Tipo**

Reliévese que a la luz del artículo 453 del Código Penal, la conducta punible de fraude procesal se configura cuando por cualquier medio fraudulento se induce en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Sobre las características y elementos estructurales del injusto penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

*“...no se puede perder de vista que el delito de fraude procesal es un tipo penal de mera conducta, en el que objetivamente debe generarse un error en el empleado oficial como consecuencia de la utilización de un medio fraudulento, delito que se consuma con la producción del error, así no alcance a manifestarse en el hecho buscado, esto es, en la sentencia, resolución o acto administrativo.*

*(...)*

*De igual manera se debe tener en cuenta que no es requisito estructural del Fraude Procesal la efectiva materialización de la sentencia, resolución o acto administrativo que injustamente se pretende, porque este reato es de los llamados tipos de peligro y no de lesión concreta, motivo por el que **se configura con el diseño y aducción del medio fraudulento idóneo para inducir en error.***

*Además, entre la inducción en error y el núcleo de la resolución o acto administrativo debe existir una relación causal o estrecha correspondencia.*



***Para que determinado comportamiento configure el delito de fraude procesal, se requiere que quien pueda inducir a error a una autoridad tenga el deber jurídico de decir la verdad o de presentar los hechos en forma verídica, esto es, el fraude procesal se presenta cuando una persona interesada en resolver determinado asunto que se adelanta ante alguna autoridad judicial o administrativa, provoque un error a través de informaciones falsas, todo ello con la finalidad de obtener un beneficio, el cual no habría sido posible si la información ofrecida hubiere correspondido a la verdad.***

*La utilización de medios fraudulentos en una actuación judicial o administrativa, se caracteriza por presentar a la autoridad las cosas o hechos diferentes de como pasaron realmente, es decir, contrarios a la verdad”<sup>1</sup> (Destaca la Sala).*

**SENTENCIA DEL 28 DE ABRIL DE 2017. RADICADO 41396-60-00-594-2010-00070-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

**DELITO – Fuente de obligaciones / INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Características/ INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Consecuencias de la inasistencia / INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Inasistencia apoderado de víctima**

Según voces de los artículos 94 y 96 del Código Penal y 1.494 y 2.341 del Código Civil, el hecho punible es fuente de obligaciones, por lo tanto, el declarado penalmente responsable de la comisión de una conducta delictiva, podrá ser judicialmente obligado a resarcir los daños materiales y morales causados, siempre y cuando se alleguen elementos probatorios que permitan al juez cuantificarlos.

Para el anterior propósito, el artículo 102 del actual Código de Procedimiento Penal faculta a la víctima, al fiscal o al Ministerio Público para solicitar el trámite del incidente de reparación integral y así obtener una condena al pago de los perjuicios sufridos con ocasión del ilícito perpetrado.

**INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Características/ INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Consecuencias de la inasistencia**

Una vez elevada la solicitud de apertura de incidente de reparación integral por el interesado, el juez convocará a la primera audiencia, en cuyo trámite el incidentalista debe formular oralmente la pretensión con indicación de los pruebas a hacer valer; seguidamente el togado determinará si éste tiene la



calidad de víctima o perjudicado y si aún no ha sido reparado; y de ser el caso, admitirá la pretensión a efecto de ser sometida a demostración en el debate público, la pondrá en conocimiento del interesado y les ofrecerá a las partes la posibilidad de conciliar. De no llegarse a ningún acuerdo, el juez fijará fecha y hora para llevar a cabo la segunda audiencia; diligencia en cuyo trámite, según voces del artículo 104 *ibidem*, se procurará nuevamente conciliar, y de fracasarse en dicho propósito, se procederá a la práctica de las pruebas ofrecidas por cada parte y se escucharán los fundamentos de la pretensión. Evacuado lo anterior, mediante sentencia se adoptará la decisión que ponga fin al incidente, a la luz del artículo 105 *idem*.

Ahora, en relación con las consecuencias procesales de la inasistencia a las referidas diligencias o audiencias, el párrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal dispone lo siguiente:

“PARÁGRAFO. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.

Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente”.

No hay duda que la norma en comento consagra sanciones procesales cuando se incurre en ciertas omisiones, entre ellas, la inasistencia injustificada del solicitante a las audiencias del incidente, caso en el cual, se tendrá por desistida su pretensión, se archivará la solicitud y se condenará en costas.

### **INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Inasistencia apoderado de víctimas**

La anterior enseñanza jurisprudencial permite deducir que lo sancionado con la declaratoria de desistimiento prevista en el párrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, no es la sola o aislada inasistencia injustificada de la víctima a las audiencias, sino la de su apoderado o representante judicial, por ser éste quien agencia idóneamente sus derechos o ejerce con solvencia profesional el derecho de postulación. Lo anterior encuentra su razón de ser en numeral 3° del artículo 137 *ibidem*, pues si para poder intervenir en el proceso penal a partir de la audiencia preparatoria, las víctimas deben estar representadas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico, inane resultaría que comparecieran sin el acompañamiento de su mandatario judicial a las diligencias del trámite incidental. Por este elemental motivo, en las providencias arriba citadas, no se alude a la inasistencia a las audiencias de la víctima, sino a la no presencia injustificada del apoderado o mandatario judicial de aquella, por ser esta opción la que conllevaría la aplicación de sanción procesal de la declaratoria de desistimiento de la pretensión.





Es que si a la diligencia o audiencia asiste el profesional del derecho en cuya cabeza delegó el titular del derecho reclamado su representación judicial a través del otorgamiento de un poder o mandato, tales actos procesales pueden celebrarse válidamente sin ser forzosa la presencia del mandante o poderdante. Por esta razón, la Ley penal adjetiva no exige como condición de validez de la actuación, la presencia de la víctima, como sí lo hace respecto de su apoderado.

Adicionalmente, manifiéstese que si al tenor del artículo 2.142 del Código Civil, “el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”; y si por previsión del inciso 2° del artículo 77 del Código General del Proceso —Aplicable al trámite incidental en virtud del principio de integración consagrado en el artículo 25 del CPP—, “el apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante”; insensato resultaría declarar el desistimiento de las pretensiones de la víctima cuando ante su inasistencia, su apoderado o mandatario judicial sí concurre a las audiencias a representarlo y agenciar sus intereses y derechos, como si fueran propios.

Tampoco sería comprensible deducir que ante la inasistencia de la víctima a la primera y segunda audiencia del trámite incidental, destinadas, entre otros objetivos, a procurar la definición de la pendencia a través del mecanismo de conciliación, deba declararse el desistimiento de la pretensión si a éstas diligencias concurre en su nombre un abogado sin potestad para disponer del objeto del litigio; pues tan drástica consecuencia procesal conllevaría una completa negativa al acceso a la administración de justicia y al derecho a la reparación de los afectados por la conducta punible, como una trasgresión a las reglas básicas de la representación judicial y a las pautas trazadas sobre la conciliación por el Código General del Proceso.

Es que si bien la ley consagra la posibilidad de conciliación como una fase de obligatorio agotamiento en la primera y segunda audiencia del incidente de reparación integral, ello por sí solo no implica que las partes enfrentadas deban llegar a acuerdo y así zanjar sus diferencias; no, simplemente se señala que el juez debe propiciar o crear el ambiente de acercamiento de las partes con miras a ese propósito, sin embargo, están legitimadas para rehusar y negarse a conciliar o negociar en torno a las pretensiones y en su lugar disponer se continúe con el rito propio del incidente hasta su conclusión.

Por lo tanto, si a la luz del inciso 3° del artículo 77 del Código General del Proceso, para disponer del litigio, o sea, para conciliar, debe contarse con autorización expresa por el apoderado o mandatario, significa que la asistencia de un profesional del derecho —sin dicha potestad— a las audiencias de marras, estando ausente la víctima mandante, solo tendría repercusión en lo atinente al acuerdo conciliatorio, nada más, es decir, se declararía fracasada la etapa de conciliación y se proseguiría con el trámite normal del proceso. De lo contrario, esto es, de llegar a inferirse el



desistimiento de la pretensión de la víctima por haber asistido a la audiencia su apoderado judicial sin tener facultad de conciliar, se estaría desbordando el alcance y propósito del parágrafo del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal y desnaturalizándose el carácter voluntario y de simple fase procesal de la conciliación.

Además, nótese que el artículo 372 del Código General del Proceso al regular el trámite a seguir en la audiencia inicial del proceso declarativo, en la cual debe agotarse la posibilidad de conciliar, dispone que la diligencia puede celebrarse aún si alguna de las partes no comparece pero está presente su apoderado. Incluso, precisa que las justificaciones de las partes o sus abogados por su inasistencia, se pueden presentar dentro de los tres días siguientes a la fecha cuando la misma se verificó, siempre y cuando se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito. Lo anterior robustece la tesis según la cual, la no comparecencia del demandante o incidentalista a las audiencias donde se ofrece la opción de conciliar, no significa la imposibilidad de llevar a cabo ese acto público, menos declarar el desistimiento de la pretensión.



**AUTO DEL 28 DE ABRIL DE 2017. RADICADO 73-585-60-00-594-2010-00070-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

**EXCLUSIÓN PROBATORIA – Auto que la decide es apelable /  
CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN – Raigambre Constitucional /  
DECLARACIONES TRIBUTARIAS – Carácter reservado /  
DECLARACIONES TRIBUTARIAS – no requieren autorización  
previa, ni control posterior**

#### **EXCLUSIÓN PROBATORIA – Auto que la decide es apelable**

A fin de absolver el anterior cuestionamiento, recuérdese preliminarmente que, a la luz del inciso 5° del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba a practicarse en el juicio es apelable, por lo que, en atención a esa disposición y en armonía con el criterio jurisprudencial trazado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 27 de julio de 2016, en el radicado 47.469<sup>1</sup>, el Tribunal está facultado para resolver la alzada.

#### **CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN – Raigambre Constitucional**

En segundo lugar, dígase que a la luz del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, “*es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*”. Este precepto constitucional lo desarrolla el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, en la denominada cláusula



de exclusión, según la cual, *“toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”*. Además, según mandato del artículo 360 *ibidem*, el juez debe excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, *“incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales”* de ley.

### **DECLARACIONES TRIBUTARIAS – Carácter reservado**

(...) si bien las declaraciones tributarias son de carácter reservado y su contenido no puede reproducirlo libremente la DIAN, esta regla general tiene su excepción, pues no opera frente a procesos penales, en cuyo trámite la referida entidad oficial está facultada para expedir copias de las mismas, siempre y cuando hayan sido decretadas como prueba por la autoridad judicial competente. En relación con el alcance y fundamento del inciso 2° del artículo 583 del Estatuto Tributario, la Corte Constitucional al examinar su constitucionalidad ofreció la siguiente ilustración:

*“11. En este orden de ideas, el deber de revelar información económica, mediante la presentación de declaraciones tributarias, y la facultad correlativa de inspección fiscal en cabeza de las autoridades competentes, se fundamentan en el interés superior de que cada ciudadano contribuya al sostenimiento de las cargas públicas, interés éste que se erige en un límite del derecho a la intimidad.*

(...)

*El inciso segundo del artículo 583 del Decreto 624 de 1989, parcialmente demandado, permite a la administración suministrar información tributaria con destino a un proceso penal a solicitud de la autoridad judicial competente. Las declaraciones tributarias recogidas por la administración gozan de la garantía de la reserva tributaria. La ley establece una excepción, tratándose del proceso penal. (...).*

(...)

*El ejercicio del ius puniendi del Estado, cuyo objetivo es la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados, constituye razón suficiente para limitar el derecho a la intimidad, mediante la regulación legal que ordena a la administración suministrar, a petición de la autoridad judicial competente, las declaraciones tributarias presentadas por particulares con fines diversos a la defensa penal. Esta posibilidad, no obstante, debe ser interpretada de conformidad con el artículo 28 de la Constitución, según el cual “nadie puede ser molestado en su persona o familia..., sino en virtud de mandamiento escrito de*



*autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*



### **DECLARACIONES TRIBUTARIAS – no requieren autorización previa, ni control posterior**

(...) declárese que si por mandato del artículo 583 del Estatuto Tributario, la reserva legal de las declaraciones tributarias no opera frente a procesos penales; si en virtud de dicha norma, la DIAN, entidad oficial responsable de velar por el cumplimiento de los deberes tributarios de los ciudadanos, está facultada para expedir copia de las referidas declaraciones con destino a las autoridades judiciales del área penal; si en armonía con el inciso 2° del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, cuando se realiza búsqueda selectiva en base de datos que conlleve acceso a información confidencial del indiciado o imputado, se requiere autorización previa del fiscal y control posterior del juez de garantías; y si confidencial es aquello “que se hace o se dice de manera reservada o secreta”; significa que la obtención de las declaraciones tributarias no sigue la regla del precitado inciso 2° del artículo 244, es decir, su legalidad no está supeditada a la correspondiente declaratoria de legalidad posterior del juez de control de garantías, como tampoco a su orden previa, como equivocadamente lo estimó el letrado; toda vez que, si por voluntad del propio legislador se levantó su reserva en procesos de índole penal, no hay duda que esa particular información estaría desprovista del carácter confidencial y desbordaría el referido precepto legal destinado solo a la búsqueda de datos personales, privados y reservados.

Es que, si el Estatuto Tributario, norma de carácter especial, eliminó la reserva de las declaraciones tributarias en los procesos penales donde deban allegarse copias de las mismas; y si este mandato legal obedece a la facultad de indagación tributaria o inspección fiscal en cabeza del Estado, la cual lo habilita para acceder a esa información personal en aras de salvaguardar el interés general y lograr la contribución ciudadana en el sostenimiento de las cargas públicas ; ningún examen debe realizarse por el juez de control de garantías a efecto de permitir el ingreso de las declaraciones tributarias a una actuación de carácter penal, pues se insiste, la ley suprimió por su propia cuenta el carácter reservado o confidencial de esa información, pudiéndose por lo tanto usar válidamente en todo proceso de la índole penal, siempre y cuando se satisfagan los criterios generales de pertinencia y utilidad por parte del medio de conocimiento; máxime si como ocurre en el presente caso, fue la misma DIAN quien le entregó la mentada documentación a la fiscalía con miras a hacerla valer en el respectivo juicio a manera de prueba de cargo.

**AUTO DEL 28 DE ABRIL DE 2017. RADICADO 73-585-60-00-594-2010-00070-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**



**ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – Bebidas embriagantes / RESPONSABILIDAD PENAL – Convencimiento más allá de toda duda / TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA – Valoración**

(...) si bien todo procesado está amparado por la presunción de inocencia y le compete al Estado a través de la Fiscalía, allegar las probanzas destinadas a derruirla y así acreditar la materialidad del ilícito juzgado y responsabilidad penal del mismo; para alcanzar dicho propósito no se exige un grado de certeza absoluto sino relativo, esto es, más allá de toda duda razonable. Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ofrece la siguiente ilustración:

*“La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.*

**TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA – Valoración**

(...) testimonio rendido por la víctima del abuso sexual cumpliría a cabalidad las exigencias jurisprudenciales a ser tenidas en cuenta a efectos de generar en el fallador el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia de la conducta delictiva y la responsabilidad del acusado en los delitos sexuales. Tales condiciones son las siguientes:

- “a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor–agredido que lleve a inferir en la existencia de 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 acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y
- ”c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”.

**ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – Bebidas embriagantes**

(...) la simple ebriedad de la víctima bien pudo ponerla en incapacidad de resistir el acto sexual, pues así lo precisó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia emitida el 31 de octubre de 2012, en el Radicado 34.494, tal y como se ilustró en párrafo anterior, pues para



que una persona pueda prestar libremente su consentimiento en materia sexual, debe estar exenta de interferencias que puedan diezmar o anular su capacidad de autodeterminación.

(...)

Incluso, según se extracta del Reglamento Técnico Forense para la Determinación del Estado de Embriaguez Aguda, expedido en el año 2005 por el Instituto Nacional de Medicina Legal, signos como los narrados por Y.P. esto es, la imposibilidad o dificultad al articular el lenguaje, la amnesia lagunar, la dificultad para mantener la postura y bipedestación y las alteraciones graves de la consciencia, son características propias del diagnóstico forense en casos de embriaguez alcohólica de tercer grado.



**SENTENCIA DEL 11 DE MAYO DE 2017. RADICADO 41-396-60-00-594-2013-00979-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

**DELITO CULPOSO – Características / CONDUCCIÓN – Actividad peligrosa / PRINCIPIO DE CONFIANZA – Caracterizas / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – Alcance y Límites**

(...) Dígase preliminarmente que, siendo la conducción vehicular una actividad socialmente adecuada pero de naturaleza peligrosa, quien omite el deber objetivo de cuidado, aumenta el riesgo autorizado y ocasiona resultados dañosos, se expone a ser declarado penalmente responsable de los mismos. Sobre el asunto la Corte Suprema de justicia manifestó lo siguiente:

*“El delito culposo (como se le denomina en nuestra legislación) o imprudente (como se califica legal y doctrinalmente en otros ámbitos, por ejemplo en España) se presenta cuando se emprende la ejecución de una acción peligrosa sin ánimo de lesionar un bien jurídico, pero por falta del cuidado debido deriva en la efectiva lesión del bien penalmente protegido. El desvalor en los delitos culposos se encuentra en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la exhortación que tiene de actuar de manera cuidadosa”<sup>1</sup>.*

**PRINCIPIO DE CONFIANZA – Caracterizas**

(...) quienes intervienen en el tráfico terrestre deben buscar su protección y la de los demás, lo cual implica atender las señales de tránsito, detener la marcha cuando las circunstancias lo exijan y desplazarse a la velocidad



permitida, entre otros deberes; también lo es que, los conductores están amparados por el principio de confianza, según el cual, todo actor vial espera que los demás se comporten de acuerdo a las reglas y normas de tránsito. Por lo tanto, si la vía por donde alguien transita es de aquellas que tienen prelación, está legitimado para movilizarse con la convicción que los demás transportadores, en lugar de irrumpir su vía, le cederán el paso, pues de lo contrario, el tránsito vehicular se volvería caótico, ya que por ejemplo, todos los conductores se verían forzados a detener la marcha al llegar a cualquier intersección o al aproximarse a un semáforo con luz verde, a la espera del comportamiento desplegado por los demás.

### **PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – Alcance y Límites**

Sobre el alcance y límites del principio de confianza, la jurisprudencia ha ofrecido la siguiente ilustración:

*“e) Una circunstancia que exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido, es el denominado principio de confianza, en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia.*

*(...)*

*Al principio de confianza se opone, y prima sobre él, el principio de defensa, también conocido como principio de seguridad.*

*Este postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien en la actividad diaria está sujeto al principio de confianza, determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos, como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos y, por supuesto, los ancianos. Así, el conductor tenía que dar primacía a este principio y procurar, insistiendo al señor... que se hiciera en otro lugar que le propiciara seguridad, porque, no se olvide, era un ciudadano de elevada edad, estaba ebrio o tomado y que persistió en permanecer sentado casi que en la entrada del bus; o, si se quiere, más fácil: ya que se desplazaba con la puerta abierta, cerrarla para proteger a... No obstante, el guía del bus no hizo nada para ello”.*

### **DEBER OBJETIVO DE CUIDADO – Prelación vehicular**

Es que si al tenor del artículo 2° del Código Nacional de Tránsito, la prelación se entiende como la “prioridad o preferencia que tiene una vía o vehículo con respecto a otras vías u otros vehículos”; si esa misma normativa prevé que las vías principales tienen prelación sobre las ordinarias; si a la luz del inciso 1° del artículo 66 ibidem, “el conductor que transite por una vía sin prelación deberá detener completamente su vehículo al llegar a un cruce y donde no haya semáforo tomará las precauciones debidas e iniciará la marcha cuando le corresponda”; y si según lo declarado uniformemente los agentes de tránsito C.P. y J.S., la carrera 7° de ésta ciudad ostenta prelación sobre la





calle 30, por tener mayor flujo vehicular, al punto de transitar por allí las rutas de buses destinadas al transporte público urbano, es decir, por tratarse de una vía principal; no hay duda que J.A.F.A., al movilizarse por una vía ordinaria, como lo es la calle 30, debió detener la marcha de su motocicleta al llegar a la intersección de la carrera 7°, esperar que el velomotor conducido por el señor C.M. continuara normalmente su destino, y luego sí reiniciar su desplazamiento, así no existiera señal de pare en esa esquina o intersección. Entonces, no habiendo obrado de ésta manera, el acusado infringió normas reguladoras del tránsito vehicular terrestre e incurrió así en una inexcusable imprudencia; situación que obligaba al juez de primera instancia a declararlo penalmente responsable del delito objeto de juzgamiento, tal y como sucedió.

**SENTENCIA DEL 26 DE MAYO DE 2017. RADICADO 41-001-60-00-586-2011-01101-01. M.P. JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS**

### **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA – Co-dominio del hecho / HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA – Indicios**

Es evidente que el postulante judicial contractual de la defensa ofrece un análisis aislado del aporte del condenado en la ejecución del hecho, que lo limita a informar y guiar a la tropa por una paga, oficio constitucional y legalmente lícito. No obstante, inicialmente indíquese que cuando varias personas proceden en una empresa delictiva, con consciente y voluntaria división del trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable.

Esto significa que es evidente el co-dominio del hecho en la medida que solo él conocía el predio por la vecindad de la vereda donde se domiciliaba el guía y era el único en el operativo que distinguía al interfecto, por eso la presencia de otros labriegos en el cafetal y del hijo adulto del finado nunca dificultó su identificación, se dio tiempo para la espera en el acecho y garantizar con su cercanía la certeza del golpe, precisamente en quien fuera reo de rebelión, precedido por la arenga del oficial que los comandaba, pues los motivó psicológicamente por la condición de guerrillero que le atribuía al vecino del guía, el enemigo que debían exterminar como “acto de guerra” como doctrina que legitimaba ese accionar en el marco de las hostilidades, un propósito común que les atañía a todos ellos, retórica con el que justificaban y racionalizaban el delito cometido, para reportarlo como baja en combate, occisión que toleró el orientador geográfico y con ello recibió y mejoró la paga, por eso nunca se opuso a la afrenta aunque afirme que bajo amenaza disparó al aire pues su cuartada se desvanece con la crónica del infante que acompañaba al obitado.



### **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA – Indicios**

Es significativo y muestra el *ánimus necandi* del sentenciado en la ejecución extra-juicio que desde el inicio del recorrido el guía llevara consigo un arma de guerra de gran alcance y magnitud de fuerza al operativo, como finalmente confirmaron los militares, el fusil que en sus inicios negó portar pero que al final aceptó que recibió del subteniente, antes de abordar al obitado, con el propósito que con su propia mano ejecutara a su vecino y si bien dice que disparó al aire, emergen en su contra los indicios de presencia en el lugar de los hechos y de oportunidad para delinquir, pues tenía el conocimiento de la zona, de la persona objeto de ejecución y poseía no solo el medio mortífero para ejecutarlo sino también para ocultar su identidad, con violación de todos los protocolos castrenses, emergen además de los indicios de mentira y mala justificación, que dejan en entredicho su condición moral. Un principio lógico y regla de la experiencia explica las disonancias de sus descargos ya que *“quien no da una explicación coherente de su actuar, es porque la realidad de lo sucedido no le favorece”*.

**SENTENCIA DEL 1 DE MARZO DE 2017. RADICADO 41298-31-009-002-2012-00766-01. M.P. HERNANDO QUINTERO DELGADO**

**SENTENCIA CONDENATORIA - Exige convencimiento más allá de toda duda / SENTENCIA CONDENATORIA – Valoración probatoria / LIBERTAD PROBATORIA – Ausencia de tarifa legal / LIBERTAD PROBATORIA – En materia civil / PRUEBA TESTIMONIAL – Valoración y alcance**

Para proferir sentencia condenatoria se requiere convencimiento sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Estas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

Es inconcuso que la apreciación de las pruebas por parte de los funcionarios judiciales se ve limitada: (a) Por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas, ni tampoco es viable su adición, cercenamiento o tergiversación material. (b) Por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio. (c) Por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley y (d) Por la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador.

### **LIBERTAD PROBATORIA – Ausencia de tarifa legal**

Debe recordarse que, contrario a la conclusión del a quo, en materia penal opera el principio de libertad probatoria, según lo prescribe la Ley 906 de 2004, así:



*“ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.*

Incluso, en materia civil, tiene vigencia el principio de libertad probatoria, según se constata en la sentencia T-1066 de 2007:

*“Sea lo primero advertir que en nuestro sistema procesal colombiano, no existe tarifa legal probatoria. Que exista la obligación de que el comerciante lleve libros de comercio, que éstos deben llevarse conforme a ciertos formalismos y que la ausencia de estos formalismos constituya prueba en contra del comerciante o le impida probar, son obligaciones y consecuencias para el comerciante, mas no para el perito. No existe, como lo sostuvo la providencia cuestionada, disposición en nuestro ordenamiento jurídico que obligue al perito a ceñirse únicamente a la contabilidad para determinar la existencia de perjuicios. Mas aún, en roles tan complejos y determinantes como el de promotor, figura creada en la Ley 550 de 1999 para la reestructuración de créditos de comerciantes, se autoriza expresamente a dicho promotor, separarse de los balances y registros de contabilidad y acudir a testimonios y documentos externos o internos, para establecer el verdadero estado patrimonial de la empresa. La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha abordado el tema al señalar que impera la libertad probatoria adoptada por nuestro régimen procesal civil, que abandonando el sistema de tarifa legal ha acogido desde 1971 el principio de la libertad de la prueba, el principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas y el principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (artículos 37, 167, 175, 187, y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil). Las disposiciones legales parcialmente transcritas, dejan ver (i) en primer lugar que es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico existe libertad probatoria, lo que debe entenderse como la autorización para demostrar los hechos con cualquier medio de prueba. Es decir, no existe tarifa legal; (ii) En segundo lugar, es meridianamente claro que para probar los perjuicios, ninguna ley exige solemnidad especial alguna, existiendo además libre valoración de la prueba, que debe ser examinada en conjunto; (...)”.*

Por ello, ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, pues para lograr el convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado se puede llegar por distintos caminos.







### **PRUEBA TESTIMONIAL – Valoración y alcance**

Por ello, ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, pues para lograr el convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado se puede llegar por distintos caminos.

Puesto que el a quo sostiene que sin aquellos documentos la prueba testimonial carece de fuerza incriminatoria; dígase que son varios los aspectos que deben ponderarse para determinar la eficacia probatoria del testimonio, algunos de naturaleza subjetiva, que son los que indican la idoneidad del testigo para rendir una declaración judicial desde dos ópticas: la habilidad fisiológica del declarante para percibir los hechos sin equivocarse y la idoneidad moral del deponente, que exige examinar con mayor celo el dicho de quienes se encuentren en cualquier situación que los torne proclives a engañar o mentir.

### **PRUEBA TESTIMONIAL – Valoración y alcance**

La heurística pone a la vista que lo usual es que cada testigo narre los hechos según su particular perspectiva o visión que de ellos tuvo, sin que tal eventualidad implique restar credibilidad a sus atestados, y que puede ocurrir que varios relatos acerca de un mismo evento no sean totalmente coincidentes, mucho menos idénticas, sin que por ello deba restárseles credibilidad y desestimarlas, pues esa es una situación que,

*“...resulta normal si es tomado en cuenta que no todas las personas que presencian un hecho tienen la misma capacidad de apreciación, ni se encuentran dentro del mismo plano de percepción visual o auditiva, y que además de ello, las discrepancias que se presentan en el caso sub judice no son de contenido sustancial, como para llegar a pensar, razonablemente, que los testigos no estuvieron presentes en la escena del crimen, o que sus afirmaciones sobre lo que sucedió no son verdaderas en lo que se dijo”.*

Según la Corte Suprema de Justicia, por aspectos esenciales debe entenderse, lo que es sustancial, principal o notable a lo que es el objeto de la declaración y que, en términos jurídico-penales, se traduce en todos los supuestos de hecho que conforman el núcleo de la imputación formulada en contra de los procesados e, igualmente, todas las circunstancias fácticas de las que pueda derivarse algún argumento trascendente acerca de la verdad o falsedad de dichos enunciados.

**SENTENCIA DEL 6 DE MARZO DE 2017. RADICADO 41551-61-05-099-2009-00812-01 M.P. HERNANDO QUINTERO DELGADO**



**DELITOS SEXUALES – víctima menor de edad / DEFENSOR DE FAMILIA – Funciones / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Investigación de delitos sexuales / DELITOS SEXUALES – Entrevista a menores, requisitos / DELITOS SEXUALES – Retracción del menor**



Es necesario resaltar que la naturaleza jurídica de las funciones del Defensor de Familia se centra en la protección del interés superior de los infantes, no en beneficio o defensa de los indiciados o acusados, según se evidencia de la finalidad y objeto fijados en la Ley 1098 de 2006, cuerpo normativo que a su vez traza que cualquier controversia entre los derechos de los niños, niñas o adolescentes y los de otras personas, prima el interés de los primeros. Es entonces este, símbolo de protección a la institución familiar, refugio inicial de la niñez y promotora de la célula básica de la organización social. Es también cabeza de un equipo interdisciplinario que interviene en nombre de la sociedad para hacer efectivo, promulgar y defender los derechos de la infancia. Ahora bien, la Ley 1098 de 2006, en sus artículos 145 y 146, da cuenta de la intervención del Defensor de Familia.

Como antecedentes a estas funciones, el otrora Código del Menor (Decreto 2737 de 1989, en el numeral 17 de su artículo 277, abrió el espectro de las funciones de aquel servidor, y la Resolución 1462 de 1993, dividió las Defensorías de Familias en tres tipos: Defensorías de Familia socio-legal, que desarrollaban asuntos conciliables y ejercían funciones de carácter administrativo; las Defensorías de Familia Jurídicas, en las que el Defensor de Familia ejercía como abogado en representación del menor; y la Defensoría de Familia de protección, cuya labor se centraba en declarar las situaciones de abandono o de peligro de acuerdo con la gravedad de las circunstancias para brindar protección debida.

A partir de este momento, debido al cambio de paradigma de interpretación de la Ley, de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la suscripción por parte de Colombia a la convención de los derechos del niño, se avanzó a la perspectiva teleológica de la Ley, orientada a la misión del Defensor de Familia, que da origen a un campo de acción más amplio del contemplado en el Código del Menor, perspectiva finalista que se concreta en la nueva legislación de infancia y adolescencia, que constituye al Defensor de Familia como el funcionario llamado a restablecer, vigilar y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en caso de que se encuentren inobservados, vulnerados o amenazados.

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Investigación de delitos sexuales**

De otro lado, debe resaltarse que por parte de la Fiscalía General de la Nación se crearon las Unidades de Reacción Inmediata (URI), encargadas de desarrollar las labores investigativas con el fin de establecer la posible comisión de delitos por medio de entrevistas, verificación y análisis



de información para luego presentar al Fiscal elementos cognoscitivos para que coordine la investigación. Así, en aquellos casos en que esté involucrado un menor de 18 años como presunto autor del hecho punible, las entrevistas e interrogatorios se deben realizar en presencia del Defensor de Familia, conforme a las normas citadas.

También la Fiscalía General de la Nación implementó los Centros de Investigación y Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual (CAIVAS), con el objetivo de evitar la re-victimización de las personas abusadas sexualmente y maltratadas. Son funciones de estos centros, la protección permanente a la víctima a través de acciones interinstitucionales y multidisciplinarias, en donde los funcionarios que intervienen deben presentar una actitud comprometida, y de acompañamiento permanente, para permitir una reducción de gestiones y desplazamientos. En los CAIVAS, al Defensor de Familia le corresponde darle vigencia a la primacía del interés superior del niño, niña o adolescente, esencia de su inclusión normativa en el escenario judicial, para que efectivice principios de raigambre constitucional en los procesos penales y salvaguarde los derechos de aquellos, con lo que se materializa el artículo 44 de la Constitución Política y se cumplen con las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el plano internacional en torno a la incorporación de acciones reales en favor de los infantes; a lo que ampara en forma especialísima por su inmadurez psicológica, que es característica de su corta edad, y de los aberrantes comportamientos delictivos de los cuales se les hace víctimas.

### **DELITOS SEXUALES – Entrevista a menores, requisitos**

Si bien la intervención del Defensor de Familia en actuaciones judiciales atinentes a estos sujetos adquiere trascendencia, también lo es que tratándose de entrevistas rendidas por niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, el legislador fijó parámetros especiales en su práctica. En efecto, el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 establece que cuando un menor de edad sea víctima de tales delitos, sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192 a 200 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1º del artículo 146 de la Ley 906 de 2004 que establece el procedimiento para el registro de ese tipo de actuaciones, que se relaciona a continuación:

- (i) La entrevista será realizada por personal del CTI, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con dicho profesional, la autoridad competente debe asegurar la intervención de un entrevistador especializado.
- (ii) Durante la entrevista forense el menor podrá estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad.



(iii) La entrevista se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio técnico o escrito.

(iv) El personal entrenado en entrevista forense del CTI, o quien haga sus veces según lo arriba consignado, presentará un informe detallado de la entrevista realizada, el cual deberá cumplir con los requisitos del artículo 209 de la Ley 906 de 2004 y normas concordantes, en lo que sea aplicable, quien podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

(v) En concordancia con el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013, el párrafo del artículo 2º ibídem señala que atendiendo la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de las graves conductas reseñadas, la entrevista será un elemento material probatorio al cual se accede siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima.

(vi) El párrafo 2º ibídem preceptúa que durante la indagación e investigación la víctima menor de edad será entrevistada preferiblemente por una sola vez y, sólo de manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta siempre su interés superior.

Sin embargo, a pesar de que la Ley 1652 de 2013 entró en vigencia el 12 de julio de ese año, también dio un plazo de un año para que “Las autoridades competentes (...) entren[en] el personal en entrevista forense”, término que vencía el 12 de julio de 2014 y que, por ello, no le era aplicable al presente evento, dado que los hechos ocurrieron en octubre del 2013.

## **DELITOS SEXUALES – Retracción del menor**

Sobre el valor probatorio de este tipo de situaciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explica que:

*“..en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.*”





*Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política.*

*No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público”.*

Por eso, ante la retractación de la niña, el ente acusador por intermedio de la defensora de familia y de la psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar impugnó su credibilidad, inicialmente con la exhibición del C.D. que contiene el video de su entrevista con el CTI reconociendo su imagen y manifestaciones, luego explica que cambió su versión inculpativa porque “una muchacha” le aconsejó decir la verdad o la entregarían a una familia “de los Estados Unidos” que la maltrataría y reitera que “!me tocó mentir!, ese día iba a decir la verdad, ¡que no me tocó!”.

