2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL
RELATORÍA
BOLETÍN NO. 1

ABRIL DE 2020

MAGISTRADOS

JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ
LEONEL ROGELES MORENO
PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO
RAMIRO RIAÑO RIAÑO

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-penal/103

TENTATIVA DE FEMINICIDIO / Apelación sentencia absolutoria – PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / Variación de la calificación jurídica del delito por el que se acusó al procesado / ENFOQUE DE GÉNERO

Rad. 11001600001320171587l-01

(01-10-2019)

Magistrado Ponente:

JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

2.1. Según la acusación, en horas de la mañana del 8 de diciembre de 2017, en la carrera 10ª con calle 1ª de Bogotá, Gustavo Adolfo Bedoya Salamanca agredió física y verbalmente a su novia Andrea Marisol Correa García, a quien amenazó de muerte y le indicó que debía sostener relaciones sexuales con él, porque tenía que ser el último hombre con el que podía estar, después, le roció alcohol en el cuerpo y le prendió fuego con un mechero.

2.2. La víctima extinguió el fuego en un charco que había cerca y caminó hacía su casa, donde solicitó ayuda a su familia, quienes llamaron a una ambulancia. Mientras le prestaban los primeros auxilios, observó a Bedoya Salamanca pasar, por lo que llamaron a la policía, quienes lo ubicaron, lo requisaron y le encontraron una botella con una sustancia verde con características similares al alcohol, de manera que lo capturaron.

2.3. La víctima fue trasladada al Hospital Simón Bolívar donde recibió atención médica de urgencias.

2.4. A Correa García el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le dictaminó incapacidad médico legal provisional de 20 días, ocasionada con un producto inflamable, compuesto por alcohol antiséptico.

PROBLEMA JURIDICO

¿ Puede el Juez apartarse de la solicitud de condena por parte de la fiscalía en la cual varió la calificación jurídica y condenar por el delito objeto de acusación?

6.3.2. Del principio de congruencia

La importancia de analizar este aspecto radica en el hecho de que a **Gustavo Adolfo Bedoya Salamanca** se lo acusó por el delito de tentativa de feminicidio agravado, conforme a lo dispuesto en los artículos 104A literal a) *-feminicidio-*, 104B literal f) *-circunstancia de agravación punitiva-* y 27 del CP *-tentativa-.*

Sin embargo, adelantado el juicio oral, la fiscalía solicitó condena en contra del procesado por el delito de homicidio agravado tentado -artículos 103 *-homicidio-,* 104 #1 *-circunstancia de agravación punitiva-* y 27 del C.P *-tentativa--*. Es decir, varió la calificación jurídica del delito por el que acusó al procesado y solicitó condena por uno distinto.

En este punto, es importarte resaltar que: **i)** dicha facultad no está vedada al acusador, es decir, puede solicitar condena por un delito distinto por el que acusó y, **ii)** el juez puede apartarse de la solicitud de la fiscalía y condenar por el delito objeto de acusación, acoger la solicitud que eleve la fiscalía durante los alegatos de conclusión, o, claro está, absolver al procesado.

Tribunal Superior de Bogotá

(…)

En la sentencia SP6808-2016, radicado N° 43837 del 25 de mayo de 2016, la corte reiteró que la petición de absolución elevada por la fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral[1]. Explicó que la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente al que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

De lo anterior se concluye que: **i)** la congruencia se predica entre la acusación -*entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral*- y la sentencia, **ii)** la fiscalía en los alegatos de conclusión puede solicitar condena o absolución, la primera puede hacerlo incluso por una conducta distinta por la que acusó siempre que no agrave la situación al procesado, **iii)** el juez puede acatar o no la petición que la fiscalía hace en las alegaciones, pues se trata de un simple acto de postulación, es decir, puede emitir sentido de fallo absolutorio o condenatorio por el delito por el que se acusó -*principio de congruencia*- o por otro delito siempre y cuando sea uno de igual o menor entidad, pero la decisión debe tomarla exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral.

En este orden de ideas, en el caso concreto, que la fiscalía haya solicitado condena por el delito de homicidio agravado tentado, no quiere decir que el juez, sin más, deba emitir sentido de fallo -*absolutorio o condenatorio*- por este delito, pues bien, de acuerdo con la valoración probatoria, pudo hacerlo por uno de igual o menor entidad o por el que se acusó a **Bedoya Salamanca** -*feminicidio agravado tentado-,* por cuanto de ninguna forma se sorprende a la defensa.

(…)

Así pues, de acuerdo con las pruebas legalmente practicadas, la colegiatura anticipa una respuesta positiva a la solicitud de condena del apelante, toda vez que valorados bajo los principios de la sana crítica los medios de conocimiento acopiados en la audiencia de juicio oral, encuentra desacertadas las consideraciones fácticas, jurídicas y probatorias expuestas por el *a quo,* toda vez que, como se verá, está acreditada la responsabilidad penal de **Bedoya Salamanca** por el delito de feminicidio tentado, cometido contra su entonces compañera sentimental Andrea Marisol Correa García, quiere decir que, en momento alguno se equivocó la fiscalía en la calificación jurídica dada a los hechos al momento de la acusación, por cuanto se adecuan típicamente en el delito contemplado en el artículo 104A del CP.

El tipo penal de feminicidio dispone: "*Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de…"*

a) *Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.*

[1] Artículo 162.4 C.P.P./2004.

Tribunal Superior de Bogotá

b) *Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.*

c) *Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.*

d) *Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.*

e) *Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no*[2]

f) *Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.*

(…)

Por otro lado, desde la acusación la fiscalía solicitó al *a quo* que le diera al caso un enfoque de género, debido a la calidad y condición de la víctima.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos -OACNUDH- y la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), en el marco de la campaña del Secretario General de las Naciones Unidas "ÚNETE" para poner fin a la violencia contra las mujeres, definió que el feminicidio "… *comprende toda una progresión de actos violentos que van desde el maltrato emocional, psicológico, los golpes, los insultos, la tortura, la violación, la prostitución, el acoso sexual, el abuso infantil, el infanticidio de niñas, las mutilaciones genitales, la violencia doméstica, y toda política que derive en la muerte de las mujeres…"*[3].

La tipificación del delito de feminicidio en Colombia se produjo a través de la Ley 1761 de 2015, cuya exposición de motivos incluyó la erradicación de toda violencia contra la mujer, entendida como cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer[4].

Al respecto, la Corte Constitucional preciso que[5]:

"… el contexto en el que sucede el homicidio puede ser determinante para identificar el móvil o intención en el asesinato que configura el delito… La inclusión de circunstancias contextuales como elementos descriptivos del tipo, como los indicios, los antecedentes y las amenazas, buscan superar la realidad de que la intención de dar muerte por motivos de género (corresponde a patrones de desigualdad intrincados en la sociedad y tener el potencial de tomar tantas formas), resulta extremadamente difícil de probar bajo esquemas

[2] Literal declarado condicionalmente exequible, en el entendido de que la violencia a la que se refiere es a la de género como una circunstancia contextual para determinar el elemento subjetivo del tipo: la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género. Corte Constitucional. Sentencia C-297-16 de 8 de junio de 2016.

[3] Monárrez Fragoso, J., citada por OACNUDH y la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), en el marco de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres. Texto recuperado de: http://fundacionjusticia.org/cms/wp-content/uploads/2015/11/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf

[4] Ramírez Ríos Gloria Inés, exposición de motivos de le Ley 1761 de 2015, pág. 16, texto recuperado de: http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PL_SEN_049_2012.pdf

[5] Sentencia C-297 de 2015, M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Tribunal Superior de Bogotá

tradicionales que replican las desigualdades de poder.

"… En este sentido, no se trata de dar el carácter de prueba autónoma al contexto, ni las circunstancias hacen referencia a un asunto de relevancia normativa, sino a una de las posibilidades que permiten verificar el elemento subjetivo del tipo. Así, se trata de que el juez valore los indicios, los antecedentes y amenazas en conjunto con todos los elementos de prueba. Por lo tanto, la garantía del acceso a la justicia para las mujeres supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción. Lo anterior, se concreta, entre otros, en una flexibilización del acercamiento a la prueba en el feminicidio que permita que el contexto conduzca a evidenciar el móvil. Esto no implica que la valoración del hecho punible como tal abandone los presupuestos del derecho penal, el debido proceso o el principio de legalidad, pero sí que su apreciación tenga la posibilidad de reconocer las diferencias de poder que generan una discriminación sistemática para las mujeres que desencadena una violencia exacerbada y cobra sus vidas en la impunidad."

Quiere decir lo anterior, que no basta con que el agresor sea un hombre y la víctima una mujer, sino que deben existir evidencias demostrativas del motivo que llevó al actor a cometer el hecho, conforme a lo descrito en el artículo 104A del CP.

Por tanto, la perspectiva de género permite determinar qué motivó al agresor a cometer el acto de agresión o de poder contra la mujer víctima. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C 539 de 2016, en la que estudió la exequibilidad del artículo 104A, enseñó:

"En resumen, la expresión "por su condición de ser mujer" prevista en el delito de feminicidio es un elemento subjetivo del tipo, relacionado con la motivación que lleva al agente a privar de la vida a la mujer (i). Este ingrediente identifica y permite diferenciar el feminicidio del homicidio de una mujer, que no requiere de ningún móvil en particular (ii). En tanto motivación de la conducta, comporta no solo la lesión al bien jurídico de la vida, como sucede con el homicidio, sino también una violación a la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer (iii). La causación de la muerte asume aquí el sentido de un acto de control y de sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio (iv) En la regulación del feminicidio el legislador estableció seis escenarios de comisión del delito que, en todo caso, requieren la verificación efectiva de la citada motivación del agente. Esto supone que cada uno de tales conjuntos de circunstancias implica ese ingrediente subjetivo (v). La motivación del agente, por el contrario, hace de la muerte de la mujer un feminicidio no solo en las situaciones indicadas en esos seis conjuntos de circunstancias sino en todos aquellos en que pueda ser inferido (vi)"

6.5. Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, a la luz de los hechos probados en el proceso, se puede concluir sin dubitación alguna que la agresión que sufrió Andrea Marisol Correa García no se trató de un simple atentado contra su vida, con el único móvil de segarla, sino que, la verdadera intención de su compañero sentimental -*procesado*- llevó consigo una violencia de género, basada en su condición de dominancia sobre quien era su compañera sentimental.

Al respecto, dígase de una vez que, pese a que la fiscalía acusó a **Bedoya Salamanca** por la circunstancia contemplada en el literal a) del artículo 104A del C.P., lo cierto es que los elementos descritos en éste no fueron demostrados, por cuanto si bien entre el acusado y

Tribunal Superior de Bogotá

la víctima existía una relación íntima, no se acreditó el ciclo de violencia que antecedió al crimen, como se verá más adelante; sin embargo, sí se probó la circunstancia descrita en el literal b) ídem, ésta es, *"ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad".*

En ese sentido, se analizarán los elementos descritos en el literal b), situación que no vulnera el principio de congruencia, atendiendo que, como ya se explicó, se conserva la identidad entre los hechos investigados objeto de la calificación, es decir, se respeta el núcleo fáctico de la acusación y la trascendencia jurídica que se les dio, frente a aquellos que fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, pero además, la circunstancia no conlleva ningún incremento punitivo respecto a la que fue acusada, pues ambas están descritas en el artículo 104A del CP.

Al respecto, la corte enseñó que la modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal sin estar limitada por el título o el capítulo ni mucho menos por la naturaleza del bien jurídico tutelado, por cuanto la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica -*SP. SP-2390-2017 (43041), Feb. 22/17-*

6.6. Así pues, en este caso, el juez no sólo no analizó el contexto de la prueba desde una perceptiva de género, como de tiempo atrás lo viene solicitando la judicatura a los operadores judiciales, sino que además basó la absolución en argumentos que desconocen la verdad probatoria y las reglas de valoración, como el hecho de que la víctima decidió no declarar en contra del acusado, pese a que se cuenta con suficiente recaudo directo e indiciario no solo de la existencia de la conducta punible, incluido el móvil de la agresión, sino de la responsabilidad penal del acusado.

(…)

Así pues, con el testimonio de Caicedo Revelo no sólo cobran más entidad los dichos del patrullero que capturó al procesado, respecto al señalamiento que la víctima hizo de éste como su agresor, sino que además quedó demostrada la gravedad de las heridas que **Bedoya Salamanca** causó a Andrea Marisol, pues las propinó en zonas de vital importancia como el rostro -*regiones frontal y bilateral*- y la mano derecha, mismas que, como expuso la médica, son consideras especiales debido a que tienen incidencia en la presentación de las personas, y a las secuelas que dejan a futuro.

Lo anterior muestra que la intención de **Gustavo Adolfo** no estaba dirigida simplemente a lesionar a su novia, como erradamente lo señaló el juez en la sentencia, pues para hacerlo bastaba con un golpe u otra forma de agresión, por el contrario, **Bedoya Salamanca** encaminó su actuar a herir de gravedad, de muerte a Correa García para lo cual usó una sustancia química con toda la idoneidad de causarla, la cual roció en la cara de la víctima posterior a una discusión, y si el hecho de muerte no se produjo, no fue porque éste así no lo quisiera o porque hizo algo para impedirlo, sino porque Andrea Marisol reaccionó a tiempo y buscó ayuda inmediata, como lo explicó la médica que la atendió en urgencias.

Confundió el a quo la intención con el resultado, olvidando que el dolo homicida en la tentativa se deriva de la idoneidad y la univocidad de la conducta ejecutada atentatoria del bien jurídico tutelado, y no del resultado obtenido con ella, máxime cuando el proceso causal se interrumpe por las acciones que la víctima o un tercero ejerce *ex pos*, que para el caso en concreto lo constituye el haberse arrojado a un pozo de agua para apagar

Tribunal Superior de Bogotá

las llamas y posteriormente acudir a un centro de salud.

En consonancia con la declaración de Caicedo Revelo, respecto a la gravedad de las heridas causadas a Correa García, declaró Mauricio Armando Rizo Hurtado, médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien practicó la valoración de las lesiones.

El galeno explicó que las heridas por quemaduras de la víctima eran de 2° grado y estaban ubicadas en la región frontal, en la nariz, en la cabeza y en el cuello, causadas por alcohol antiséptico, el cual explicó: *"es un producto industrial, un agente químico" -Min. 45:29-* y señaló: *"una quemadura grado 2, de una escala de dolor de 1 a 10, es de 10" -Min. 46:49-*

A la pregunta *"¿hubo afectación de algún órgano vital?",* el testigo respondió: *"las lesiones fueron en tejidos blandos y* ***toda lesión por simple que sea es susceptible de producir la muerte****. La intencionalidad es diferente a la gravedad de la lesión, por lo que sugerí medidas de protección por parte de la autoridad competente". -Min. 48:00-*.

El médico explicó que prenderle fuego a una persona es idóneo para causarle muerte *-min. 49:13-* y que en el caso de Andrea Marisol fue evidente que se trató de un maltrato por parte de su pareja, y que la intención era causarle daño; sin embargo, aclaró que no le correspondía a él indicar de qué tipo o por qué, ya que no estuvo presente.

El tema de la intencionalidad que explicó el galeno no quiere decir que éste haya descartado que la finalidad del acusado en este caso haya sido producir la muerte, pues como el testigo lo explicó el tipo de sustancia que uso *-producto industrial - agente químico-*, las zonas en las que roció a la victima *-cara, cabeza, nariz, cuello-* y el hecho que le haya prendido posteriormente fuego, dan clara muestra de la intención dolosa que llevaba consigo la conducta, capaz de producir la muerte.

Tanto así que fue el propio médico quien puso de ejemplo a aquél que dispara contra otra persona, pero el tiro impacta en una ventana al lado de la víctima, y explicó que si bien la intención fue matarla, la muerte no ocurrió por una causa distinta, como fue la mala puntería del actor.

(…)

6.8. Con el anterior análisis, no se explica la sala el argumento del *a quo* respecto de la ausencia de prueba directa para condenar, pues si bien la víctima decidió no declarar, lo cierto es que, como se vio en precedencia, existen suficientes elementos probatorios capaces de desvirtuar la presunción de inocencia de **Gustavo Adolfo Bedoya Salamanca** (art. 7° del C.P.P.) que llevan al conocimiento más allá de toda duda (art. 372 y 381 ídem) de que la intención del acusado fue, no de causar lesiones en cuerpo y rostro a la perjudicada, como ligeramente se podría considerar, sino la de atentar contra la vida de Andrea Marisol Correa García, ello correspondiente a ejercer sobre la misma actos de instrumentalización de género y acciones de dominio, lo cual se evidencia al observar el tipo de lesiones que le causó, en qué partes del cuerpo y el medio empleado.

No se trató, entonces, de unas simples lesiones personales con agentes químicos, ácido o sustancias similares *-artículo 116A del C.P-*, como lo indicó el *a quo*, pues es diáfano, así lo determina la prueba, que la intención de **Bedoya Salamanca** no se encaminó simplemente a causar daño en la salud o en el cuerpo a otra persona, sino la de atentar contra la vida de su compañera sentimental, a quien roció en el cuerpo y en el rostro con alcohol antiséptico y le prendió fuego, lo que le causó heridas de gravedad, capaces de producirle la muerte.

Tribunal Superior de Bogotá

Tampoco se trató de una tentativa de homicidio agravado, pues no intentó simplemente "*matar a otro*" *-cualquiera sea-,* su intención se encaminó a acabar con la vida de Andrea Marisol *-su pareja-*, en un claro acto de ejercer sobre su cuerpo y su vida una acción de dominio *-artículo 104A del CP-*, pues fue esa la razón por la cual dirigió la sustancia a la zona del rostro, misma que, como lo explicó la médica que la atendió en urgencias, es considerada especial, por cuando tiene incidencia en la presentación y apariencia de las pacientes, razón que conllevó a que en el hospital se le diera al caso la impresión diagnóstica de "*violencia de género*".

Y es que no se necesita ser experto para saber la connotación que tiene el rostro en cualquier persona, y especialmente en una mujer, y las consecuencias que en su autoestima y presentación genera unas lesiones en esa área, máxime cuando en este caso quien las causó fue su propio compañero sentimental posterior a una discusión, es decir, **Gustavo Adolfo** tenía la plena capacidad de conocer cuál sería la reacción que generaría al echarle alcohol en el rostro a Andrea Marisol y después prenderle fuego, lo cual conlleva, de no lograr matarla, como sucedió en este caso por causas externas, a que la zona quede desfigurada o afectada, como lo informó la médica Amanda Francynne Caicedo Revelo.

La motivación de **Bedoya Salamanca** guarda relación con la afectación a la libertad, autonomía e independencia de la víctima y del reconocimiento y respeto que merece como persona, pues arrojar alcohol en su cara y prenderle fuego, es un claro atentado no solo contra su vida, por la gravedad de las lesiones, sino de su dignidad misma, pues como lo explicó la médico que declaró, es ésta, la carta de presentación de un persona íntimamente ligada a su autoestima como mujer, hecho que cobra aún más importancia si se tiene en cuenta que lo que precedió el ataque fue una discusión entre la pareja.

(…)

Así las cosas, tanto los medios como la conducta empleada por **Bedoya Salamanca** fueron inequívocamente idóneos para acabar con la vida de su compañera, pues como lo explicaron tanto la médica del Hospital Simón Bolívar que atendió a la víctima el día de los hechos, como el galeno de Medicina Legal que realizó el dictamen médico legal, las heridas que sufrió Andrea Marisol Correa García eran de gravedad y tenían la capacidad de haberle causado la muerte.

Lo que hizo **Bedoya Salamanca** fue un claro atentado contra la vida de Andrea Marisol, guiado por su intención de dominar a quien era su compañera sentimental, ejercer sobre ella actos de instrumentalización, que lo llevó a rociarle un agente químico con la finalidad de quemarla y por ende matarla, pues le prendió fuego después de una discusión. No se trató entonces de una simple agresión a cualquier persona o en cualquier parte de su cuerpo, se trató de un atentado aberrante e indigno contra una mujer, su compañera sentimental, quien inmediatamente huyó del lugar de los hechos, avisó a la policía y señaló a su pareja como el responsable.

Por tanto, presunciones, cuestionamientos y deducciones como las que realizó el *a quo* en este caso, quien consideró que la falta de testimonio de la víctima era suficiente para absolver al procesado, se alejan de los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[6] y la Corte Constitucional[7], en

[6] Los casos más relevantes sobre violencia sexual contra la mujer de la jurisprudencia interamericana son los siguientes. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006; aso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010; caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014; Caso Velásquez Paiz y

Tribunal Superior de Bogotá

el manejo de casos de violencia contra las mujeres, en el sentido de que las autoridades judiciales deben encaminar sus actuaciones con perspectiva de género y la observancia de los principios de igualdad y respeto.

Máxime cuando para transmitir el conocimiento acerca de la ocurrencia de una conducta delictual y la responsabilidad de la misma, nuestra legislación no exige un número determinado o pluralidad de pruebas, ni explícitos o exclusivos medios suasorios, pues para ello la ley no ha establecido una determinada forma de probar o una tarifa legal, por lo que en un caso como este, en el que existió suficiente recaudo probatorio respecto a la existencia de la conducta punible, y de la responsabilidad penal del encartado, no puede basarse la absolución en la ausencia de la declaración de la víctima.

En suma, al percibirse la tipicidad del feminicidio tentado atribuido, el cual, por el contexto del suceso implicó una comisión dolosa, y al estar por fuera de duda la antijuridicidad de la conducta, así como la autoría del acusado y su culpabilidad, se emitirá sentencia condenatoria en su contra.

---

otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017; Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

[7] Corte Constitucional, sentencia T-843 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Ernesto Vargas Silva), reiterada en la 126 de 2018 (MS. Dra. Cristina Pardo Schlesinger).

TERRORISMO, HURTO CALIFICADO Y OTROS / Apelación sentencia absolutoria – PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

Rad. 11001600002720150019001

(11-10-2019)

Magistrado Ponente:

JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

i) El 8 de abril de 2015, a las 8:25 a.m., en el inmueble ubicado en la carrera 4° # 12b - 49, se encontró colgada una bandera amarilla con azul, con una estrella de 5 puntas en el centro y en uno de sus extremos colgaba un objeto cilíndrico con un bombillo, contentivo de cartón, 25 gramos de una sustancia polvorienta gris, una batería de 9 voltios, 50 gramos de plastilina y dos cables de color naranja, sin sistemas de activación.

Tribunal Superior de Bogotá

En la misma fecha, se halló colgada en el puente peatonal ubicado en la calle 145 con carrera 82, una bandera con características similares.

ii) El 18 de septiembre de 2015, aproximadamente a las 2:30 p.m., en el apartamento 501 ubicado en carrera 10 # 18-45, una mujer embarazada y dos jóvenes, aprovecharon que la propietaria del inmueble envío a su hijo menor de 17 años a mostrarlo porque lo estaba arrendando, lo amarraron de pies y manos, lo amenazaron con armas de fuego y cortopunzante, armaron un artefacto explosivo y lo activaron, dejando a la víctima indefensa, a quien además le hurtaron su celular marca huawei avaluado en $397.000; posteriormente salieron del apartamento y el artefacto explotó.

En el inmueble se encontró: i) dos hojas con logotipo de una bandera amarilla con azul, con una estrella de 5 puntas en el centro, con la leyenda: "*ni Santos ni Uribe son la opción para el pueblo, la paz de los ricos no es la paz del pueblo. MPS*"; ii) una bandera de tela amarilla con azul, con una estrella en el centro de 5 puntas, iii) rastros de explosivo, iv) un artefacto explosivo de propulsión, sistema de activación y temporizador. La explosión fue filmada y publicada en una red social con la anotación *"llega la guerrilla urbana a Bogotá ¡la paz de los ricos no es la paz de los pobres!".*

iii) El mismo día, 18 de septiembre de 2015, a las 3:30 p.m., al interior de una oficina ubicada en el tercer piso del edificio Lagos 76, en la carrera 16ª #76-10, explotaron dos artefacto improvisados que fueron colocados por una mujer y dos hombres, quienes aprovecharon que el administrador Héctor Hernández Lozano de 82 años de edad, les iba a mostrar el inmueble que estaba en arriendo, y cuando estaban en su interior lo amarraron de pies y manos, le taparon la boca con un esparadrapo, armaron los artefactos y los activaron, dejando a la víctima indefensa, posteriormente, sonaron las explosiones.

En el lugar se encontró: i) un artefacto de propulsión con sistema de activación temporizado, contenedores y rastros del explosivo y, ii) panfletos y una bandera con características similares a los del otro atentado.

iv) El 23 de agosto de 2016, personas desconocidas abandonaron en las instalaciones donde funcionaban las EPS´S Cafesalud y Saludtotal, en las localidades de Antonio Nariño, Chapinero y Usaquén de Bogotá, tres artefactos explosivos improvisados AEI, compuestos por una sustancia polvorienta gris, junto a unos panfletos con la anotación: "*la paz de los ricos no es la paz del pueblo ni Santos ni Uribe son la opción para el pueblo".*

v) El 31 de agosto de 2016 desconocidos abandonaron dos artefactos explosivos improvisados AEI, compuestos por una sustancia polvorienta gris, con sistema de activación temporizado -*reloj*- en la parte externa de los bancos Bancolombia, ubicado en la calle 80 N° 78ª-41, y Bogotá de la calle 39 N° 24-07, los cuales fueron neutralizados por técnicos antiexplosivos. En los lugares se hallaron panfletos con la anotación: "*la paz de los ricos no es la paz del pueblo ni Santos ni Uribe son la opción para el pueblo".*

vi) El 3 de diciembre de 2016 un desconocido dejó un artefacto explosivo improvisado AEI, compuesto por una sustancia gris polvorienta, en la parte externa de la entidad Capital Salud, ubicada en la transversal 73 D # 38-35 sur de Bogotá. El explosivo se neutralizó y en el sitio se encontró un panfleto con las mismas características y anotaciones que los anteriores.

Tribunal Superior de Bogotá

vii) El 21 del mismo mes y año, desconocidos abandonaron un artefacto de iguales características en la DIAN, ubicada en la carrera 7° # 34-69, el cual fue controlado. Se encontró un panfleto en las mismas condiciones.

viii) El 18 de enero de 2017 en el edificio Salgados, localizado en la carrera 7° # 34-61, localidad de Santa Fe, desconocidos ingresaron al apartamento 504, amarraron de pies y manos a su propietario Andrés Camilo Pereira Piñeros, e instalaron un explosivo AEI con sistema de activación electrónico temporizado, compuesto por un reloj digital, un circuito electrónico en una váquela, una batería de 9 voltios, un interruptor conectado a alambres de colores negro y rojo. Frente al edificio se encontraron varios panfletos alusivos al MPR y en la baranda del balcón del piso quinto se halló colgada una bandera amarilla y azul, con una estrella roja y la leyenda: *"la reforma tributaria es hambre para los pobres. MPR"*

viii) El 12 de octubre de 2016 en la Plaza de Bolívar de Bogotá, durante la marcha para la paz, a **Mateo Gutiérrez León** se le incautó un paquete de panfletos, los cuales estaba distribuyendo, iguales a los encontrados en los lugares antes señalados, atribuidos al movimiento revolucionario popular.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Se Puede establecer una regla de la experiencia, en la cual siempre o casi siempre que un sujeto hace parte de un grupo alzado en armas, indefectiblemente participa en los actos violentos que despliega esa agrupación?

6.2. Atendiendo los cuestionamientos planteados por el apelante, corresponde a la sala determinar si, contrario a lo considerado por el *a quo*, resulta acreditada la responsabilidad penal de **Mateo Gutiérrez León** como autor de los delitos de concierto para delinquir agravado, hurto calificado agravado, terrorismo y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, y por tanto lo procedente es proferir sentencia condenatoria en su contra.

6.3. La Corte Constitucional definió el proceso penal como un instrumento creado por el derecho para juzgar, no necesariamente para condenar, por lo que cuando se absuelve al sindicado, también cumple su finalidad constitucional, como cuando se aplica el principio *in dubio pro reo*, que conlleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste debe ser absuelto[8].

En la Sentencia C-003 del 18 de enero de 2017[9] la corte realizó un completo estudio sobre el principio de presunción de inocencia, e indicó que está constituido, entre otras, por las siguientes garantías básicas: i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación en un proceso en el cual se respeten sus garantías; ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal recae en el Estado, iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio y iv) Toda duda debe resolverse a favor del acusado.

[8] Corte Constitucional. Sentencia C 782 del 28 de Julio de 2005. MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

[9] MP. Dr. Aquiles Arrieta Gómez.

Tribunal Superior de Bogotá

6.4. Conforme a los anteriores postulados, de las pruebas practicadas en juicio oral, encuentra la sala que no existen razones suficientes para erigir sentencia condenatoria contra el acusado, en tanto no quedó desvirtuada su presunción de inocencia, por el contrario, se advierten dudas que deben ser reconocidas a su favor, conforme al principio *in dubio pro reo*.

Frente a la *existencia de las conductas punibles* no existe duda alguna, por cuanto probado quedó la ocurrencia de los hechos ocurridos en Bogotá entre el 2015 y el 2017, en los que en diferentes zonas de la ciudad -*apartamentos, DIAN, E.P.S., entidades bancarias, etc.*-, fueron hallados artefactos explosivos improvisados, junto a panfletos y banderas alusivos al Movimiento Revolucionario del Pueblo, o MRP.

Así mismo, se demostró que en uno de los hechos, acaecido el 18 de septiembre de 2015, Brayan Steven Gómez Sánchez, en el interior del apartamento 501, ubicado en la Cr. 10 con 18, fue amordazado, amenazado, amarrado, y sometido con arma de fuego, por integrantes del MRP, quienes además le hurtaron un celular marca huawei, evaluado en $397.000., mientras instalaban un artefacto explosivo improvisado en el lugar.

Por otro lado, respecto a la ocurrencia de los hechos y a la modalidad empleada por los integrantes del MPR que participaron en los mismos, no se presentó ninguna discusión.

Sin embargo, no pasó lo mismo frente a la participación del acusado en los hechos; es decir, respecto a la prueba de su responsabilidad penal.

(…)

6.9. Del análisis de los testimonios se concluye que la investigación que realizó la fiscalía por los hechos ocurridos en Bogotá entre los años 2015 y 2017, por los cuales inculpó al procesado en los delitos de terrorismo, concierto para delinquir agravado, hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, fue deficiente e incompleta, pues son muchas las inconsistencias y dudas que al respecto se generaron.

Si bien existen hechos indicadores respecto a la pertenencia de **Mateo Gutiérrez León** al MRP, por ejemplo: las reuniones que sostuvo con personas capturadas porque presuntamente eran integrantes de ese movimiento, así como las supuestas evidencias encontradas en las diligencias de allanamiento y registro efectuadas en las viviendas de Juan Camilo Pulido y Johana Rodríguez Álzate, donde se encontró una agenda con el nombre de **Gutiérrez León**, lo cierto es que son muchas las falencias probatorias que se presentaron frente a su participación en los eventos terroristas que se le imputaron.

Fue así como no se demostró el presunto decomiso de los panfletos el día de la marcha por la paz, ni quedó probado de que efectivamente los antes mencionados fueran parte del MRP, pues nada se informó respecto a qué pasó con los procesos en que presuntamente fueron vinculados, por cuanto los dichos de los policías, como ellos mismos lo reconocieron, los hicieron con base en la investigación que se surtió en el proceso matriz que identificaron como "*el 366*", respecto a informes y diligencias en los que ellos no intervinieron directamente.

Incluso, tampoco se estableció cuál era el rol que desempeñaba **Mateo** en el MRP, pues mientras Vargas Rodríguez indicó que éste era uno de los ideólogos del grupo, junto a Boris, el testigo Fandiño Guada refirió que era el organizador de los eventos terroristas y el encargado de la publicidad, lo cual, aclaró, lo decía con base en la entrevista que rindió Brayan Steven Gómez Sánchez, pese a que después dijo que no le constaba eso.

Tribunal Superior de Bogotá

Tanto así que Fandiño Guada, señalado por la fiscalía como el líder de la investigación contra los miembros del MRP, fue claro en señalar que la única razón por la que **Gutiérrez León** se vinculó al proceso fue por el señalamiento que de él hizo Brayan.

En ese sentido, conforme a la valoración probatoria que se realizó de la declaración de Brayan Steven Gómez Sánchez -*víctima*-, quedó claro que el señalamiento que realizó fue dirigido por un investigador de policía judicial, quien, como él mismo relató, le mostró la foto del procesado y le informó el nombre antes de que procediera al reconocimiento fotográfico y a la elaboración del retrato hablado.

Además, fue el propio testigo quien informó como dos años después de los hechos -*cuando ya se le había mostrado la fotografía de* ***Mateo Gutiérrez León***- de manera sorpresiva recordó con detalles y minucias los rasgos y características físicas de éste y procedió a reconocerlo fotográficamente, pese a que el día de los hechos indicó que solo recordaba a uno de los sujetos que entró al apartamento 501, del cual se realizó un retrato hablado que no corresponde al aquí procesado, como la víctima misma lo informó.

Así, quien se presentó como la persona que observó directamente al presunto responsable de dejar el artefacto explosivo en el evento del 18 de septiembre de 2015, incurrió en notorias inconsistencias y mentiras que no permiten otorgarle credibilidad al punto de edificar una sentencia condenatoria, acorde con lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004.

Por otro lado, como lo manifestaron los declarantes -*con la salvedad que se hizo de Brayan Steven*-, ninguno presenció algún acto específico de terrorismo desplegado por **Gutiérrez León** en cuanto a la colocación o activación de artefactos explosivos en los hechos que fueron materia de acusación, pues a éste directamente se le implicó por:

i) Repartir panfletos alusivos al MRP en la marcha por la paz, hecho por el cual no fue capturado y el cual no estructura el tipo penal de terrorismo; además, como se mencionó, el decomiso del material ni siquiera fue demostrado en juicio, pues de esto sólo se hizo mención como parte de la investigación que se adelantó en el radicado matriz.

ii) Y por ser una de las tres personas que el 18 de septiembre de 2015 ingresaron al apartamento 501 de la Cr. 10 con Cl. 18, en el que se encontraba Brayan Steven, situación frente a la cual ya se hizo referencia, ello sumado a que con los testigos de la defensa se demostró que **Gutiérrez León** el mismo día, a la hora de los hechos, se encontraba en la Universidad Nacional en un evento que organizó él directamente, junto a otros compañeros.

Por lo tanto, si bien se puede acudir a la prueba circunstancial para afirmar que **Mateo Gutiérrez León** hacía parte del MRP, no existe prueba alguna -*ni directa ni indirecta*- que determine que fue coautor de los eventos terroristas, o que su rol al interior de la agrupación estaba relacionado con conseguir los materiales o sustancias explosivas, organizar los eventos, preparar los artefactos, instalarlos, activarlos, etc., como para hablar siquiera de un concierto para delinquir con fines terroristas.

Al respecto, de tiempo atrás, la Corte Suprema de Justicia[10] resaltó que el delito de concierto para delinquir no se configura simplemente porque se

[10] Consultar: CSJ. SP. Rad. 29.632 del 29 de septiembre de 2010.

Tribunal Superior de Bogotá

sostenga una reunión con miembros de una organización armada, máxime cuando no se demuestra el objetivo de la misma, qué se habló, cuál fue la participación del acusado, porqué estuvo presente, entre otros aspectos de relevancia.

Tampoco se presentó prueba de su responsabilidad penal en los otros delitos imputados como los de hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, por cuanto se demostró que **Gutiérrez León** no estuvo presente en los hechos del 18 de septiembre de 2015, en los que se le hurtó a Brayan Steven un celular marca Huawei y lo amenazaron con un arma de fuego.

Por lo tanto, si lo que pretendía la fiscalía era recriminar al procesado el ser miembro del MRP, movimiento que con artefactos explosivos improvisados y de clase panfletarios, como lo dieron a conocer los técnicos de explosivos, divulgaba la información que obraba en unos volantes en contra del gobierno, la reforma tributaria, el pago de impuestos, el sistema de salud, entre otros, y colgaban banderas alusivas al grupo, debió acusarlo por el delito de rebelión, pues el de terrorismo exige para su materialización elementos normativos que van más allá de la pertenencia a un grupo o movimiento revolucionario.

Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia[11]:

"…«en el juicio de adecuación típica no basta la verificación del uso de las armas de destrucción así como de su nítido carácter peligroso o dañino sobre los bienes subsidiarios protegidos -vida, libertad, integridad física o de las edificaciones, medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices-, sino que el elemento subjetivo del tipo debe aparecer consolidado, de tal forma que sea claro que el agente persigue provocar o fomentar un estado de incertidumbre colectiva frente a la garantía de gozar de la paz y tranquilidad pública propios del Estado Constitucional[12]".

"A su turno, en CSJ SP. 1° Oct 2014, rad. 40401 se insistió en que debe mediar un nexo entre la realización de los «actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices» con los aludidos verbos rectores a través de la utilización de medios capaces de causar estragos «de modo que sin una tal articulación de aquellos actos, con los referidos medios y la consecución de la provocación o mantenimiento del estado de zozobra o terror en la población, no se configura el referido tipo penal».

Así pues, si bien en el escrito de acusación se relacionaron 10 hechos terroristas, al procesado solo se lo relacionó directamente con el ocurrido el 18 de septiembre de 2015 en la Cr. 10 con 18, pues frente a los demás se dio a conocer que fueron procesadas otras personas; sin embargo, como se indicó, no se demostró su participación en ese evento.

En ese sentido, el solo hecho de que **Gutiérrez León** pudiera o no ser parte del MRP, no es suficiente para condenarlo por los delitos por los que se le acusó.

Sobre el tema, en un caso similar, la Corte Suprema de Justicia, refirió:

"Subsistiría el indicio de pertenencia al grupo alzado en armas, no obstante, de esa sola membresía no es posible válidamente afirmar que el enjuiciado debe responder por el delito

[11] SP 3210-2017. Rad. 45814 del 8 de marzo de 2017.

[12] CSJ SP. Rad. 31.510 del 7 de mayo de 2010.

Tribunal Superior de Bogotá

atentatorio de la seguridad pública, porque frisaría con el proscrito derecho penal de autor, en el cual no tiene incidencia lo que las personas son, sino lo que hacen[13]*":*

El alto tribunal, en la sentencia rad. 40478 del 10 jun. 2015, recordó que el sistema de protección de los bienes jurídicos inmanentes al mismo [Estado social de derecho] está sustentado en el principio de derecho penal de acto, por virtud del cual la condición de punible de una hipótesis normativa tiene como exclusivo fundamento el concreto hecho (como sinónimo de acción u omisión humana) del sujeto en la ejecución de un comportamiento previsto como delito, y la correlativa sanción también tiene a la vez como sustento solamente ese hecho individual.

Por lo tanto, acorde con lo expuesto por la Corte en el fallo en cita, la premisa relacionada con que **Gutiérrez León** pertenecía al MRP, para llegar a la conclusión de que tuvo participación directa en los eventos terroristas, se edifica sobre una equivocada regla de la experiencia según la cual siempre o casi siempre que el sujeto hace parte de un grupo alzado en armas, indefectiblemente participa en los actos violentos que despliega esa agrupación -*Consultar. SP 3210-2017. Rad. 45814 del 8 de marzo de 2017*, máxime cuando en este caso se le endilgó una participación directa.

Por tanto, se concluye que, en gracia de discusión, por la simple pertenencia del procesado al MRP no se lo puede catalogar como la persona que activó varios artefactos explosivos en Bogotá entre los años 2015 y 2017, pues ello acarrearía incurrir en errores de apreciación probatoria.

En estas condiciones no queda alternativa distinta que dar aplicación al principio de resolución de duda que apareja la obligación del juzgador de absolver al enjuiciado cuando al no tener la convicción de su responsabilidad, se encuentre ante el estado de incertidumbre.

6.10. Así pues, al valorarse de manera objetiva, tanto individual como en conjunto las pruebas, no es posible obtener el conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad de **Mateo Gutiérrez León** en los delitos por los que fue acusado, lo que conlleva a su absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo* como fundamento de la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que conforme a lo establecido en los artículos 7º, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004 los medios probatorios deben llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, el aspecto objetivo del delito y la responsabilidad de los autores o partícipes, pero aquí no media conocimiento del compromiso directo del procesado, lo que conlleva a que la sala confirme la sentencia de primera instancia.

_____

[13] SP 3210-2017. Rad. 45814 del 8 de marzo de 2017.

Tribunal Superior de Bogotá

CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS / Principio in dubio pro reo.

Rad. 11001600000020150203703

(20-08-2019)

Magistrado Ponente:

LEONEL ROGELES MORENO

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

Se reseñó en el escrito de acusación que entre el mes enero y el 5 de mayo de 2014[14], Luis Alfonso Hoyos Aristizábal y "otros" se reunieron en esta ciudad con Andrés Fernando Sepúlveda Ardila, con el fin de procurar la terminación y/o desprestigio del proceso de paz que se adelantaba en La Habana, Cuba, entre el Gobierno Colombiano y el grupo entonces armado ilegal conocido como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia F.A.R.C..

Se afirma que en dicha "*organización delictiva*", Hoyos Aristizábal se encargó de promover y dirigir acciones tendientes a obtener el fin propuesto, de manera que logró determinar a Andrés Fernando Sepúlveda para que ofreciera y entregara dinero u otra utilidad a servidores públicos, entre ellos a Carlos Alberto Betancur, cabo segundo del Ejército Nacional adscrito a la C.I.T.E.C. (Central de Inteligencia Técnica), perteneciente a la compañía "C" y quien desarrolló la fachada conocida como "ANDRÓMEDA". Además, le vendió diez correos electrónicos con sus respectivas claves, aparentemente pertenecientes a negociadores del proceso de paz de La Habana, uno de los cuales correspondía a alias "Boris" jefe de comunicaciones de las F.A.R.C. en la mesa de negociaciones en La Habana, Cuba, información que tiene carácter de secreto

Sepúlveda Ardila compró a Wilson Leonardo Torres Wilches, agente de la Dirección Nacional de Inteligencia y a Luis Humberto Moreno Montes, cabo primero del Ejército Nacional adscrito a la C.I.T.E.C., la base de datos del G.A.H.D. (Grupo de Atención Humanitaria al Desmovilizado), en la cual reposa información de todos los desmovilizados de esa guerrilla de 1993 al 2008 y además contiene dos elementos de carácter ultra secreto que son conocidos como OMAVES y OMINAS, objetivos de alto valor estatal y de interés nacional, toda vez que allí se registran los datos aportados por los desmovilizados al momento de su entrega con relación a altos y medios mandos, que de ser conocida puede poner en riesgo la seguridad nacional.

Con el patrullero David Ignacio Parra Amín, adscrito al grupo de Antiterrorismo de la S.I.J.I.N., Sepúlveda Ardila transó la compra de la base de datos del G.R.U.T.E., también denominada como "espejos", la cual contiene los datos de todos los milicianos que actúan y desarrollan sus actividades delictivas en esta ciudad, de la movilización que hacen los diferentes cabecillas de la "organización narcoterrorista", además obtuvo de aquel el correo electrónico perteneciente a alias "Boris", información que tiene carácter de secreto.

Aunado a ello Hoyos Aristizabál determinó a Sepúlveda Ardila para que sin autorización accediera al correo electrónico del ex vicepresidente de la República Francisco Santos,

[14] Fecha en la que fue capturado Andrés Fernando Sepúlveda Ardila

Tribunal Superior de Bogotá

lo cual aconteció con la utilización de un software malicioso.

Obtenida la información, Hoyos Aristizábal la analizaba y ordenaba publicar lo importante para los intereses de la referida "organización delictiva", en la página creada por Andrés Fernando Sepúlveda de nombre "diálogos a voces", todo ello como se indicó, para desprestigiar el proceso de paz que el Gobierno adelantaba con las F.A.R.C..

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible establecer la comisión de una conducta punible, basándose únicamente en pruebas de referencia?

El artículo 380 del Código de Procedimiento Penal señala que las pruebas en materia penal deben ser apreciadas de manera individual y en conjunto, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias, como también que al juez le corresponde exponer de manera razonada el mérito que le asigna a cada una, ya que toda sentencia debe tener una fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con identificación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 381 *ibídem*, para dictar sentencia de condena el Juzgador requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, aunque ese conocimiento no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

En tal sentido, el artículo 16 de la citada legislación procesal, dispone que "*en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción…*".

El artículo 379 que regula la inmediación, señala que el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia, como también que la prueba de referencia es excepcional.

En especial relación con los artículos que se acaban de mencionar, el 402 dispone que el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

De las excepciones que se desprenden del referido artículo 16 se encuentra la admisión de declaraciones anteriores al juicio como medios probatorios, dentro de las cuales está la prueba de referencia que, según el artículo 437 corresponde a: (i) una declaración, (ii) rendida por fuera del juicio, (iii) presentada en el debate oral como medio de prueba, (iv) demostrativa de algún aspecto del tema objeto de controversia, y (v) que no sea posible su práctica en el juicio[15].

Para incorporar una declaración anterior al juicio oral en condición de prueba de referencia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria[16], ha precisado que corresponde a la parte: (i) descubrirla, junto con los medios que pretenda utilizar en el juicio para acreditar su existencia y contenido; (ii) solicitar en la audiencia preparatoria que sea decretada como prueba de referencia y se disponga la práctica de los medios demostrativos sobre su existencia y contenido; (iii) demostrar alguna de las situaciones que de conformidad con

[15] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 30 sep. 2015. Rad. 46153; 6 mar. 2008. Rad. 27477, 16 mar. 2016. Rad. 43866, entre otras.

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 30 sep. 2015. Rad. 46153.

Tribunal Superior de Bogotá

el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 facultan la admisión excepcional de la misma; y (iv) incorporar la referida declaración en el juicio a través de los medios probatorios que para dicho objeto haya seleccionado la parte.

De acuerdo con estas consideraciones y de conformidad con el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, es factible, de forma excepcional, utilizar como pruebas las declaraciones previas rendidas por un testigo, cuando éste es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o "evento similar", que le imposibilite ser escuchado en la audiencia de juicio oral.

Frente a este último tópico, esto es, el "*evento similar*", el órgano de cierre de la justicia ordinaria[17] señaló que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en la norma, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La indisponibilidad del testigo –agrega la jurisprudencia- debe obedecer a casos de fuerza mayor, exigencia que surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

Frente a la acreditación de la causal excepcional de admisión de la prueba de referencia, la Corte Suprema de Justicia[18]expresó:

"La parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera. Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita[19].

Si para el momento de la audiencia preparatoria la parte conoce la causal de admisión excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014, entre otras). Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la audiencia preparatoria no ha variado…"

(…)

---

[17] Radicado No. 4703 de 14 de diciembre de 2011.

[18] Sentencia No. SP2709-2018 del 11 de julio de 2018

[19] "Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación".

Tribunal Superior de Bogotá

De las declaraciones expuestas el tribunal pudo establecer que Óscar Iván Zuluaga Escobar se presentó como candidato a la presidencia de la república del año 2014, adscrito al grupo político denominado *"Centro Democrático mano firme corazón grande",* campaña para la cual fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios Luis Alfonso Hoyos Aristizábal como "*director espiritual"* y coordinador general.

En el mismo periodo en que Zuluaga Escobar se postuló como candidato presidencial, el presidente y también candidato Juan Manuel Santos Calderón llevaba en la Habana Cuba, los diálogos de paz con los representantes de las F.A.R.C. grupo del que el gobierno tenía información militar de carácter reservado.

El gerente de la campaña David Zuluaga Martínez, contrató con Andrés Fernando Sepúlveda Ardila la realización de actividades publicitarias y virtuales, por lo que este tomó en subarriendo una oficina con el fin de manejar la publicidad y todo lo relacionado con el tema de informática.

También se acreditó que desde la aludida oficina, se ejercían actividades ilícitas, relacionas con el acceso a información militar reservada en el Grupo de Atención Humanitaria al Desmovilizado G.A.H.D, en la Central de Inteligencia Técnica C.I.T.E.C. y en el Grupo Antiterrorismo de la S.I.J.Í.N. G.R.U.T.E, la cual fue recolectada y alguna publicada en una página de internet creada por Sepúlveda Ardila, denominada *"dialogosavoces".*

Andrés Fernando Sepúlveda adquirió la referida información de forma contraria a la ley, por parte de Wilson Leonardo Torres Wilches y de Ignacio David Parra Amin, agente de la Dirección Nacional de Inteligencia y funcionario adscrito al grupo antiterrorismo de la SIJÍN respectivamente.

Rafael Estiv Rever Insta al advertir los comportamientos extraños y el manejo de información privilegiada en la oficina de Sepúlveda Ardila para sabotear el proceso de paz con las F.A.R.C., y otra correspondiente al Comando de las Fuerzas Armadas y a personajes públicos de la Nación, le comentó a Haiver Yesid González Arango, el cual se contactó con la Dirección Nacional de Inteligencia, quienes recibieron dichos datos y los transmitieron a la Fiscalía para su correspondiente investigación.

De igual forma se estableció de las aludidas declaraciones, que la diligencia de allanamiento se efectuó el 5 de mayo de 2014, en la cual se incautaron computadores, dispositivos de almacenamiento portátiles y aparatos de telefonía celular, de los cuales luego del proceso de extracción de información y de analisis, se determinó que por orden de Andrés Fernando Sepúlveda Ardila, se manipularon, almacenaron y seleccionaron documentos amparados por reserva militar, y que parte de ellos fueron publicados en el portal web "*dialogosavoces*".

Por lo tanto y como ya se anotó, contrario a lo aducido por la impugnante, los medios suasorios recaudados no permiten establecer, más allá de toda duda, la participación de Hoyos Aristizábal en la comisión de las conductas acusadas, toda vez que si bien de las declaraciones rendidas se logró acreditar la posible ejecución de unas actividades ilícitas, estas se concretaron en una persona diferente al procesado, como se pasa a exponer.

A Hoyos Aristizábal se le acusó como autor de la conducta de concierto para delinquir, porque según el ente acusador, se unió con Andrés Fernando Sepúlveda Ardila y otras personas para llevar a cabo varios e indeterminados comportamientos delictivos contra la seguridad del Estado, la administración pública, la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos, lo cual se extendió en el tiempo. A la violación de la seguridad pública se

Tribunal Superior de Bogotá

sumaron los actos encaminados a afectar el proceso de paz que se concretaba con la organización Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – F.A.R.C. en la Habana Cuba.

El delito de concierto para delinquir se estructura cuando varias personas se asocian con el propósito de realizar un número indeterminado de conductas, que pueden afectar el mismo o diversos bienes jurídicos[20].

Desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una sociedad con vocación de permanencia en el tiempo.

La indeterminación en los delitos objeto del concierto apunta a ir más allá de la comisión de punibles específicos en un espacio y tiempo establecidos, de no ser así, se estaría en presencia de la figura de la coparticipación criminal consagrada como circunstancia genérica de mayor punibilidad en el numeral 10º del artículo 58 del estatuto punitivo, en lugar del delito autónomo previsto en el canon 340 del Código Sustantivo Penal.

Para configurar aquél delito, es preciso entonces el carácter permanente de la empresa organizada, generalmente especializada en ciertas conductas predeterminables, aunque no específicas en tiempo, lugar, sujetos pasivos, etc., es decir, "*sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar*", de modo que cualquier procedimiento ilegal en procura de la consecución del fin es admisible y los comportamientos pueden realizarse cuantas veces y en todas aquellas circunstancias en que sean necesarios[21].

Para la comisión del referido comportamiento es suficiente con acreditar que la persona pertenece o formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente adhirió a sus propósitos con posterioridad, y tampoco interesan las labores que adelantó para cumplir los cometidos delictivos acordados.

En suma, para la configuración del concierto para delinquir, se requiere: i): Un acuerdo de voluntades, obviamente entre varias personas; ii): Una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; iii): La vocación de permanencia o durabilidad de la empresa acordada; y iv): Que la expectativa de realización de las actividades delictivas propuestas, permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública[22].

El tribunal no advierte la participación de Hoyos Aristizábal en la pregonada organización delincuencial que con vocación de permanencia en el tiempo, estuviera encaminada a cometer múltiples e indeterminados punibles, es decir, no se logró probar que Andrés Fernando Sepúlveda Ardila y el aquí acusado en efecto se hubieran concertado para acabar o atacar ilícitamente el proceso de paz que se llevaba en La Habana, Cuba en el año 2014.

Pese a que se afirmó por la impugnante que el delito de concierto para delinquir se probó entre

[20] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 22 Jul. de 2009. Rad. 27852.

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 23 sep. 2003. Rad. 17089.

[22] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25 jun. 2002. Rad. 17089, 23 sep. 2003. Rad. 19712 y 15 jul. 2008. Rad. 28362, entre otras C-241/97.

Tribunal Superior de Bogotá

otros, con el testimonio de Lucía María Amalia Salgado, de su declaración no se advierte la configuración del mentado comportamiento, ya que además de relatar que trabajó para la campaña presidencial de Óscar Iván Zuluaga, narró que en enero de 2014 estuvo presente en una reunión entre el referido candidato, el acusado y Sepúlveda Ardila, en la que este último con su esposa y otros familiares, ofrecieron sus servicios para proteger las redes sociales del aspirante, hacer tendencias y crear cuentas en distintas plataformas virtuales, lo cual no es una actividad ilícita, sino un ejercicio propio de su labor en seguridad informática.

El ente acusador también aseveró que el concierto para delinquir y las demás conductas acusadas a Hoyos Aristizábal, se demostraron con la declaración de director del cuerpo técnico de investigación Danny Julián Quintana Torres, lo cual no es cierto como adelante se verá.

Inicialmente el tribunal debe destacar que no es dable tener como pruebas de referencia admisible las versiones expuestas por Andrés Fernando Sepúlveda Ardila en entrevistas al director del C.T.I., porque si bien se trata de atestaciones hechas antes del juicio oral, el declarante asistió a ese debate probatorio pero se abstuvo de rendir testimonio, con lo cual se desnaturaliza esa figura.

Además, tales versiones no fueron solicitadas por la fiscalía en desarrollo de la audiencia preparatoria y menos decretadas, de manera que no se acreditó ninguna de las especiales circunstancias regladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 para su admisión excepcional, de modo que no podía ser valorada como tal.

Es pertinente destacar que la Fiscalía como función constitucional, tiene la carga de la prueba sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de la persona acusada, por lo que en este caso le correspondía, sujetarse a las reglas definidas para que las versiones dadas por Andrés Fernando Sepúlveda Ardila al aludido testigo con anterioridad a la celebración del juicio fueran decretadas e incorporada legalmente en el juicio.

En ese sentido la fiscalía tenía la obligación de acreditar las circunstancias excepcionales para no concurrir al juicio, para que la atestación efectuada por Quintana Torres, fuera considerada prueba de referencia admisible, a fin de honrar los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, y de evitar que alguno de los intervinientes fuera sorprendido, como en este caso ocurrió con la defensa[23].

Algo similar sucedió con el testimonio de Haiver Yesid González Arango, quien si bien expuso acerca de la comisión de posibles actos ilícitos, lo hizo a partir de lo que le comentó Rafael Revert Insa, el cual tampoco acudió al debate probatorio, sumado a que fue claro en señalar que dichos comportamientos fueron realizados por Andrés Fernando Sepúlveda, y no hizo alusión a la ejecución de algún acto irregular por el aquí acusado.

Hoyos Aristizábal también fue acusado como determinador de las conductas de espionaje, cohecho por dar u ofrecer, acceso abusivo a un sistema informático, uso de software malicioso y violación de datos personales, calidad en la que incurre el que por cualquier medio, incide en otro y le hace surgir la idea de realizar la conducta punible, la voluntad y la decisión criminales, es

[23] Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP1664 del 16 de mayo de 2018.

Tribunal Superior de Bogotá

decir, su conducta se limita en hacer surgir en otro la idea, voluntad y decisión delictivas.[24]

En ese orden, tampoco se probó que el procesado hubiera sembrado en alguien la ejecución de las conductas de espionaje y cohecho por dar u ofrecer, ya que según información dada por Wilson Leonardo Torres Wilches e Ignacio David Parra Amín, fue Andrés Sepúlveda quien les pagó para obtener secretos militares contenidos en las bases de datos del Grupo de Atención Humanitaria al Desmovilizado GAHD, de la Central de Inteligencia Técnica –CITEC- y del Grupo Antiterrorismo de la SIJIN de Bogotá D.C. –GRUTE-, que tenían carácter reservado y ultrasecreto, mas no se hace referencia a conductas ilícitas ejecutadas por el aquí procesado.

Algo similar ocurrió respecto del delito de violación de datos personales, ya que si bien se hizo alusión a la divulgación en la página de internet "*dialogosavoces"* de información de algunos integrantes y ex integrantes de las F.A.R.C. tomadas de las bases de datos últimamente anotadas, esos comportamientos fueron realizados al parecer por Andrés Fernando Sepúlveda Ardila y en todo caso, no logró probarse que Luis Alfonso Hoyos hubiera tenido intervención alguna.

En relación con el video que al parecer filmó Rafael Revert Insa en la oficina de Sepúlveda Ardila, el tribunal no emitirá pronunciamiento de fondo, dado que el mismo no fue incorporado al debate probatorio, y por ende, no es susceptible de valoración.

La judicatura no puede pasar inadvertida la falta de atención y de diligencia de la representante del ente acusador, toda vez que en el escrito impugnatorio hizo referencia a que del aludido video se desprendían actividades ilícitas por parte de Hoyos Aristizàbal. Sin embargo, olvidó que en el juicio oral el juez negó su reproducción, y la fiscalía guardó silencio, lo cual se traduce en aceptación de lo decidido en ese instante, por lo que no puede ahora emitir pronunciamiento en contra de aquella determinación.

Ahora, si bien la fiscalía aseguró que Francisco Javier Romero Vélez estableció que una de las personas que se encontraba en esa reunión era Hoyos Aristizabál, también fue claro en señalar que esto lo concluyó a partir de las declaraciones de Rafael Esteve Revert Insa, ya que no conocía quien era el acusado, lo cual quiere decir que no lo identificó directamente en ese video, y su afirmación partió de lo que le comentó Revert Insa en su entrevista, testigo este que no acudió al debate probatorio, por lo que no hay seguridad acerca si se trataba del aquí procesado.

En todo caso, el que Francisco Javier Pardo Orozco –empleado de Andrés Fernando-, u otros testigos en labores policía judicial, hubiesen observado a Óscar Iván Zuluaga y a Luis Alfonso Hoyos en la oficina de Andrés Fernando Sepúlveda Ardila, no se traduce en ejecución de actividades irregulares, bajo el entendido de que la campaña presidencial de Zuluaga Escobar en cabeza del gerente David Zuluaga Martínez, contrató con Andrés Fernando Sepúlveda Ardila la realización de labores publicitarias y virtuales lícitas para esa contienda electoral, lo cual hacía que tuvieran permanente contacto.

Por otro lado, afirmó la Fiscalía que la financiación de dichos actos delictivos se probó a partir del testimonio de Lucero Sabogal López, sin embargo, de sus dichos al contrario de lo asegurado por la impugnante, surgen diversas situaciones que generan dudas acerca de la ejecución de comportamientos ilícitos por el acusado.

[24] Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de agosto de 2015. Rad. 38685.

Tribunal Superior de Bogotá

Al efecto es oportuno recordar que la misma declarante manifestó que no revisó las carpetas de las cuentas de correo de Andrés Fernando Sepúlveda, ya que fue este quien a su arbitrio clasificó los archivos, según la importancia que consideró, por lo que no pudo establecer si esa información realmente procedía de su correo electrónico, si se encontraba completa, si estaban todas las conversaciones entre los usuarios a que se hizo referencia, etc.

Además, se observaron emails en los cuales Sepúlveda Ardila mencionaba el pago de nómina a sus empleados, empero, estos mensajes eran enviados a David Zuluaga –como el gerente de la campaña- con copia a Hoyos Aristizábal, quien también trabajaba para esa alianza política como "*asesor espiritual"*, por lo que dichos mensajes no pueden establecerse como ejecución de actividades ilícitas, sino como propias de un vínculo laboral entre Sepúlveda Ardila y la tantas veces nombrada campaña.

En todo caso, pese a que se evidenciaron diferentes conversaciones a través de imágenes captadas como capturas de pantalla, de estas no se logró verificar que se tratara de correos electrónicos, y si lo fueran, tampoco se acreditó que la cuenta que se atribuyó correspondía a la del procesado, sumado a que del contenido de los aludidos mensajes no se consiguió demostrar la comisión de conductas contrarias a derecho.

Tampoco es prueba de la ejecución de algunos de los delitos, el testimonio de Rodrigo Pardo García Peña –director de Noticias RCN para el 2014-, ya que de este solo se extrajo que el acusado llevó a Andrés Fernando Sepúlveda Ardila a su oficina y se lo presentó como *"un informante"*, quien a su vez conocía a un disidente de las F.A.R.C., el cual al parecer tenía conocimiento de acciones ilícitas de esa organización para ayudar en la campaña de Juan Manuel Santos, información que fue transmitida al periodista Juan Carlos Giraldo -el cual no asistió al debate probatorio-, y quien al no advertirla sólida, descartó su publicación.

Por otro lado, el que Nury Ospina Merchán estableciera de su labor investigativa que Andrés Fernando no tenía un contrato de trabajo escrito con la campaña presidencial, no determina la comisión de delitos por parte del aquí acusado, toda vez que se acreditó que Sepúlveda Ardila fue contratado por la aludida campaña de Óscar Iván Zuluaga para que prestara servicios en seguridad informática, y para la implementación de una estrategia de mercadotecnia digital.

Como respaldo de dichas afirmaciones, se tiene el acta de conciliación incorporada por Ospina Merchán de fecha 7 de julio de 2014, a través de la cual la tantas veces mencionada campaña pagó a Luis Carlos Sepúlveda Ardila la suma de 230 millones de pesos como honorarios, dada la sesión de derechos de su hermano Andrés Fernando Sepúlveda Ardila, lo cual quiere decir que aunque no había contrato escrito, el últimamente anotado sí laboraba para esa firma.

Sumado a lo anterior, a pesar de que Nury Ospina Merchán aseguró que si bien no se registró en el aplicativo del Consejo Nacional Electoral denominado "*cuentas claras*" el pago de los doscientos treinta millones de pesos, fue diáfana en manifestar que evidenció un escrito en el cual el gerente de campaña solicitaba una apertura para incluir este rubro como gasto de primera vuelta, lo cual significa que este hecho efectivamente les generó una obligación para el reconocimiento de gastos administrativos en esa primera oportunidad.

Además, el que en las funciones establecidas en el contrato de Hoyos Aristizábal no se encontrara de manera puntual que este realizaría pagos a las personas vinculadas a esa alianza política, ni que tuviera que contratar personal, no se traduce en la realización de actividades ilícitas, sino a lo sumo en

Tribunal Superior de Bogotá

una extralimitación de funciones, la cual podría derivarse de la confianza que en él depositaba la campaña electoral, en cabeza del candidato presidencial Óscar Iván Zuluaga, quien además de señalar que lo conocía desde muchos años y que tenían una cercanía familiar y política dado que nacieron en el mismo municipio, indicó:

"Él fue un pilar fundamental para el acompañamiento de mi campaña, siempre tuvimos en mente el acompañamiento para ayudarle a las comunidades, a la sociedad en problemas muy sensibles, por eso siempre conté con su apoyo en mi vida política…en el 2014 tuve relación política… para mí era fundamental contar con el respaldo, por el conocimiento que él tiene…".

No se desconoce que Ignacio David Parra Amín en su declaración, entre otros argumentos indicó que fue él quien le entregó a Andrés Fernando Sepúlveda Ardila la base de datos denominada espejos, que contenía información de datos personales de miembros de las F.A.R.C.. Sin embargo, en sus afirmaciones no se hizo referencia a actividades contrarias a la ley por parte de Hoyos Aristizábal, y sí puntualizó el actuar ilícito en cabeza de Sepúlveda Ardila.

Tampoco asiste razón a la fiscalía al señalar que el juzgado no valoró de manera adecuada el testimonio de Olga Lucía Santisteban Vargas, ya que si bien reveló que halló archivos del dominio "*pacho santos*" en correos Outlook, lo cierto es que se limitó a hacer exposición acerca de la existencia de unas carpetas que contenían correos provenientes de dicho dominio y en especial de dos de sus empleadas, mas no fue posible determinar la ausencia de autorización para acceder a estos, ni si dichas cuentas efectivamente correspondían a las trabajadoras del ex vicepresidente Francisco Santos.

Ahora, aun cuando se hubiera demostrado la invasión ilegítima a los correos del ex vicepresidente Francisco Santos, de las versiones rendidas por la aludida servidora judicial no se logró establecer la responsabilidad del procesado en la comisión de la conducta de acceso abusivo a un sistema informativo, en calidad de determinador como se lo acusó, máxime que al ser compañeros y miembros del mismo grupo o partido político, no le asistía el menor interés en realizar este tipo de conductas en contra de su copartidario.

Igual ocurre con el delito de uso de software malicioso, ya que a pesar de que el ente persecutor lo acusó por el acceso a las cuentas de correo electrónico de la plataforma informática del ex vicepresidente Francisco Santos, porque Hoyos Aristizábal llevó a que Andrés Fernando Sepúlveda Ardila empleara herramientas informáticas de connotación maliciosa o dañina para lograr el aludido ingreso y así atacar dicho dominio y descargar la información allí contenida, de las pruebas allegadas al debate probatorio, no se acreditó que el acusado determinara a Sepúlveda Ardila para que incurriera en la referida conducta.

En síntesis, de los medios suasorios aportados al debate probatorio no se logró probar, en las condiciones que exige el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la participación de Luis Alfonso Hoyos en las conductas que realizó Andrés Fernando Sepúlveda Ardila. Además, aun cuando se acreditó la vinculación del implicado con la campaña presidencial de Óscar Iván Zuluaga, no se estableció que fuera contraria a la ley, ni que quien dirigió los ilícitos comportamientos hubiese sido Hoyos Aristizábal, de manera que en este sentido persevera una duda insalvable.

(…)

Lógicamente, una posición jurídica de esa importancia encuentra soporte en el aludido artículo 7º de la ley 906 de 2004 del cual se

Tribunal Superior de Bogotá

recalca que *"La duda que se presente se resolverá a favor del procesado"*, en concordancia con el artículo 381 ibídem. El grado de conocimiento a que alude este último se traduce en el fundamento y exigencia para predicar no solo la realización material de la conducta punible, sino la correlativa responsabilidad penal, pues en la normatividad colombiana se consigna constitucional y legalmente el principio de la carga de la prueba en cuya virtud le corresponde al Estado, a través del ente acusador, demostrar uno y otro; luego, al no asegurarse la presencia de tales presupuestos no procede la reprochabilidad penal.

En efecto, el referido principio tiene rango de derecho fundamental y acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal hasta el fallo o definitivo, " *y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Además ante la duda en la realización del hecho y de la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado"*[25].

Al reconocer la existencia de duda razonable originada en las pruebas practicadas en juicio oral, la sentencia tenía que ser como bien lo encontró el Juez de instancia, de carácter absolutorio.

EXTINCIÓN DE DOMINIO / Apelación auto no reconoce calidad de afectada

Rad. 05000312000120180004801

(11-02-2020)

Magistrado Ponente:

PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

Fueron destacados por la Fiscalía 34 Delegada ante la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, en la resolución de República de Colombia Tribunal Superior de Bogotá Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio Radicado: 05000312000120180004801(E.D 378). Proceso: Extinción de Dominio. Estatuto: Ley 1708 de 2014. Afectado: Natalia Ramírez Toro 2

[25] Jurisprudencia: Corte Constitucional Sentencia C-1156 de 2.003 y en C – 774 de 2.001 "*La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querella o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.*".

Tribunal Superior de Bogotá

requerimiento de extinción de dominio de calenda 18 de septiembre de 2018, de la siguiente manera: 2.1. "…Tiene su origen la presente actuación en la remisión efectuada por la Embajada Española, de la copia de la sentencia proferida por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Primera de ese país, contra Carlos Andrés Restrepo Toro y otros, por el delito de blanqueo de dinero…"1 (Sic) 2.2. En atención a dicha situación, fueron vinculados al proceso de extinción de dominio los bienes inmuebles identificados con el número de matrícula inmobiliaria 001-267436 siendo dueños Carlos Andrés Restrepo Toro y Natalia Ramírez Toro; así como el bien reseñado con la matrícula inmobiliaria Nº 001-796986, toda vez que los mismos presuntamente provienen directa o indirectamente de actividad ilícita -Lavado de activos

PROBLEMA JURÍDICO

¿Se puede reconocer como afectado dentro de un proceso de extinción de dominio al poseedor de un bien, quien no es titular de un derecho real?

6.3.2. DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 superior, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, so pena de que su inobservancia, al constituir violación a ese principio fundamental, por alejarse del mandato constitucional, acarree como consecuencia el desconocimiento de lo actuado. El debido proceso lo constituye el respeto de las formas propias de cada juicio, es decir, las que están previamente establecidas para las actuaciones, actos, diligencias y resoluciones de la iniciación del proceso, de su desarrollo y definición, en todas las instancias y etapas previstas para el procedimiento respectivo. Adicionalmente, por vía de Bloque de Constitucionalidad el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por una autoridad competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Lo anterior para significar, que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones en las que se discuta los derechos u obligaciones en cabeza de cualquier persona, con la observancia de las formas propias de cada juicio, so pena que su desconocimiento conlleve a la violación del principio fundamental. Aunado a lo anterior, de los instrumentos de orden nacional como internacional se desprende que existe una estrecha relación entre el debido proceso y el derecho de defensa, como aquel complemento o presupuesto necesario que le permite al investigado, demandado u accionado ejercer la contradicción, aportar o solicitar pruebas que conlleven al esclarecimiento de los hechos en los que se basa la decisión de la respectiva autoridad. En palabras de la Corte: "Buena parte de la eficacia que se predica de un ordenamiento jurídico como instrumento social encaminado a proteger los derechos fundamentales de los miembros de una comunidad y resolver los conflictos que se presentan entre diferentes actores sociales, depende de la existencia de principios que garanticen el debate razonado de los argumentos enfrentados, y permitan que las demandas y pretensiones que presentan los ciudadanos en defensa de sus intereses, puedan ser discutidas y resueltas sobre la base de procedimientos claramente establecidos por las normas jurídicas; de esta manera, se evita la incertidumbre o la arbitrariedad en la definición de los derechos reconocidos a los individuos por la Constitución y la ley.(…). . Como desarrollo de tal garantía

Tribunal Superior de Bogotá

fundamental el artículo 3° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece que en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa y contradicción, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley.

(…)

6.3.3. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LOS PROCESOS DE EXTINCIÓN DE DOMINIO En cuanto a este aspecto resulta necesario reseñar que el artículo 30 de la Ley 1708 de 2014, señala que al interior del trámite de extinción del derecho de dominio se tendrán como afectados: "Se considera afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción extinción de dominio: 1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio. 2. Tratándose de los derechos personales o de crédito se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue estar legitimada para reclamar el cumplimiento de la respectiva obligación. 3. Respecto de los títulos valores se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue ser tenedor legítimo de esos bienes o beneficiario con derecho cierto. 4. Finalmente, con relación a los derechos de participación en el capital social de una sociedad, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de algún derecho real sobre una parte o la totalidad de las cuotas, partes, interés social o acciones que son objeto de extinción de dominio. (Resaltos no originales)

El numeral llamado a regular el caso que nos ocupa es el primero, dado que se trata de la posibilidad de defender un interés respecto de los bienes objeto de extinción de dominio, mismo que el legislador, con la modificación de la Ley 1849 de 2017, catalogó como de carácter "patrimonial", ampliando de este modo el contenido de la norma original que atendía a aquellos "derechos reales"; por manera que, para el correcto entendimiento de la disposición, surge menester establecer qué prerrogativas hacen parte de aquéllos considerados como tal. Y en ese cometido, menester reafirmar, como lo ha hecho la Sala mayoritaria en otras determinaciones30, que en tratándose de normas referidas a las garantías de los coasociados, la tesitura de las reglas a implementar, debe ser esencialmente garantista, con talante de numeros apertus, en oposición a una hermenéutica restrictiva y de numerus clausus, porque se encamina a materializar principalmente la categoría superior de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, de aquéllas otras personas que podrían tener interés en el trámite. Y es que no cabe duda que a la luz de las garantías fundamentales que involucran el desarrollo al debido proceso31, como principio inherente al Estado Social y Democrático de Derecho, resulta menos restrictivo y, en armonía con el plexo constitucional, una interpretación de la norma en la que apelando exclusivamente a intereses de rango supra legal, exista la posibilidad que al trámite acudan aquéllos que tengan interés jurídico, y no, una en la que se limite el derecho de defensa32 y contradicción. Ahora bien, la doctrina33 ha sostenido que se conocen como "derechos patrimoniales" los reales, los personales, los universales y los inmateriales (buen nombre o fama); entendiendo el patrimonio como el conjunto de bienes pertenecientes a una persona, "es decir, que... abarcan los Derechos Patrimoniales y es entendido que solamente éstos forman el patrimonio. Los demás derechos, como los Derechos subjetivos, los de la Personalidad, la Familia, los Políticos y demás relaciones jurídicas extrapatrimoniales, no forman parte del patrimonio". Para los autores clásicos este

Tribunal Superior de Bogotá

concepto se define de la siguiente manera: "el patrimonio en su más alta expresión es, la personalidad misma del hombre considerada en sus relaciones con los objetos exteriores, sobre los cuales puede o podrá tener derechos que ejercitar: comprende no solamente in acto, los bienes ya adquiridos, sino también in potentia los bienes por adquirirse…"34. Si lo anterior es así, puede afirmarse con toda razón que dentro de esa gama de facultades que una persona tiene y ejerce respecto de los bienes que conforman su patrimonio, debe incluirse también la posesión, porque si bien es cierto no es un derecho sino un hecho, el mismo está protegido, a no dudarlo, de manera particular mediante acciones procesales35, siendo evidente que previo cumplimiento de unos requisitos y dependiendo de la naturaleza de la misma, esto es, regular o irregular, se tiene la potencialidad de adquirir el dominio; por manera que "es un poder de hecho jurídicamente relevante que por su naturaleza puede ser un instrumento efectivo para la adquisición de la propiedad y como tal guarda con este último derecho una conexidad de efectos sociales muy saludables que no pueden ignorarse, especialmente en el ámbito del Estado social de derecho"36. Es por ello que en el trámite de extinción del derecho de dominio, aquéllos que se reputan poseedores frente a los bienes objeto del mismo, pueden ser catalogados como afectados, dado que la posesión tiene un contenido económico e implica una explotación de ese mismo carácter y en esa medida hace parte del patrimonio de las personas; de allí que respecto de ella pueda, quien se reputa dueño, darla en arriendo, comodato, usufructo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio acorde con el artículo 786 del Código Civil, inclusive si quien detenta la cosa fallece, esta es susceptible de repartición entre sus herederos, con los demás elementos que la conformen.

(…)

Ahora bien, es necesario precisar, que el reconocimiento del poseedor como afectado no tiene como propósito que en el trámite extintivo se analice si quien como tal se postula satisface o no los requisitos para tenérsele como potencial dueño del bien, pues ello escapa del ámbito de competencia de la jurisdicción de extinción del derecho de dominio, por el contrario, el ejercicio de contradicción y defensa solo es admisible en cuanto esté encaminada a desvirtuar los presupuestos fácticos de las causales que dieron origen a la acción, presentando pruebas pertinentes al efecto. Dicha interpretación de la norma se corresponde con el alcance que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha efectuado respecto de la potencialidad que tienen los poseedores para el ejercicio del derecho de defensa, como así lo explicó esa alta Corporación en la sentencia C-1007 de 2002, al efectuar el estudio de constitucionalidad del Decreto legislativo 1975 del 3 de septiembre de 2002 "Por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio".

(…)

Estos criterios autorizados cobran total vigencia y relevancia para la adecuada interpretación del término "afectados" contendida en el artículo 30 del Código de Extinción del Derecho de Dominio, y la inclusión de los poseedores dentro de esta categoría por los motivos que a continuación se exponen: 1. En primer lugar porque se actualiza y reconoce el derecho fundamental a la defensa y contradicción, contenido en el artículo 29 de la constitución y los artículos 5º, 8º y 13 del Código de Extinción de Dominio, respecto de aquéllos que tengan un interés de contenido patrimonial frente a los bienes objeto del trámite. Además el contenido material de dicha prerrogativa superior, en tratándose de los poseedores, ha sido objeto de protección por vía de tutela; así, a manera de ejemplo, en la sentencia proferida al interior del radicado 94677 de 14 de noviembre de 2017, dijo

Tribunal Superior de Bogotá

la Corte Suprema de Justicia: "De la lectura de esa respuesta se encuentra que la misma no constituye un pronunciamiento de fondo que satisfaga las pretensiones de la peticionaria, quien manifestó tener presuntamente un derecho de posesión frente al inmueble objeto de la acción, omisión que de manera ineludible trastoca el derecho fundamental al debido proceso de ZULETA DÍAZ, máxime cuando el mismo no pudo ser objeto de contradicción alguna, no tuvo la posibilidad la opositora de controvertir la determinación que allí se le comunicó." 2. Porque, no existiría fundamento alguno para que el legislador al definir la naturaleza de la acción indicara que procedía sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, afirmación que implica que no solo el titular del derecho de dominio debe ser llamado al proceso, sino también aquéllos que ostenten el bien a cualquier título, incluido el que ejerce la posesión. 3. Porque el artículo 140 del CED, respecto del trámite de notificación del auto que admite la demanda para el inicio del juicio, es claro en señalar que "cinco (5) días después de fijado el aviso se dispondrá el emplazamiento de quienes figuren como titulares de derechos sobre bienes objeto de la acción de acuerdo con certificado de registro correspondiente, así como de los terceros indeterminados, para que comparezcan a hacer valer sus derechos (…)" otro motivo por el cual no puede entenderse que la norma que regula lo concerniente a quienes se consideran afectados en la acción de extinción de dominio es restrictiva.

(…)

Por último, se hace necesario advertir que la persona que se reputa poseedor puede ser reconocido como afectado en el trámite de extinción de dominio, siempre y cuando se cumplan las siguientes exigencias: 1. Que para ser reconocido debe presentar prueba sumaria de esa condición, al momento de pretenderlo así, es decir de admitírsele como afectado. 2. Que su intervención no puede serlo para discutir si es o no en realidad poseedor, sino exclusivamente para oponerse de acuerdo con sus intereses, a la estructuración de los elementos de la causal o las causales de extinción del derecho de dominio por las que se procedan. Todo así para concluir que en el proceso de extinción del derecho de dominio se consideran afectados no sólo a los titulares de derechos reales, sino también a cualquier persona natural o jurídica que alegue tener un interés patrimonial respeto de los bienes objeto del trámite extintivo, incluido el hecho de la posesión como quiera que tiene un contenido económico susceptible de defensa en esta clase de procesos, en los cuales tendrá la facultad de oponerse a los hechos que sustentan las causales por las que se procede contendidas en el artículo 16 del C.E.D., presentando pruebas y ejerciendo a cabalidad las facultades que otorga la ley, pero no, para propender por el reconocimiento del derecho a la propiedad.

(…)

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la señora Gilma Rosa Chavarría Ortiz tiene la calidad de afectada dentro del proceso de la referencia al tener interés patrimonial por el hecho de haber suscrito contrato de promesa de compraventa sobre el bien identificado con la matrícula inmobiliaria Nº 001- 267436, el cual se encuentra vinculado en esta actuación. Para resolver dicho cuestionamiento se hace necesario determinar el concepto de legitimación en la causa, esto es "…consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto que aquella o éste existan; o en ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica

Tribunal Superior de Bogotá

sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado…"47.(Negrillas fuera de texto) En ese orden de ideas, ha señalado la Doctrina que "…si el demandado tiene legitimación en la causa, por ser la persona que conforme a la ley sustancial puede discutir la pretensión del demandante, también tendrá interés sustancial serio y actual para la discusión; no se concibe que tenga aquella y no éste…"48 (Negrillas fuera de texto) Teniendo en cuenta dichas manifestaciones ha de señalarse que en el proceso de extinción de dominio de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1708 de 2014 son sujetos procesales la Fiscalía General de la Nación y los afectados. En ese sentido, el artículo 1 de la Ley 1708 de 2014 establece que se entenderá por afectado toda "…Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso…". (Negrillas fuera de texto) Por tanto para el caso concreto, es importante señalar que la citada ley en el artículo 30 ibidem determina las personas que tienen la calidad de afectados dentro del presente proceso, precisando que "…Se considera afectada dentro del trámite de extinción de dominio a toda persona, natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la extinción de dominio…". De conformidad a lo establecido en éste inciso se concluye que se considera afectado dentro del proceso de esta especialidad a: (i) Toda persona natural o jurídica; (iii) Las cuales deben alegar ser titular de derechos sobre bienes vinculados al proceso. Por lo tanto, será afectado dentro del presente proceso una persona natural que sencillamente alegue ser titular de derechos sobre bienes objeto de la acción de extinción de dominio, circunstancias que se configuran en el presente caso, puesto que la señora Chavarría Ortiz es una persona natural que a través de escritos allegados al proceso alega ser la titular de derechos sobre el lote terreno localizado en el municipio de Caldas, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria Nº 001-267436 el cual está siendo objeto de la acción de extinción de dominio.

(…)

En ese orden de ideas, se recuerda que al tener legitimidad para actuar en el proceso y no reconocer su calidad de afectado, se impide que éste tenga la posibilidad de "controvertir las pruebas y aquellas decisiones que sean susceptibles de recursos dentro del proceso de extinción. A tal efecto, el funcionario judicial deberá motivar las decisiones que afecten sus derechos fundamentales o patrimoniales o que resuelvan aspectos de fondo aspectos sustanciales del proceso."49. Pero aún más grave se impediría su derecho al acceso a la administración de justicia que aparece consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y sobre el cual se ha señalado que "…Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. Por medio de su ejercicio se pretende garantizar la prestación jurisdiccional a todos los individuos, a través del uso de los mecanismos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales, ya que,

Tribunal Superior de Bogotá

como ha señalado esta Corporación "no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso…"50 (Negrillas fuera de texto)

(…)

Delimitado el significado, no queda duda que entre los derechos patrimoniales se encuentran los derechos personales, situación que se configura en el presente caso, toda vez que hay un contrato de compraventa que constituye una fuente de derechos que conlleva una prestación de hacer. Pero además debe ser tenida en cuenta como afectada toda vez que la misma refiere tener la posesión material del bien identificado con el número de matrícula inmobiliaria Nº 001-267436 que fuera vinculado a este proceso de extinción de dominio, alegando tener un derecho patrimonial sobre el inmueble. Resuelta dicha situación, considera la Sala que en el presente caso se reúne el primer requisito que se requiere para que la persona que se reputa poseedor puede ser reconocido como afectado en el trámite de extinción de dominio, toda vez que la señora Gilma allegó prueba sumaria, esto es, la copia del contrato de promesa de compraventa61. Asimismo, se cumple con el segundo parámetro, esto es, que su intervención no se dirige a discutir si es o no en realidad posesión, sino exclusivamente para oponerse de acuerdo con sus intereses, a la estructuración de los elementos de la causal o las causales de extinción del derecho de dominio por las que se procedan. Atendiendo las argumentaciones antes referidas, concluye esta Sala que en el presente caso se reúnen los elementos del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 1708 de 2014 para reconocer a GILMA ROSA CHAVARRÍA ORTIZ como afectada dentro del proceso de extinción de dominio, puesto que la misma está alegando un derecho patrimonial sobre bienes objeto de este proceso. De otro lado, resulta pertinente aclarar que la acción de extinción de dominio es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, independiente y autónoma, la cual tiene por objeto estudiar la viabilidad de determinar si los bienes fueron obtenidos de actividades o destinados ilícitamente, donde las personas que tengan la calidad de afectados tienen la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de las causales que sean endilgadas, mientras que en la jurisdicción civil es una controversia distinta. En ese orden de ideas, no es acertada la afirmación del Juzgado de Primera Instancia cuando señala en su decisión entre otras cosas para negar el reconocimiento de afectada dentro del proceso de extinción del derecho de dominio, toda vez que la mencionada señora tiene la posibilidad de recurrir a la Jurisdicción civil para lo pertinente, pues se recuerda que en cada una se discuten situaciones distintas. También es indispensable resaltar que la persona que se reputa poseedor puede acudir a la jurisdicción competente para obtener el reconocimiento del derecho de propiedad frente a un bien, a través del proceso de prescripción adquisitiva del dominio, pero es necesario considerar que en un caso tal no opera la prejudicialidad62, en consecuencia cualquiera otra acción que se adelante queda en suspenso hasta cuando se concluya el procedimiento de extinción, pues en el evento que no se tuviera en cuenta a la misma como afectada se desconocería su derecho a la contradicción, como al acceso a la administración de justicia. Por otro lado, se hace necesario señalar que en decisión de primera instancia por medio de la cual se resolvió no reponer el auto a través del cual se negó el reconocimiento de Gilma Rosa como afectada dentro del proceso de la referencia, se asumieron, para despachar desfavorablemente la solicitud de la antes mencionada, como situaciones "sospechosas" las siguientes: (i) Que en la promesa de contrato de compraventa se indicó que Luz Omaira Toro Correa actuó como apoderada de Carlos Andrés Toro Correa, pero no se allegó el

Tribunal Superior de Bogotá

poder general; (ii) Aparece la presentación personal en el contrato de promesa de compraventa, sin embargo, no es legible la identificación de la Notaria ante la cual se realizó; (iii) De acuerdo con el aludido contrato se establece que a Gilma Rosa Chavarría Ortiz le vende el bien la copropietaria Natalia Ramírez Cañas, no obstante, al revisar el certificado de libertad y tradición, aparece registrada como copropietaria a la señora Natalia Ramírez Toro. Las anteriores circunstancias generaron inquietud en el Juzgado de Primera Instancia mismas que le conllevaron a emitir la decisión de no reconocer como afectada a Gilma Rosa, pero en realidad, la controversia sustancial de las mismas debe ser debe ser objeto de valoración probatoria propiamente tal en la oportunidad procesal correspondiente, en tanto, como se reitera, para ello solo se requiere prueba sumaria que evidencie esa condición, la que se satisface con la documental que contiene el contrato de promesa de compraventa, mismo que da cuenta además de la entrega material del inmueble a la señora Chavarría Ortiz.

(…)

En atención a las consideraciones antes expuestas, la Sala revocará la decisión de Primera Instancia y en su lugar reconocerá a la señora Gilma Rosa Chavarría Ortiz como afectada dentro del presente proceso, como quiera que en su caso se actualizan las previsiones de los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 1708 de 2014.

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA / Objeto, jurisdicción y competencia de la justicia de paz

Rad. 11001600005020133055802

(05-11-2019)

Magistrado Ponente:

RAMIRO RIAÑO RIAÑO

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

2.1. Los hechos tuvieron ocurrencia el 20 de diciembre de 2013 hacia las 8:30, am cuando el señor Rafael Sagamone Aguilar fue informado por un vecino sobre personas que estaban forzando la puerta de ingreso y rompiendo la chapa del local ubicado en la calle 21 # 6-49 de esta ciudad, del cual era "poseedor" en virtud del "contrato de permuta" celebrado con el señor Ignacio Antonio Mendoza *(anterior poseedor del local desde el año*

Tribunal Superior de Bogotá

2006), por consiguiente, Rafael Sagamone llamó a la policía para que hiciera presencia al creer que se trataba de un hurto.

Sin embargo, al arribar al lugar, conoció que el administrador del edificio Luis García, fue quien había dado la orden de abrir el local en acatamiento a la diligencia de *restitución de inmueble arrendado* solicitada por el representante legal de la Fundación Hospital San Carlos y dispuesto por la Juez de Paz **Carmen Elisa Franco Prieto**, quien asistió a la diligencia de entrega material del local y levantó la correspondiente acta, porque según ella, estaba arrendado y abandonado.

2.2. Previamente, el 28 de noviembre de 2013, la Fundación Hospital San Carlos había solicitado a **Carmen Franco** en razón de la función que ostentaba, efectuar diligencias de conciliación prejudicial y citar a los señores José Arnubio Castaño y otros, a efectos de que hicieran entrega a esa entidad del inmueble arrendado ya identificado; sin embargo, la conciliación no se había efectuado, porque estaba programada para el 23 de diciembre del 2013, fecha posterior a la de la diligencia en la que se realizó la *restitución material de inmueble*.

2.3. En consecuencia, **Carmen Elisa Franco Prieto** como Juez de Paz, realizó la entrega material del predio que estaba cerrado y con cerrojo, únicamente con la solicitud del representante legal de la Fundación Hospital San Carlos, sin contar con acta de conciliación o sentencia en equidad y sin citar al denunciante (tercero) en calidad de poseedor, conforme los lineamientos de la Ley 497 de 1999, con lo que se abrogó funciones públicas diversas a las que legalmente le correspondían.

PROBLEMA JURÍDICO

¿ Tienen los jueces de paz la facultad de *"entregar inmuebles arrendados y abandonados"* a *motu propio*, como una competencia propia y con la petición de una sola parte?

6.3. De la demostración de la condición de servidor público

6.3.1. Inicialmente, se establece que la conducta atribuida a Carmen Elisa Franco Prieto, es la prevista en el artículo 428 del C.P., con el *nomen iuris* de "abuso de función pública", que en su tipificación contiene el sujeto activo calificado, que corresponde a un servidor público[26].

Para el efecto, la Fiscalía señaló que la mencionada en su condición de Juez de Paz, el 20 de diciembre de 2013, adelantó la diligencia de restitución de inmueble arrendado, del bien ubicado en la calle 21 No. 6 – 49 de esta ciudad, previa solicitud presentada por la Fundación Hospital San Carlos.

6.3.2. Sobre la calidad de Juez de Paz, la defensa arguyó que no fue demostrada tal condición, en razón que no se aportó el acta de posesión o de nombramiento, sin que de la manifestación de un testigo pueda extraerse la demostración del ingrediente normativo exigido.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Decisión Penal, ha zanjado el debate sobre el punto, con el pronunciamiento claro que no existe una tarifa legal para la demostración de la condición de servidor público, razón por la cual esta circunstancia puede establecerse a través de cualquier medio.

[26] Corte Suprema de Justicia – Sala Especial de Primera Instancia. Radicado 00010. Decisión AEP00016-2019 de 5 de febrero de 2019. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas.

Tribunal Superior de Bogotá

Para mayor claridad, se transcribe lo pertinente de la decisión de la Alta Corporación, así:

"En efecto, es errado el planteamiento del libelista al sostener que la única manera para acreditar la condición especial de servidor público, en tanto sujeto activo de la conducta punible de concusión, es a través de la resolución de nombramiento y del acta de posesión en el cargo. Por regla general, rige el principio de libertad probatoria (art. 373 del C.P.P.), acorde con el cual los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en ese código o por cualquier medio técnico o científico, que no vulnere los derechos humanos. En exceptuados casos, previstos expresamente por la ley, ésta exige que determinado enunciado fáctico deba probarse mediante un específico medio de prueba.

"Pero ese no es el caso de la condición de servidor público. Al margen de la mayor o menor precisión en punto de la forma de vinculación y otras particularidades del nexo funcional con el Estado, ningún precepto normativo condiciona la convicción del juez sobre tal aspecto a que lo establezca con referencia a los mencionados documentos. Quizás, desde luego, sea aconsejable, y la práctica judicial así lo ratifica, que la resolución de nombramiento y el acta de posesión sean dos referentes importantes para precisar el tipo de relación del servidor con la entidad concernida, así como sus funciones. Empero, ello no se torna imprescindible para acreditar la condición de sujeto activo calificado."[27]

De suerte que, acorde lo indicado por la Alta Corporación, el primer argumento deprecado por la defensa, no resulta de recibo, máxime si se tiene en cuenta que en el presente asunto, se demostró que para el 20 de diciembre de 2013, fecha para la cual se produjo la entrega del inmueble, Carmen Elisa Franco Prieto era Juez de Paz en la Localidad de Santa Fe, inferencia que se obtiene de los siguientes elementos:

(i) La estipulación según la cual el 20 de diciembre de 2013 se produjo la entrega del inmueble ubicado en la calle 21 No. 6 – 53 a Mario Alejandro Sastoque, por parte de Carmen Elisa Franco, acuerdo que se sustenta en el acta de entrega, en el cual se lee que *"Las partes en presencia de CARMEN ELISA FRANCO P., en calidad de juez de paz de conocimiento de Bogotá… hemos sido informados sobre la naturaleza y los alcances de la justicia de paz y de acuerdo a la Ley 497 de 1999…"*[28].

(ii) La solicitud de conciliación prejudicial elevada por la Fundación Hospital San Carlos, dirigida a *"CARMEN ELISA FRANCO PRIETO/ Juez de Paz Distrito 3/ Localidad de Santa Fe"* [29], que fuera incorporada por el testigo Rafael Saganome y no fuera tachado de falso.

(iii) Se cuenta con la decisión de 31 de mayo de 2016 a través de la cual el Consejo Seccional de la Judicatura de

[27] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicado 49184. Decisión SP965-2019 de 20 de marzo de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

[28] Folio 199, carpeta 1

[29] Folio 156, carpeta 1

Tribunal Superior de Bogotá

Bogotá – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con ocasión de los mismos hechos investigados en este asunto, dispuso como sanción remover del cargo a Carmen Elisa Franco Prieto *"investigada en condición de Juez de Paz Distrito de Paz No. 3 – Localidad de Santa Fe de esta ciudad"*[30], de la que se abstrae sin dubitación que la mencionada Franco Prieto, en efecto, ostentaba la condición de servidora pública, para la fecha de la ocurrencia de la diligencia judicial del 20 de diciembre de 2013.

(iv) El testimonio de Rafael Saganome Aguilera quien señaló que Carmen Elisa Franco como Juez de Paz entregó de manera irregular un inmueble que el declarante había adquirido mediante contrato de permuta.

[30] Folio 170, carpeta 1

Con los elementos enunciados, valorados en conjunto se arriba al grado de conocimiento necesario, para tener por probado que Carmen Elisa Franco Prieto, para el 20 de diciembre de 2013 fungía como Juez de Paz en la Localidad de Santa Fe.

6.3.3. En efecto, el que se hubiera aportado el acta de posesión y la resolución de nombramiento en el mencionado cargo, por parte del órgano persecutor, hubiera generado el suficiente carácter suasorio para la demostración de la calidad de Juez de Paz de la acusada; sin embargo, igual conclusión e inferencia se obtiene, una vez efectuado el examen de los documentos y el testimonio presentado por la Fiscalía, esto es, que Carmen Elisa gozaba de la condición de Juez de Paz para el 20 de diciembre de 2013, al momento de efectuar la diligencia relacionada con el local 2 ubicado en la calle 21 No. 6 – 53.

6.3.4. Ahora, en el cargo ocupado, Carmen Franco indiscutiblemente cumplía funciones públicas, precisamente la de administrar justicia, aunque en escenarios particulares en donde las partes en conflicto se ponen de acuerdo en someter su litigio a esta jurisdicción, de suerte que, acorde con lo establecido en el inciso 2º del artículo 20 del C.P.[31], Carmen Elisa en su condición de juez de paz, era servidora pública y por tanto podía incurrir y considerarse sujeto activo calificado del delito de "abuso de la función pública".

(…)

6.4. De la comisión de la conducta punible

6.4.1. Examinado el asunto, se advierte que conforme a la prueba practicada, especialmente la estipulación relacionada con el documento titulado *"acta de entrega de inmueble arrendado y abandonado"*, en cuyo membrete se lee: *"JURISDICCIÓN ESPECIAL DE PAZ/ RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO / JUSTICIA DE PAZ / LEY 497 DE 2007*", suscrito por la Juez de Paz **Carmen Elisa Franco P.,** el 20 de diciembre de

[31] *Artículo 20 C.P. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.*

Tribunal Superior de Bogotá

2013 la mencionada funcionaria procedió a realizar diligencia de apertura del predio y la entrega material del mismo, inmueble ubicado en la calle 21 No. 6 – 53 (local comercial) y a levantar la correspondiente acta de la diligencia en la cual indicó se encontraba en estado de abandono, bien que se devolvió a Mario Alejandro Sastoque en representación de la Fundación San Carlos.

El artículo 9º de la Ley 497 de 1999, en concordancia con el artículo 23 del mismo compendio normativo, dispone que la competencia de los jueces de paz se restringe a conflictos que de *"forma voluntaria y de común acuerdo"* sean sometidos a su conocimiento, discusión que debe ser llevada a conciliación y que en caso de no salir avante, el servidor procederá a emitir una sentencia en equidad. En el presente asunto, no existe constancia que en efecto, la disputa que girara en punto del inmueble ya identificado, decidió someterse de manera unánime y conjunta por los relacionados en el mismo a la jurisdicción de paz.

Tampoco se cuenta, con el acta de conciliación que debe agotarse en esta clase de procedimientos, menos aún, con un fallo en el que se hubiera resuelto en equidad sobre el debate o con orden en que se hubiera dispuesto la entrega material del inmueble a quien se hizo.

6.4.2. Ciertamente, resulta extraño en este caso el argumento conclusivo de la defensa , al alegar que bastaba la solicitud de una parte, para proceder a la entrega del inmueble, planteamiento contrario a lo dispuesto por el artículo 23 de la mencionada Ley 497 de 1999; en todo caso, de haber sido ello así, al indicar que la actividad por ella realizada se trató de un "acompañamiento" peticionado de forma verbal por el arrendador, **Carmen Elisa Franco** debió levantar el acta que así constara, conforme lo ordena la misma norma y no proceder a realizar personalmente la diligencia y dejar acta en la que sostuvo realizó la entrega como Juez de Paz.

Ampliamente lo explicó el *a quo*, en punto del procedimiento que deben atender los Jueces de Paz, acorde con la Ley 497 de 1999, del cual se apartó notablemente la procesada **Franco Prieto,** postulación que no fue claramente debatida en la apelación, en la que es pertinente señalar, se denota una reiteración de los alegatos de conclusión, con mención de la jurisprudencia señalada en primigenia oportunidad, pero no un despliegue de argumentos para poner en evidencia las falencias del fallo reprochado.

6.4.3. Ahora, uno de los argumentos defensivos consiste en sostener que el bien se encontraba abandonado y **Carmen Elisa** fungió como simple acompañante y que la diligencia multicitada no se trató de la entrega del inmueble, sobre este aserto, el original artículo 36 de la Ley 830 de 2003 (régimen de arrendamiento de vivienda urbana), derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, que empezó a regir el 1º de enero de 2014, disponía que frente a un predio arrendado en dicha condición de abandono, el propietario podía solicitar la restitución provisional del bien ante el juez de conocimiento que estuviere conociendo de la misma, de allí no se deduce la facultad que quien se atribuyera tal condición, pudiera ingresar al inmueble sin la mencionada autorización, como lo arguyó la procesada **Franco Prieto** en sus alegatos conclusivos, por lo que una consideración en tal sentido, no puede ser de recibo, para calificar la conducta de atípica.

Bajo el mismo criterio, no existe fundamento normativo del cual se pueda inferir que los jueces de paz tienen la facultad de *"entregar inmuebles arrendados y abandonados"* a *motu propio*, como una competencia propia y con la petición de una sola parte, potestad que eventualmente podría tener pero en caso que los dos extremos del conflicto así lo hubieran acordado y ello fuera el

Tribunal Superior de Bogotá

resultado de una conciliación o decisión en equidad (entre otros requisitos, a modo de ejemplo, aquellos relacionados con la cuantía).

(…)

6.4.5. Cabe destacar, que la defensa material afirmó en sus argumentos de cierre, que lo que hizo fue un "acompañamiento"; sin embargo, se reitera, no existe prueba diferente a la presentada por la Fiscalía, respecto de la cual no hay que hacer un esfuerzo ímprobo, para deducir que la presencia de la procesada en el inmueble y su participación en el procedimiento ya descrito, el 20 de diciembre de 2013, no fue casual o para fungir de testigo, sino para que con su *aparente anuencia* se realizara materialmente la *"entrega del inmueble abandonado"*[32], función ajena, acorde a su competencia limitada por la Ley 497 de 1999.

Se insiste que, no obstante en los alegatos de conclusión, se invocó que la presencia de la funcionaria **Franco Prieto** en el lugar, fue un acto de acompañamiento en la diligencia respecto de un predio abandonado, condición del local que quedó anotada en el acta levantada en el procedimiento, no se presentó evidencia a partir de la cual inferir, que en efecto la procesada se cercioró que el inmueble se encontraba en esa situación y por ello, le resultó suficiente con el requerimiento de una persona (el representante de la Fundación San Carlos), para proceder de la manera en que lo hizo, si es que acaso, pretendiera alegar un error en punto de considerar que sí gozaba de tal potestad.

Por el contrario, el mencionado postulado no resulta de recibo, en la medida que dentro de los elementos incorporados, se encuentra la solicitud de conciliación prejudicial *–que había presentado el mismo Marco Alejandro Sastoque, representante de la Fundación San Carlos y dirigida a la misma funcionaria* – precisamente relacionada con el inmueble múltiples veces citado y de cuyo contenido, contrario a exponer que el predio se encontraba en situación de abandono, permite inferir que el local era ocupado por su contraparte (José Arnubio Castaño Echeverri, Guillermo Elías Soto Vásquez y Álvaro Soto Vásquez) y la solicitud iba dirigida finalmente a que se resolviera y dispusiera la entrega del inmueble.

Ahora, si bien en el acápite de hechos del acta de entrega[33], donde se indicó que el local comercial fue arrendado a Álvaro Soto y a otras personas, quienes no han cancelado los cánones de arrendamiento y "no volvieron", no está claro quién hizo esa afirmación o a partir de cuáles elementos se dedujo tal inferencia, menos aún que se hubiera dejado el inmueble indefinidamente a su suerte, sin intención de volver o prestar cuidado del mismo, más aún, al tener en cuenta que no fue especificado desde cuándo los arrendatarios no habían vuelto.

La situación difusa, en la que la Juez de Paz **Carmen Elisa Franco** dispuso la entrega del inmueble al presidir la diligencia, permite reafirmar el hecho que su actuación carecía de fundamento jurídico, al igual que de competencia para actuar de la forma en que lo hizo.

6.4.6. Las circunstancias acaecidas *ex ante* y *ex post* a la diligencia del 23 de diciembre de 2013, permiten inferir razonablemente que **Carmen Elisa Franco** tenía conocimiento que la entrega de un inmueble *–que incluso se encontraba cerrado, lo cual se deduce de la presencia de un cerrajero y*

[32] Folio 199, carpeta 1

[33] Folio 198, carpeta 1

Tribunal Superior de Bogotá

de la indicación que "una vez entregado el inmueble se deberá cambiar guardas del predio por seguridad y salvaguardar la propiedad"-, con la sola petición de una parte que se atribuyera la condición de propietario (en este caso a través del representante legal), era una situación ajena a sus funciones como Juez de Paz –*aun si el predio se encontraba abandonado*–, calidad en la cual fungió en el procedimiento *irregular* de entrega y que luego pretendió desconocer al asegurar que lo hizo solo como "testigo".

Ahora, no obstante ese conocimiento que tenía de sus funciones limitadas y restrictivas a ciertos asuntos y condiciones de procedibilidad, decidió realizar la diligencia, que claramente comportó la usurpación de competencias que no le correspondían y con ello abusó de la función pública que tenía como Juez de Paz.

6.4.7. En este punto, aunque no se haya indicado por la Fiscalía cuál es el funcionario autorizado para realizar el mencionado procedimiento –*como de forma insistente lo recriminó la defensa*-, ello no diluye la conducta en atípica o su falta de demostración, máxime si la legislación prevé que la actuación de entrega de un inmueble puede depender del juez de la jurisdicción ordinaria[34] o de otras autoridades por orden emitida por aquél o con facultad para pronunciarse sobre petición semejante, verbigracia, los funcionarios de la Casa de Justicia ante los cuales se lleve el conflicto[35], hecho notorio exento de prueba[36].

6.4.8. Por otro lado, sin importar si Rafael Saganome Aguilera era tercero afectado, poseedor o propietario del local respecto del cual por el actuar ilegal de la procesada, para el 20 de diciembre de 2013 se produjo una entrega irregular al representante de la Fundación San Carlos, cierto es que al poner de presente a las autoridades que el inmueble fue objeto de una actuación anómala por parte de **Carmen Elisa Franco**, quien en su condición de Juez de Paz tomó atribuciones que excedieron su competencia y tal situación se demostró por la Fiscalía, ello resulta suficiente para en su contra emitir decisión de condena, por el delito de abuso de la función pública.

6.4.9. De modo que, la sustentación presentada por la defensa, no tiene la suficiencia para derruir la argumentación claramente expuesta por el *a quo* debidamente respaldada fáctica y jurídicamente, en el cual se dio contestación a cada uno de los planteamientos presentados por la misma recurrente al momento de elevar los alegatos de conclusión[37], al igual que a la exposición presentada por la misma acusada[38].

6.5. Con fundamento en la anterior línea argumentativa, la sentencia de primera instancia será confirmada.

---

[34] Artículo 384 del Código General del Proceso

[35] Decreto 1477 de 2000

[36] Artículo 167 inciso 4º del Código General del Proceso. "*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.*

[37] Audiencia de juicio oral, sesión de 30 de agosto de 2019, record 44:42

[38] Audiencia de juicio oral, sesión de 30 de agosto de 2019, record 58:26

Tribunal Superior de Bogotá

JULIAN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN
Presidente

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Vicepresidente

JAVIER RICARDO DIAZ GUAMÁN
Relator

Tribunal Superior de Bogotá