

2014

REPÚBLICA
DE
COLOMBIA
RAMA
JUDICIAL



[TRIBUNAL
SUPERIOR DE
BOGOTÁ
SALA PENAL
RELATORÍA
BOLETÍN NO. 5]

27 DE JUNIO DE 2014

MAGISTRADOS

HERMENS DARÍO LARA ACUÑA

ORLANDO MUÑOZ NEIRA

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER



ÍNDICE ALFABÉTICO

ABUSO DE CONFIANZA – Configuración respecto al gerente de una empresa que se apodera de bienes de esta: Línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha concluido que se configura el abuso de confianza cuando dicho gerente goza de autonomía en la administración de los bienes ajenos recibidos bajo título no traslativo – Diferencias con el hurto agravado por la confianza. Pág..... 11

ALLANAMIENTOS Y PREACUERDOS – El beneficio obtenido por quien es capturado en flagrancia debe respetar los límites establecidos por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 – Aunque sea admisible la degradación del grado de participación de autor a cómplice, en caso de captura en flagrancia, el beneficio por ello no puede exceder el límite señalado en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 / **NULIDAD** – Por no informar debidamente al imputado sobre el límite que tendrá su rebaja de pena al haber sido capturado en flagrancia. Pág..... 2

DUDA RAZONABLE – Estándares probatorios – En delitos sexuales contra menores. Pág..... 15

DUDA RAZONABLE – Noción. Pág..... 4

FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL – Elementos – Los medios que sirven para sustraerse al cumplimiento de la resolución judicial deben ser fraudulentos – La ficción legal de la notificación por aviso, para los efectos penales, no puede tener la connotación de conocimiento real y personal. Pág..... 5

HURTO EN SUPERMERCADOS Y ALMACENES DE CADENA – Mecanismos de seguridad no descartan la antijuridicidad de la conducta – Legislador ha establecido tratamiento diferenciado cuando la afectación al bien jurídico es mínima, pero no ha previsto que la conducta sea impune. Pág..... 3

IMPUTACIÓN – Definidos los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía y aceptados por imputado, el juez no tiene la facultad de ejercer control material. Pág..... 7

NULIDAD DE LA IMPUTACIÓN – Esta limitada para casos de evidente e indiscutible violación de derechos fundamentales o del principio de legalidad. Pág..... 7

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN – No es absoluto – Excepciones – Su violación solo comporta nulidad de manera excepcional. Pág..... 20

PRUEBA DE REFERENCIA – Noción. Pág..... 9

REVOCATORIA DEL MANDATO – Finalidad – El destinatario de este mecanismo de participación ciudadana es el mandatario local, no su partido – Debido proceso – No es medio para anticipar elecciones. Pág..... 17

TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL – Valoración. Pág..... 15

TESTIMONIO DE PERITO – Puede en parte ser prueba de referencia y en parte prueba directa. Pág..... 9

VÍCTIMA – Debe estar representada por abogado, a quien se le haya otorgado legalmente poder – Solo se podrá actuar en su nombre sin poder cuando esté ausente o impedida para hacerlo. Pág..... 22

Este Boletín y anteriores de la Relatoría de la Sala Penal pueden ser consultados en el Portal de la Rama Judicial, al final de la primera columna, en Tribunales Superiores/ Bogotá/ Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, y si desea recibir copia del mismo a su correo electrónico puede remitir un correo indicando su nombre y actividad profesional a tsbogotarelatoriapenal@gmail.com.

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. LARA ACUÑA HERMENS DARIO
Rad. 110016000019201303684 01 (10-06-
2014) ALLANAMIENTOS Y PREACUERDOS

- El beneficio obtenido por quien es capturado en flagrancia debe respetar los límites establecidos por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 - Aunque sea admisible la degradación del grado de participación de autor a cómplice, en caso de captura en flagrancia, el beneficio por ello no puede exceder el límite señalado en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 / NULIDAD - Por no informar debidamente al imputado sobre el límite que tendrá su rebaja de pena al haber sido capturado en flagrancia.

Por lo anterior, si bien, puede aceptarse en este caso la degradación del modo de participación, el cual está de acuerdo con la base fáctica de los hechos con relevancia jurídico penal (como se propone en este asunto para dos de los procesados); pero, no para quien es el autor material de una de las conductas (quien portaba o llevaba consigo el arma de fuego incautada); no ocurre lo mismo en relación con el desconocimiento en el preacuerdo de la aplicación del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, reformatorio del

artículo 301 del estatuto punitivo, pues no es legal, y operaría como doble beneficio, el que se "acuerde tácitamente" no aplicar dicho modificador de la pena.

Como se verifica en la actuación, si bien en la audiencia se verificó la aceptación libre, consciente y voluntaria, del preacuerdo, no es menos cierto que se obvió por el juez referir a los contrayentes del acuerdo que los beneficios no pueden superar los topes consagrados en esa parte de la ley, lo que redundaría en una indebida información de los alcances del preacuerdo, y una aplicación por fuera de la ley de dichos beneficios, puesto que, como se señalara, se les estarían otorgando dos rebajas punitivas: una, el ajuste en la modalidad de participación, y la otra, una pena aún menor por la inaplicación de la normatividad relativa a los criterios para imponer la pena, tratándose de casos en flagrancia.

Ahondando un poco más en el tema, se estima por la Sala Mayoritaria, con base jurisprudencial que, de una parte, la norma que regula la flagrancia, (artículo 301 del C. de P. P.) debe aplicarse en toda su extensión en los preacuerdos y negociaciones, y por otra, que por ser una norma legal no puede ser negociada, como tampoco desconocida por la fiscalía y el procesado al momento de suscribir el preacuerdo.

Una interpretación en contrario permitiría afirmar que esa capacidad de la fiscalía para dar por terminada la actuación por medio de

negociación o preacuerdo la facultad para, además de negociar la no aplicación del artículo 57 de la Ley 1453, también la inaplicación de otras normas y regulaciones de diversas figuras penales, entre las que podrían encontrarse: el aumento de penas de la Ley 890; aquellas que impiden la concesión de beneficios para algunos delitos, como el artículo 199 de la Ley 1098, el artículo 26 de la Ley 1121; las que aumentan penas, como la Ley 1238; así como la misma Ley 906, tratándose de máximos de rebaja cuantitativa en cada etapa del proceso (de manera autónoma en la investigación, en la audiencia preparatoria o al inicio del juicio oral, o por consenso durante la actuación judicial, también dependiendo la etapa).

Lo anterior, por supuesto, debe ser claramente informado al implicado y su defensor, pues como se dijo anteriormente, una de las labores fundamentales del juez de conocimiento, es comprobar que la aceptación de los términos del preacuerdo se realiza de manera consciente, voluntaria y *debidamente informada*; por consiguiente, si en el trámite de la negociación y posterior aprobación de la judicatura no se le advierte al procesado que la rebaja en su pena debe respetar los parámetros de la Ley 1453 en lo que respecta a la flagrancia, conforme a lo indicado anteriormente, entonces se presentaría una evidente afectación a las garantías fundamentales del encartado.

En efecto, la jurisprudencia constitucional, y concordante con ella, la más reciente

jurisprudencia penal¹, ha señalado que, en caso de allanamiento o aceptación de cargos, y preacuerdos con la fiscalía, el beneficio obtenido por quien es capturado en flagrancia, debe respetar los límites establecidos por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011,...

(...)

Lo anterior implica que cualquier beneficio punitivo que obtengan los procesados capturados en flagrancia, en los eventos de terminación anticipada del proceso, bien sea por allanamiento a los cargos o por suscribirse un preacuerdo con la fiscalía, debe respetar los límites señalados en la normativa procesal, de acuerdo con la reforma introducida por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

En conclusión, para la Sala Mayoritaria, I) siempre que haya negociación y preacuerdos, la fiscalía deberá tener algún rumbo determinado como ente investigador, lo que en la actualidad no sucede, pues resulta evidente que con tantas interpretaciones de los Delegados en la aplicación de estas figuras, no hay al interior del ente de investigación una sola regulación sobre el tema; II) que no puede el fiscal y la parte en sus preacuerdos negociar la ley, como sucede al inaplicarse automáticamente el artículo 57 de la Ley 1453; III) que siempre que se preacuerde la readecuación típica o se negocie algún

mecanismo o figura penal, los topes de pena correspondientes siempre deberán enmarcarse en la norma citada, cuando se trate de hechos en los que se encuentre presente la figura de la flagrancia; y IV) que si no se deja claro ello en el respectivo acuerdo (documento) por las partes, el juez deberá reconvenir a las partes contratantes sobre esa obligación, y en especial al (los) procesado (s) para que informen si aun así lo aceptan.

(...)

Concretamente, al aplicarse la reducción señalada por el artículo 30 de la Ley 599 de 2000, implicaría una rebaja de la pena que puede ascender a la mitad de la sanción imponible, atenuación punitiva que no se compadece con el propósito del legislador, teniendo en cuenta que la norma mencionada, prevé una reducción de solo ¼ parte de los beneficios que se obtengan por aceptación de cargos o preacuerdos, en aquellos eventos en que se produzca captura en flagrancia.

(...)

Esta omisión de la judicatura, comporta una grave afectación al debido proceso y derecho de defensa en cabeza de JORGE ANDRÉS LÓPEZ AYA, KEVIN GIOVANNY PARDO ÁLVAREZ y CRISTIAN MAURICIO ALBARRACÍN SOGAMOSO, puesto que ellos debían haber sido ser plenamente informados de las condiciones en las que se impondría la sanción, luego de lo cual, podrían ahí sí renunciar o no a los derechos legales y constitucionales que se erigen en su favor como garantías procesales.

En consecuencia, demostrado que en el actual trámite se produjeron irregularidades sustanciales que afectan el derecho de defensa y el debido proceso, al preacordar por fuera de la ley, otorgándose doble beneficio, y no existir una plena y debida información para acceder a la renuncia a un juicio oral, público y con prueba concentrada, con base en el artículo 457 del C. de P. P., se decretará la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de aprobación de preacuerdo efectuada el pasado 24 de febrero de 2014.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M.P. LARA ACUÑA HERMENS DARIO Rad. 110016000023201208420 01 (23-04-2014) HURTO EN SUPERMERCADOS Y ALMACENES DE CADENA –Mecanismos de seguridad no descartan la antijuridicidad de la conducta - Legislador ha establecido tratamiento diferenciado cuando la afectación al bien jurídico es mínima, pero no ha previsto que la conducta sea impune.

La Sala no comparte la tesis esgrimida por el juez de primera instancia, quien señala que los actos de la procesada no generaron riesgo al bien jurídico tutelado, por no ser idóneos para afectar el patrimonio de la víctima, pues, en verdad se trastocan los factores a estudiar en una conducta para determinar si es

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 11 de julio de 2012. Rad. 38285.

punible, pues, el primer estrato a referir siempre será el de tipicidad, en sus componentes de objetiva y subjetiva, en caso que el acto sea voluntario y consciente; y luego de este, debe verificarse el marco de antijuridicidad.

Por ello que, debe seguirse el estudio desde el punto de vista de la tipicidad de la conducta, debiéndose entonces recordar que, los mecanismos de seguridad con que cuentan los almacenes de cadena están diseñados, precisamente, para detectar los productos que no se han cancelado, aun cuando las personas utilicen distintos medios para extraerlos sin pagar por ellos; por ende, el hecho que los mecanismos de seguridad hayan cumplidosulabor detectando a la implicada antes que se retirara del establecimiento, no significa que su comportamiento fuese ineficaz para agotar el delito.

Situación distinta es que, el comportamiento de la implicada no haya logrado o completado el resultado típico, pues en dicho evento, una vez demostrado que desplegó actos ejecutivos se estaría ante el dispositivo amplificador de la tentativa. Así lo ha reiterado la jurisprudencia penal en numerosas ocasiones:

(...)

Ya en el caso objeto de estudio, se observa que ERIKA ALEJANDRA TORRES, además de planear el hecho ilícito, efectuó actos preparatorios consistentes en tomar los productos de la estantería y esconderlos bajo

sus prendas, e incluso actos ejecutivos al salir del establecimiento mientras los ocultaba; por consiguiente, debe concluirse que la ejecución de la conducta punible se había iniciado, pero su consumación no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad, lo que constituye el citado dispositivo previsto en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000.

(...)

En lo que a la antijuridicidad material se refiere, definida como la lesión o puesta efectiva en peligro sin justa causa del bien jurídicamente tutelado por la ley penal, conforme lo señala el artículo 11 del Código Penal², es importante precisar que la misma no puede valorarse admitiendo que sea la víctima quien soporte la agresión cuando esta sea mínima, pues el legislador no ha establecido parámetro alguno que permita considerar impune una conducta cuando la afectación es ínfima, especialmente en delitos contra el patrimonio económico.

En efecto, si la intención del legislador hubiese sido eliminar del ámbito penal aquellas conductas que afectan en menor grado el bien jurídico, dependiendo de la situación económica de la víctima, así lo habría establecido, de la misma forma como, por ejemplo, instituyó a favor del autor o partícipe el estado de necesidad (artículo 32.7 del C.P.); las circunstancias de menor punibilidad

(artículo 55 ejusdem); las circunstancias de extrema pobreza, marginalidad o ignorancia (artículo 56 ejusdem), entre otros.

Elo no implica que la ley otorgue igual tratamiento a todos los hurtos sin importar su cuantía, pues el artículo 239 del C.P. establece una pena menor si el monto no excede el equivalente a 10 s.m.m.l.v.; y el artículo 268 de la misma normativa, prevé una disminución sustancial de la pena si la cuantía es menor a 1 s.m.m.l.v., disposiciones previstas para casos como este, en los cuales la afectación al patrimonio económico es menor.

Aún más, esta última norma prohíbe su aplicación cuando al hurto, a pesar de configurarse sobre un bien de menor valor, haya generado una grave afectación a la víctima atendiendo su situación económica, lo que demuestra un interés del legislador por establecer parámetros dependiendo de la mayor o menor afectación al bien jurídico tutelado y sus efectos en la víctima.

Queda claro entonces que, tratándose de delitos contra el patrimonio económico, el legislador ha establecido ciertas medidas que permiten un tratamiento diferenciado cuando la afectación al bien jurídico es mínima; pero en ninguna norma legal se prevé que la conducta será impune si el monto es pequeño frente al patrimonio de la víctima, si este es sustancialmente mayor; por consiguiente, aun cuando en este caso sea procedente imponer una sanción mucho menor por las características del hurto, lo cierto es que sí se

² Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de octubre de 2006, Rad. 19499.

evidencia una puesta en peligro efectiva del bien jurídico tutelado.

Finalmente, en este ámbito de análisis, resulta inadecuado para el caso el argumento de la primera instancia, al considerar que el patrimonio económico del Éxito no se afectó ni se puso en peligro por la conducta de la procesada, teniendo en cuenta su descuido en la ejecución del hecho punible, pues ello implicaría afirmar que en todos aquellos establecimientos donde existan sistemas de seguridad que prevengan el hurto de sus bienes, se debe descartar la antijuridicidad de la conducta, por cuanto el comportamiento del delincuente no logra superar dichas barreras.

Por el contrario, el hecho que haya sido el sistema electrónico el que detectó los bienes bajo las prendas de la procesada, demuestra que el bien jurídico fue puesto en inminente peligro, puesto que, de haber fallado dichos mecanismos, el ilícito se habría consumado, postura que ha sido acogida por esta Corporación en anteriores oportunidades:

"(...) frente al razonamiento de la ausencia de antijuridicidad material, prevista en el artículo 11 del Código penal, esto es, en cuanto la conducta debe poner en peligro o violar un bien jurídico tutelado, sin justa causa, considera el Tribunal que es claro que el comportamiento desarrollado por el implicado sí puso en peligro el bien jurídico del patrimonio económico radicado en cabeza del almacén Carulla, en cuanto pretendió apoderarse de bienes de propiedad de este establecimiento,

*esto es, ajenos, pues los llevaba consigo escondidos entre sus prendas cuando se disponía a salir del almacén"*³.

Finalmente, debe precisarse que el hurto es un delito de resultado, por ende, cuando se está ante el fenómeno de la tentativa, como es el presente caso, la antijuridicidad se presenta por la sola puesta en peligro y no la afectación del bien jurídico tutelado, razón por la cual resulta errada, también por esta vía, la apreciación de la primera instancia, con la cual requiere una afectación concreta para considerar cumplido el principio de lesividad.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M.P. LARA ACUÑA HERMENS DARIO Rad. 110016000023201208420 01 (23-04-2014) FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL – Elementos – Los medios que sirven para sustraerse al cumplimiento de la resolución judicial deben ser fraudulentos – La ficción legal de la notificación por aviso, para los efectos penales, no puede tener la connotación de conocimiento real y personal.

6.1.- El artículo 454 de la Ley 599 de 2000, tipifica el delito de fraude a resolución judicial en los siguientes términos: "El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento

de la obligación impuesta en resolución judicial (...)", norma que ha sido interpretada por la jurisprudencia penal, al señalar que el comportamiento desplegado por el sujeto activo debe efectuarse de manera fraudulenta y engañosa, descartando que cualquier incumplimiento a una orden judicial, sea constitutiva de este ilícito. Se indicó que:

"El precepto penal en comento busca la tutela del bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, garantizando el cumplimiento de las decisiones judiciales, bajo los apremios de la sanción penal para quienes fraudulentamente y maliciosamente deciden esquivar los perentorios mandatos de las autoridades judiciales.

Aunque el precepto no dice expresamente que los medios que sirven para sustraerse al cumplimiento de la resolución judicial deben ser fraudulentos, esa naturaleza se deduce del epígrafe de la norma que debe entenderse incorporado a su texto de modo que, la conducta, para que alcance su categoría de punible, debe envolver el engaño, el ardid, la astucia o la maquinación dolosa enderezada a eludir el cumplimiento de la orden judicial contenida en el auto interlocutorio o la sentencia debidamente ejecutoriada.

(...)

Empero, como ya hubo de anunciarse, la ofensa o lesión al bien jurídico que el precepto aspira a proteger, no se consolida y agota con la simple verificación objetiva del incumplimiento de la orden judicial, pues, por definición, para que ello suceda, el medio o los medios de que se vale el obligado deben ser fraudulentos, esto es, en ellos debe estar presente el engaño como

³ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Sentencia de 19 de agosto de 2010. Rad. 2010 04780. M.P. M. Humberto Gutiérrez Ricaurte.

elemento psicológico caracterizador de la pretensión mezquina del autor de la conducta, encaminada a neutralizar o impedir que los efectos buscados con la resolución judicial se cumplan o materialicen"⁴.

Igualmente se ha precisado que, es posible apartarse del acatamiento de una disposición judicial cuando se está en imposibilidad material o jurídica de hacerlo⁵; pero, en todo caso, es necesario establecer con precisión quién es el titular del mandato jurisdiccional⁶, pues en numerosas oportunidades la orden está dirigida a otra autoridad pública, para que proceda de determinada forma para su cumplimiento.

Es importante precisar que, las sentencias judiciales se clasifican, entre otros, en declarativas -aquellas que reconocen la existencia de un derecho en cabeza de una persona determinada-, y ejecutivas -mediante las cuales se ordena el cumplimiento a un mandato claro y expreso-, distinción que resulta necesaria en este asunto, pues, únicamente las segundas podrían ser objeto de fraude a resolución judicial, como quiera que las primeras no contienen un mandato de obligatorio

cumplimiento, sino solamente el reconocimiento de un derecho.

Así pues, la materialidad del ilícito de fraude a resolución judicial, no solo incluye el mero hecho objetivo de sustraerse a una obligación impuesta en una providencia, porque también es necesario que *i)* el sujeto conozca plenamente la decisión judicial en la cual se le impuso la obligación, *ii)* le sea material y jurídicamente posible cumplir la orden allí contenida, *iii)* utilice mecanismos engañosos y fraudulentos para evitar que la orden se ejecute, y *iv)* el titular de la obligación que se impone, sea la misma persona que ha sido procesada por el delito en cuestión.

(...)

b.- En el proceso adelantado por la entidad de leasing ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, la parte demandada no se hizo presente en el mismo, tal y como lo señala la parte motiva: "*...se notificó conforme a las previsiones establecidas por los artículos 315 y 320 del C. de P. C., tal y como se evidencia de los documentos que reposan a folios 34 a 42 de esta encuadernación. Dentro del término de traslado que concede la ley, la parte demandada no presentó ninguna clase de excepciones...*"; lo que quiere decir que debió notificarse por aviso, al no haberse podido hacer personalmente, precisamente, por la falta de presencia de la demandada en el proceso.

(...)

e.- A partir de la sentencia emitida por el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá del 24 de julio de 2009, que obra como estipulación probatoria de la fiscalía⁷, el contrato de arrendamiento con opción de compra entre LEASING BOLIVAR COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL y JESÚS MARÍA COTRINA CASTILLO se dio por terminado, esto es, que el vínculo contractual entre estas dos personas por ese contrato dejó de existir. Tal declaración significa que, a partir de ese momento se genera en el arrendatario una obligación o deber en relación con el arrendador de restitución o devolución del bien objeto del contrato declarado terminado.

(...)

Tal y como reseñó en aparte anterior, la orden emitida por el juzgado en la sentencia es clara, expresa y exigible directamente a quien, con base en el contrato de leasing, puesto que el señor COTRINA CASTILLO era tenedor y usufructuaba el bien entregado a ese título, por lo que, a partir de la decisión del juzgado, estaba en la obligación de restituir a su legítimo propietario la maquina objeto del contrato terminado por vía judicial, sin que pudiera hacer oposición alguna de orden material, puesto que dejó de hacerlo dentro del proceso.

Este último aspecto debe resaltarse en este momento, habida cuenta que, conforme se

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 22 de agosto de 2008. Rad. 26163.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 8 de noviembre de 2011. Rad. 37441.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de marzo de 2007. Rad. 26972.

⁷ Folios 47 y 48 cuaderno de juicio.

desarrolló el proceso civil de restitución de bien mueble arrendado, según lo dice la sentencia, el aquí procesado no se hizo presente en el mismo, lo que no permite poder endilgársele sustracción fraudulenta a la obligación de restitución, en el entendido que la ficción legal de la notificación por aviso, para los efectos penales no puede tener la connotación de conocimiento real y personal del procedimiento y de la postrera orden de restitución, pues el proceso se adelantó sin su conocimiento material. Por tal razón que, por esa circunstancia no sea posible afirmar una sustracción dolosa y fraudulenta del cumplimiento de la decisión judicial.

Pero, con la declaración del testigo de la defensa, esto es, del abogado JAIMES ÁVILA, por lo menos desde el 26 de agosto de 2011, se tiene noticia que el aquí procesado sabía personal y directamente del mencionado proceso, su objeto, y desde luego, de lo que se decidió, tanto así que, otorgó poder al mencionado abogado para que lo representara y propusiera su intención de llegar a un acuerdo con la entidad; al punto que, en esa oportunidad petitionó la oportunidad para hacerlo, lo que demuestra y pone en evidencia que, después de esa fecha debió comportarse de acuerdo a las resultas del proceso: la terminación del contrato de arrendamiento y la orden de restitución del bien objeto de ese convenio.

Para la Sala, es a partir de esa situación procesal que se coloca el procesado en franca

rebeldía frente a la justicia, misma que continúa hoy, como lo refiere el apelante, pues el ciudadano COTRINA CASTILLO no le ha restituido o devuelto a su legítimo propietario dicho bien.

Con dicha actitud, nada menos que la conducta contra la administración de justicia por la que fue acusado, aún hoy se encuentra ejecutándola, pues sin la existencia de un contrato que soporte dicha tenencia y usufructo, inclusive, una conducta contra el patrimonio económico puede estarse ejecutando.

6.2.2.- Así las cosas, resulta evidente que la conducta desplegada por el procesado, si bien no podría afirmarse típica para la fecha en la que se emite la sentencia, sí se enmarca en ella cuando teniendo conocimiento del citado proceso y de sus resultas, no cumple con la orden del juzgado y se abstiene de restituir el bien.

(...)
Conforme a ello, resulta claro que el procesado ejecutó una conducta, y aún lo hace, constitutiva de fraude a resolución judicial, de manera dolosa, pues se ha sustraído en forma fraudulenta al cumplimiento de la orden de restitución, con lo que además de burlar la administración de justicia, hace lo propio con el patrimonio económico de la víctima, con lo que su actuar sea típico, objetiva y subjetivamente.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.4. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO Rad. 11001600004920070350601 (25-06-2014) IMPUTACIÓN - Definidos los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía y aceptados por imputado, el juez no tiene la facultad de ejercer control material - / NULIDAD DE LA IMPUTACIÓN - Esta limitada para casos de evidente e indiscutible violación de derechos fundamentales o del principio de legalidad.

6.1.1. Sobre el punto, cabe recordar que, dentro de los límites legales y constitucionales, al ente acusador le asiste una autonomía que atañe al ejercicio de adecuación típica llevado a cabo dentro de la audiencia de imputación. En relación con este aspecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"(...) una vez definida la formulación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía y particularmente cuando han sido aceptados por el imputado, no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete. Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación.

Lo anterior, porque es a la Fiscalía en un sistema de adversarios a quien compete agotar una investigación idónea y postular la pretensión punitiva adecuada con la que se espera

restablecer el equilibrio quebrantado con la comisión del delito, esa es su función en la arquitectura del modelo. La defensa es la llamada a oponerse a tal designio y, por ello, ambos constituyen los únicos legitimados para actuar en el proceso. Si bien es cierto se admite la participación del Ministerio Público y de las víctimas en el trámite, no lo es en condición de partes sino de intervinientes, siendo su injerencia limitada y, en el último caso, canalizada prevalentemente por conducto del ente acusador” (Énfasis nuestro)⁸.

(...)

Ciertamente, ni el juez de control de garantías ni, en fase posterior, el funcionario de conocimiento, son convidados de piedra frente a la labor de imputación llevada a cabo por la fiscalía, toda vez que, sin desbordar sus competencias, deben fungir como garantes de los derechos fundamentales del procesado⁹. En la diligencia preliminar, dichos estándares vienen demarcados por los requisitos mínimos para que este acto de comunicación ostente eficacia jurídica¹⁰.

Lo anterior para poner de presente, como con buen tino lo ha señalado la Corte, que las **nulidades procesales** que pueden alegarse con ocasión de la formulación de imputación están limitadas, *prima facie*, a eventos muy concretos de evidente e indiscutible violación

de derechos fundamentales, como, verbigracia, la no realización de la misma, la indebida vinculación del procesado o su no individualización, la ausencia de defensa técnica, la falta de claridad en la construcción fáctica y jurídica del ente acusador, o en la descripción que debe hacerse de los derechos que le asisten, la configuración de un verdadero vicio del consentimiento, etc.

Ello conlleva, por razones de elemental lógica, que mal podrían ser aplicadas por el solo hecho de que el operador judicial no esté de acuerdo, por motivos de personalísima interpretación, con los cargos formulados por el titular de la acción penal, o discrepe de la adecuación típica que los soporta, y pretenda disfrazar el debate jurídico con el ropaje, siempre poderoso, de la transgresión de una garantía fundamental. A menos, claro, que estemos hablando de un desconocimiento **evidente** del principio de legalidad.

6.1.2. Ahora, como ya ha tenido la oportunidad de precisar esta Sala en anteriores oportunidades¹¹, así como las partes cuentan con todo el juicio oral para demostrar su tesis jurídica, cuando los cargos no se admitieron, y el error que se advierte no es protuberante, de la misma manera, se puede debatir la legalidad de los delitos y las penas en la breve audiencia que está llamado a evacuar el juez de conocimiento, cuando la

acusación se presenta a través de un allanamiento a cargos. Ello, como es obvio, ya sea de oficio, o a solicitud de los intervinientes autorizados para eso. Y la sentencia de fondo podría traer, cómo no, alguna decisión *desestimatoria* para el ente acusador.

Sostener lo contrario, esto es, que el juzgador pueda *anular*, más allá de los casos de ilegalidad palmaria, la formulación de imputación, y el consecuente allanamiento, cada vez que, simplemente, no se muestre de acuerdo con ella, para imponerle a la Fiscalía la manera en que tiene que formular sus propios cargos, haría nugatorias las facultades legales de la segunda como exclusiva titular de la acción penal.

¿Significa esto que al fallador judicial le está prohibido, cual si se tratara de un funcionario notarial automatizado, ejercer el control de rigor sobre la legalidad de los delitos materia de allanamiento? La respuesta categórica, a riesgo de fastidiar con la repetición, es *No*. El interrogante jurídico que realmente subyace consiste, para ser precisos, en si ese *control jurisdiccional* debe ejercerse, siempre, necesariamente, a través del remedio extremo, residual y subsidiario de la nulidad, y la respuesta, sin lugar a dudas, es igualmente negativa.

Por ejemplo, es factible en la sentencia, que el juez ajuste la calificación jurídica en aspectos que no impliquen una fractura irremediable del principio de legalidad, siempre que no sea en desmedro del

⁸ CSJ Penal, 19 Jun. 2013, e37951, J.L. Barceló.

⁹ CSJ Penal, 15 Jul. 2008, e28872, A. Ibáñez.

¹⁰ Sobre estos requisitos: CSJ Penal, 15 May. 2013, e39025, J.L. Barceló.

¹¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, 24 Feb. 2014, e2013-06665-01, MP. Orlando Muñoz Neira.

acusado, como la corrección del dispositivo amplificador, la eliminación o corrección de un simple agravante, o la precisión sobre la modalidad participativa del procesado.

(...)

El punto por resaltar es, en fin, que si el *a quo* estimaba, en virtud del control de legalidad de los delitos y de las penas que estaba habilitado para ejercer, y de cara a los hechos ya descritos, que la intervención del señor **Correa** en la estafa señalada fue posterior a su consumación, y por ello no puede ser autor, sino más bien cómplice, o que, al no probarse que confeccionó directamente la licencia de tránsito espuria que contribuyó al artificio, tendría que responder como determinador del delito contra la fe pública, así debía señalarlo, con los correctivos de rigor, en la sentencia condenatoria, lugar en el que mejor puede ejercer ese control de estricta tipicidad -que en la figura abreviada del allanamiento a cargos tendría que ser más laxo- sobre la modalidad participativa, sin perjuicio de que este pueda ser impugnado por las partes.

Traducida la idea al lenguaje mayéutico, ¿realmente se justificaba anular toda la actuación procesal, solo para que, con base en los mismos acontecimientos, el ente acusador formulara la imputación de conformidad con el criterio del juzgador, esto es, atribuyendo los delitos referidos bajo otra modalidad participativa, si tal ajuste podía hacerlo el funcionario, en ejercicio de su

autonomía judicial, en el fallo de fondo? El Tribunal estima que no.

(...)

Con esto no quiere significarse que la aceptación de cargos tenga que llevar, sí o sí, a una sentencia condenatoria, sin hacer un control formal y material de su legalidad. Con todo, la manifestación de responsabilidad del acusado fue tan espontánea, reiterada y categórica, respetuosa, siempre, como ya se pudo observar, de todos sus derechos procesales, libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, que no queda más camino que colegir que el indiciado sabía perfectamente de qué hechos lo estaban acusando, y era consciente de su compromiso penal en ellos.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.5. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO Rad. 11001600004920070350601 (25-06-2014) PRUEBA DE REFERENCIA – Noción – TESTIMONIO DE PERITO – Puede en parte ser prueba de referencia y en parte prueba directa.

En el proceso penal, el derecho de confrontación es una derivación del derecho de defensa que consiste en la prerrogativa que el acusado tiene de que los testigos que declaran en su contra lo hagan de frente a él y en el juicio oral. Una consecuencia directa de este derecho es la prohibición de condenar

con base en prueba de referencia¹². Nuestro Código de Procedimiento Penal la define como una “declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar uno o varios elementos del delito... cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

Esta definición, que se inspiró en el derecho de los Estados Unidos¹³, tiene el defecto de no ser clara, o por lo menos, no fácilmente comprensible por dos razones: la primera, es que pareciera dar la idea de que la totalidad de una prueba puede ser de referencia, con lo cual pierde de vista el hecho procesal, bastante común (y del cual el presente caso es muestra por antonomasia) de que un testimonio, por ejemplo, puede ser en parte de referencia y en parte prueba directa. Y la segunda, porque no capta con nitidez la modalidad del testimonio de oídas, que, como sabemos, es una variedad (tal vez la más común en nuestro medio) de prueba de referencia. Quizá la mejor manera de descifrar cuándo, en un juicio, tenemos delante de nosotros una

¹² “Como el nombre sugiere – escribe Enrique Vélez -, el alcance de este derecho implica un ámbito más dilatado que el mero contrainterrogatorio de testigos adversos. En procesos criminales, el imperativo de la Cláusula de Confrontación extiende a los acusados tres *corolarios*: el derecho al careo con testigos adversos, el derecho a contrainterrogar a estos y el derecho a ‘excluir cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el ministerio público [léase fiscalía]’”. Vélez Rodríguez, Enrique. *La prueba de referencia y sus excepciones*. Editorial InterJuris. Universidad Interamericana de Puerto Rico. Facultad de Derecho, San Juan (Puerto Rico), 2010, p. 64.

¹³ Ver Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 1979, regla 60 y Federal Rules of Evidence, rule 801 (c). También, Chiesa Aponte, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Volumen III. Editorial Forum, Bogotá, pp. 339 y ss.

prueba de referencia y cuándo no, es entender que esta envuelve “dos testigos”: uno que está sentado en el estrado judicial declarando ahora, y otro que está afuera, que ha declarado alguna vez, pero no en este instante del juicio. El primero, esto es, el que tenemos delante de nosotros en un juicio, transmite un conocimiento que él no ha palpado directamente, sino que otro testigo, ese sí presencial, ha percibido por alguno de los sentidos.

Así las cosas, en la prueba de referencia, el canal humano que transmite un conocimiento al juez es menos fiable, porque en concreto “no le consta” lo que declara, y segundo, lo más problemático, el acusado no podrá contrainterrogar al verdadero testigo, sino a uno que sabe del caso pero porque se lo contaron. Es, como lo ha dicho la doctrina, “información de segunda mano”¹⁴

En el caso de delitos sexuales, que gran impacto suscita en nuestros días, la anterior explicación es crucial sobre todo en tratándose de expertos que deponen en el juicio. En este caso, por ejemplo, declaró una galena del Instituto de Medicina Legal, una psicóloga de la Asociación Creemos en Ti y una investigadora del CTI, también de profesión psicóloga. La equivocación más común en nuestro medio al respecto, y en la que incurrieron tanto fiscal, como defensor y juez, es creer que la totalidad de tales testimonios son de referencia, o, peor aún

como se deriva de la aquí a veces errática intervención del ente acusador, creer que para lo único que “sirven” tales peritos es para que lean unas entrevistas rendidas ante tales expertos por las menores víctimas.

(...)

Para mejor entendimiento de nuestro mensaje, podemos reflexionar sobre el papel crucial que peritos de esta laya prestan al proceso penal: piénsese el evento de una mujer que, tras haber sido víctima de violencia intrafamiliar, consulta los servicios de un médico y luego de una psicóloga; no todo lo que esta última o el galeno pueden declarar en juicio es de referencia. Claro, ninguno de estos profesionales ha vivido el momento en el que el agresivo marido haya usado la fuerza contra la dama, pero aparte de ello hay múltiples circunstancias que ellos, como expertos, sí han percibido de manera directa: el médico habrá examinado las heridas físicas que presenta la mujer, y de allí ha podido inferir el tipo de arma que ocasionó el daño en la corporeidad femenina y la orientación de los golpes; puede también determinar la antigüedad de las lesiones, la dimensión de las contusiones, su cicatrización, entre muchas otras condiciones. Puede colegir si un dolor es simulado o verosímil.

(...)

Con todo, pareciera, y en ello el Tribunal considera inapropiada la intervención de la fiscalía, que el exclusivo interés que en este asunto movió a esta parte, respecto de esas expertas, fue la de apurarlas para que dieran lectura a las entrevistas que ellas habían

tomado a las niñas presuntas víctimas. Una simple revisión de los audios así lo muestra. Se trata de una estrategia poco acertada. Si para lo único que pueden ser de utilidad las declaraciones de expertos o expertas de la medicina y la psicología es para que den lectura a unas entrevistas, el sistema procesal patrio debería concebir una mejor manera de hacer llegar el texto de estas a un juez, antes de gastar el tiempo y recursos de estas profesionales, que tantas veces comparecieron en virtud de la inclemente y casi incesante práctica de aplazar el juicio.

Un buen entendimiento del derecho probatorio muestra que, por fortuna, el anterior no es el único servicio (y tal vez no el más importante) que profesionales del bagaje de las que participaron en este juicio pueden ofrecer a la justicia. Por consiguiente, antes que la preocupación que suscita tanto la prohibición de prueba de referencia como la limitación para condenar con base exclusiva en esta, en lugar de buscar, en una especie de arte de birlibirloque, la forma mágica para “convertir” una entrevista (prueba de referencia) en prueba directa, el énfasis debiera concentrarse, primeramente, en todo ese arsenal de información que profesionales de la medicina o la psicología pueden aportar en un juicio en el que una conducta atentatoria contra pacientes de aquellas es materia de decisión en un proceso.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

¹⁴ Vélez Rodríguez, Op. Cit., p. 4.

1.6. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO Rad. 110013104001201101274-01 (18-02-2014) ABUSO DE CONFIANZA – Configuración respecto al gerente de una empresa que se apodera de bienes de esta: Línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha concluido que se configura el abuso de confianza cuando dicho gerente goza de autonomía en la administración de los bienes ajenos recibidos bajo título no traslativo – Diferencias con el hurto agravado por la confianza.

¿Qué delito comete el gerente a ambos (empleado y empresa)? ¿Abuso de confianza o hurto agravado por la confianza?

(...)

Así, tenemos que, en el despuntar de la década de los sesenta, nuestra Corte Suprema de Justicia consideró que incurría en hurto y no en abuso de confianza, un almacenista, bajo cuyo cuidado el propietario había dejado ciertos bienes, que luego el hábil empleado había ocultado y sacado en cajas de galletas. En ese asunto, la calificación jurídica dada por los jueces de instancia había sido la de abuso, pero la Corte restó importancia a esa discrepancia al no haber sido ello motivo de impugnación¹⁵. En todo

¹⁵ CSJ. Mar. 3/61. MP. Vergara Restrepo. Gaceta 2238. Al igual que ahora, el delito de abuso de confianza, en la redacción del

caso, suscribió una postura que, como planteamiento teórico, ha venido siendo repetida: que en el abuso de confianza “el ilícito viene a ser cometido después de adquirir la tenencia de la cosa a título no traslativo de dominio”¹⁶.

La idea de que el ingrediente normativo “título no traslativo de dominio”¹⁷ es un elemento que, con relativa facilidad, permite distinguir las dos figuras que aquí queremos deslindar, está presente en la doctrina nacional que, como ejemplos de aquel cita al depósito, el secuestro, el transporte, el contrato de obra, el arrendamiento, el comodato, el usufructo, el mandato, la consignación y la venta con pacto de reserva de dominio, entre otros¹⁸.

Código Penal de 1936 (art. 412), bajo cuya vigencia esta decisión fue emitida, sancionaba a quien se apropiara de una cosa mueble ajena, que se le hubiere “confiado o entregado por un título no traslativo de dominio”.

¹⁶ Es, por ejemplo, lo que dicen las sentencias de la CSJ de may. 20/86, MP Aldana Rozo, Gaceta 2424, o de feb. 17/99 MP Gómez Gallego, Gaceta 2499.

¹⁷ La doctrina ha considerado equívoca la expresión “título no traslativo de dominio” porque bajo la teoría del título y el modo del derecho privado colombiano, es el modo y no el título el que transfiere el dominio. Ver Suárez Sánchez, Alberto. *Delitos contra el patrimonio económico*. 1ª edición. UNAB, 1989, p. 170.

¹⁸ El listado puede encontrarse, entre otros, en Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal*. Tomo V. 2ª edición. Temis, Bogotá, 1991, pp. 433 y ss., Suárez Sánchez, Op. Cit., pp. 174-175; López Peñaranda, Gerardo. *Hechos punibles contra el patrimonio*. 1ª edición. Jurídicas Radar. Bogotá, 1995, pp. 176-179; Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. “Delitos contra el Patrimonio

1.1.3. Sin embargo, esta idea de “pacífico entendimiento” comienza a quebrarse cuando, resultado de diversas interpretaciones sobre hechos específicos, las decisiones judiciales llegan a conclusiones distintas de las planteadas por la doctrina. Así, por ejemplo, aunque casi todos los autores enlisten al transporte como un “título no traslativo de dominio”, hay jurisprudencia que deduce que el transportador que se apodera de la mercancía comete hurto agravado y no abuso¹⁹.

También, bien podría decirse que un mayordomo que dirige una finca, maneja los bienes asociados a esta al amparo de la “administración” que de la misma se le ha delegado, y es un verdadero gerente de esa empresa agrícola tanto que si se apodera de aquellos comete abuso, pero hallamos doctrina que opina que en tales eventos el mayordomo no comete abuso sino hurto agravado por la confianza²⁰.

1.1.4. La jurisprudencia reciente también presenta algunos desafíos frente a la palabra “gerente” que hemos incluido en el problema jurídico arriba esbozado. Así, podemos comenzar por un sonado asunto que pudo influir en la calificación dada a los hechos por el ente acusador, y que estuvo a la orden del

Económico”, en Reyes Echandía, Alfonso (editor). *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo I. Univ. Externado de Colombia, 1987, p. 409.

¹⁹ CSJ. Mar.17/94, MP Gómez Velásquez, e9162.

²⁰ En ese sentido, Pérez Pinzón, Op. Cit., p. 388.

día en la época en que la instrucción del presente caso se adelantaba: el caso del exministro Fernando Botero Zea, envuelto en lo que la prensa conoció como el "proceso 8 mil".

Durante la campaña presidencial del doctor Ernesto Samper Pizano, el doctor Botero Zea fue "Director y Representante Legal" de la "Sociedad Colombia Moderna" a través de la cual se recibieron donaciones de simpatizantes de la referida campaña. En esa condición, reiteramos, de "Director" de la mencionada persona jurídica, el doctor Botero Zea percibió donaciones en dólares de diversas entidades, los cuales canalizó a cuentas corrientes personales que tenía en entidades en el extranjero como el New York Bank y el Morgan Guaranty Trust²¹.

El doctor Botero Zea no era un empleado de inferior rango en la Sociedad Colombia Moderna; no era, a la usanza de un trabajador doméstico, un servidor que en la conducción de bienes propios de su labor estuviera bajo el control vigilante del dueño; por el contrario, era él quien gerenciaba la entidad, siguiendo unas directrices (como las tiene cualquier tenedor fiduciario), y con cierta autonomía. Pero aun así, por la apropiación de algunos de los dineros donados a la citada campaña presidencial, el doctor Botero Zea fue condenado como autor

²¹ Los hechos son tomados de la sentencia de la CSJ ene. 24/2007, MP Solarte Portilla, e22.412.

de hurto agravado por la confianza y no de abuso de confianza.

Cuando la Corte Suprema examinó el asunto en casación, ratificó la calificación jurídica dada por las instancias, y para ello se basó en diversos razonamientos como que la fundación que orientaba el doctor Botero Zea "tenía un protocolo muy claro para la afectación de dineros a la Campaña Samper Presidente", que no podía, bajo su capricho, "disponer o afectar el patrimonio de la persona jurídica", y que la recepción de estos recursos se hizo "a título traslativo de dominio (donaciones)"²².

Sin duda, el gerente de una compañía o de una fundación tiene un rol de seguro aparece definido en regulaciones internas de la empresa, o especificadas en el contrato de trabajo o de prestación de servicios a través del cual se vincule, pero aun gozando de algún margen de maniobra, en el caso *Botero Zea*, la conclusión jurisprudencial es que no había tenencia fiduciaria y que por tanto era hurto y no abuso lo que aquel había cometido.

La decisión final del caso *Botero Zea* fue adiada el 24 de enero de 2007. Un poco más de un mes después, el 7 de marzo de 2007, la Corte volvió a toparse con la disyuntiva entre hurto y abuso. Lo hizo en el caso de Uriel Humberto Quiroga, un Jefe de Créditos y

²² *Ibid.*

Tesorería de una compañía capitalina, quien, prevalido de su posición en la empresa, giró varios cheques que fueron a parar al patrimonio de un compinche. Resonó, en aquel entonces, la jurisprudencia del caso *Botero Zea*, y la Corte señaló que el tesorero Quiroga recibió los dineros, no "a través de un título precario, sino por la relación laboral que tenía con la empresa", de modo que coligió que la adecuación típica de hurto agravado por la confianza era la correcta²³.

En septiembre de ese mismo año, la Corte Suprema volvió a abordar esta materia frente a una apropiación indebida hecha merced de un contrato comercial²⁴ ("caso *Distrijeans*"). Aconteció que la compañía *Distrijeans Ltda.* celebró con el comerciante Diego Antonio Agudelo un "acuerdo de intermediación", según el cual este se comprometía a distribuir y vender mercancías de aquella, a cambio de una comisión. La compañía, además, le entregaba al distribuidor un presupuesto mensual para que pudiera funcionar, lo que muestra que Agudelo no tenía total independencia financiera frente a aquella. Pasado un tiempo de labores y contra la letra del contrato, el señor Agudelo se apropió de varios millones provenientes de las ventas sin dar aviso a la sociedad contratante. Fue, entonces, procesado y condenado, en ambas

²³ CSJ Mar. 7/07. MP Socha Salamanca, e24793.

²⁴ CSJ Sep. 6/07. MP Ibáñez Guzmán, e27319.

instancias, como autor del delito de hurto agravado por la confianza.

La Corte, sin embargo, consideró que el contrato de intermediación firmado entre víctima y victimario era, en verdad, un mandato comercial, y, como tal, tenía la condición de título no traslativo de dominio, de modo que la correcta tipificación de la conducta era abuso de confianza. Entonces, en forma oficiosa, el alto tribunal, casó la sentencia y en su lugar condenó al acusado por el delito de abuso de confianza.

A pesar de la diferencia entre el tipo penal atribuido en la acusación (hurto agravado) y aquel por el que el procesado fue finalmente condenado en casación, la Corte estimó que tal mutación no vulneraba los derechos de este en cuanto el núcleo central de la acusación ("apropiación de dineros ajenos") permanecía inalterado, fuera de que, en vigencia de la Ley 600 de 2000, bajo cuya égida se adelantó ese trámite penal, el juez no estaba "atado a moverse dentro del respectivo capítulo (como sucedía en estatutos anteriores)", fuera de que el cambio en la tipificación beneficiaba al sujeto pasivo de la acción penal²⁵.

El caso *Distrijeans*, relevante porque destacó la posibilidad de que los juzgadores de instancia corrigieran, en forma oficiosa, una errada adecuación típica hecha por el ente acusador,

²⁵ *Ibid.*

puede dejar la idea de que, en materia de venta de mercancías, el vendedor que sin autorización se apodera de ellas o del producto de su enajenación puede estar incurrido en un abuso de confianza. Sin embargo, no siempre es así: es necesario determinar bajo qué condición ejecuta tal labor comercial.

Por ejemplo, en una casación resuelta por la Corte Suprema en febrero de 2011, un vendedor, vinculado a través de contrato laboral con una compañía productora de pasabocas (Productos Yupi S.A.), tras apropiarse de dinero proveniente de las ventas, fue procesado y condenado por hurto agravado por la confianza. La Corte encontró ajustada a derecho esta tipificación y rechazó la de abuso de confianza reclamada por el casacionista, pues -explicó la corporación- el trabajador enjuiciado no tenía título alguno sobre los dineros que, producto de las ventas, recibió primero, y ocultó después²⁶.

Ahora bien, la sentencia a la que el Juzgado 41 Penal del Circuito Adjunto se aferra, vale decir la adiada el 17 de septiembre de 2008²⁷ (caso *Proceso Digital*), en efecto involucró al socio y gerente de una compañía comercial (Proceso Digital Ltda.), individuo que, tras ser ordenada la disolución y liquidación de esta, dispuso de algunos bienes sociales. Uno de los socios, inconforme con el manejo de la liquidación, lo denunció; el gerente resultó

²⁶ CSJ Feb. 24/11 MP Zapata Ortiz e33097.

²⁷ CSJ Sep. 17/08 MP Socha Salamanca e25423.

procesado por hurto agravado por la confianza, pero fue absuelto por falta de demostración de la hipótesis fáctica delictiva. Aunque fue este el punto central del debate, la Corte aprovechó para decir que como gerente y representante legal de una sociedad, el acusado, de haber incurrido en un comportamiento doloso orientado a apoderarse de bienes sociales, hubiera cometido abuso de confianza y no hurto. El alto tribunal subrayó que la condición de gerente le confería al procesado, la administración jurídica y material de los bienes de la empresa, incluidas labores de custodia y conservación.

En otras palabras, si pretendemos encontrar afinidad y no contradicción entre este último asunto y el caso *Botero Zea*, no podría afirmarse, prima facie, que el sólo título de "gerente" implique que quien en tal condición se apodera de bienes sociales incurre en abuso de confianza²⁸, pues la autonomía en la administración de los bienes ajenos recibidos bajo título no traslativo es aspecto que la jurisprudencia resalta.

Ello es así en vista de un asunto decidido por nuestro máximo tribunal en abril de 2010²⁹, que un sector de la doctrina ha encontrado

²⁸ También descarta la Corte Suprema, en consonancia con la sentencia C-553 de 2001 de su par Constitucional, que tampoco se configuraría un hurto entre condueños porque la sociedad es persona jurídica distinta de sus asociados.

²⁹ CSJ Abr. 7/10 MP Gómez Quintero, e33173.

contradictorio con el caso *Proceso Digital*³⁰. El pronunciamiento es de abril de 2010 y tenía que ver con un gerente, esta vez de un banco (Bancafé), que, sin permiso, se apropió de unos dineros relacionados con el otorgamiento de créditos a clientes de la entidad financiera. Aun cuando el despojo lo hizo el procesado gracias a su condición de gerente, la Corte no vio tipificado un abuso de confianza sino un hurto para lo cual razonó así:

...a aquél (el gerente de la sucursal de Bancafé) tanto el banco como los clientes no le entregaron o le confiaron el dinero, esto es, carecía de la tenencia legítima propia del abuso y sus funciones relacionadas con la administración y el manejo de la sucursal, simplemente le permitían un contacto material con el mismo.

Es decir, que los actos ejecutados para su apoderamiento, posibles por la relación de confianza entre patrono y empleado surgida con ocasión del contrato laboral, descartan que el procesado tuviera la tenencia fiduciaria que permitiera dar por estructurada la conducta que reclama el recurrente. Ni hubo entrega ni tampoco le fueron confiados a título precario los dineros apropiados.

(...)

³⁰ Ver Abello Gual, Jorge Arturo. "El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia". En revista Prolegómenos. Derechos y Valores. Vol. XIII, Num. 5, Bogotá, 2010, p. 191.

Del anterior recuento, es posible inferir una sólida conclusión: el sujeto agente que se apodera de bienes de un empresa, prevalido de su categoría de gerente, no por esta mera condición comete, indefectiblemente, abuso de confianza. Es necesario examinar, de un lado la acreditación del llamado "título no traslativo de dominio", y de otra parte, lo que la misma Corte Suprema llamó, en el caso *Botero Zea*, "estructuras ontológicas" tanto del abuso de confianza como del hurto agravado por la confianza. Así, en palabras de la corte

...se puede explicar, mediante una primera aproximación, la razón por la que, pese a su similitud y a proteger un mismo bien jurídico, los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza terminan distinguiéndose como expresiones de sentido que responden a diversas estructuras ontológicas y a una concreta modalidad de afección, las cuales el legislador extrae de la realidad y las sanciona de manera diversa, como corresponde a sus perfiles óntico y valorativo.

Por eso, nótese que la apropiación, como núcleo rector del tipo penal del abuso de confianza, contiene un juicio de valor que hace énfasis en la relación que surge entre la víctima y los bienes (la mera tradición), mientras que en el hurto, el apoderamiento, si bien también corresponde a una expresión jurídica, mira más a la ontología de la conducta, a una relación fáctica.

Si se quiere, en el abuso de confianza la apropiación tiene explicación en un marcado acento jurídico, pues ella surge como consecuencia de la entrega en confianza de un

bien que se recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento en el hurto dice relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable.

Lo anterior nos lleva a tener que analizar, en cada caso concreto, en tratándose de gerentes de empresas, el poder de disposición de recursos bajo su manejo. Si la administración de estos está tan circunscrita que la maniobrabilidad del gerente es mínima, a tal punto que no puede incidir en el destino de peculio social, como en el caso *Botero Zea*, entonces habrá que colegir que el contacto con el circulante del que el gerente se apodera fue puramente físico, de modo que el despojo así efectuado constituye un hurto agravado por la confianza. Pero si se verifica una verdadera tenencia fiduciaria en la que el actor ha tenido, por virtud de ese título, una recepción jurídica, no meramente material de los bienes empresariales, entonces cuando ingresa, sin autorización, los mismos a su propio patrimonio, comete en verdad un abuso de confianza.

(...)

Como se puede observar, no estamos, como en el caso *Botero Zea*, ante un gerente que tenga un rol en extremo circunscrito, limitado en el manejo de los recursos a su alcance, a tal punto que su única misión fuera el traspaso de ellos de una cuenta a otra; tampoco nos hallamos frente a un gerente de sucursal bancaria cuyo contacto con el circulante que es ingresado o retirado por los cuentahabientes sea puramente material. No. Estamos frente

a un gerente con facultades amplias, ilimitadas, derivadas de un título no traslativo de dominio que lo es el mandato recibido de la compañía matriz Dertel, la cual, desde España, le confió el manejo de una filial en Colombia por varios años.

Era **Alegre Zuluaga** quien contrataba a nombre de Tedelca, aquel que con su firma comprometía los recursos de esta compañía, la persona que transaba negocios, suscribía contratos, giraba cheques, obligaba a la persona jurídica que representaba. Sus "jefes" en España acudían a Bogotá un par de veces al año. Así, si bien, tanto en el abuso como en el hurto con la agravante comentada, el victimario traiciona la confianza de la víctima, en el primer tipo penal (hurto) el contacto de aquel con el peculio de esta es apenas físico, más cuando esa conexión se deriva de la formalidad propia de una tenencia fiduciaria, es el segundo modelo comportamental el que se tipifica.

En este asunto, el vínculo de **Alegre Zuluaga** con los dineros de la compañía que gerenciaba no era meramente material. No. Era un claro vínculo jurídico que le otorgaba sobre tales capitales, no la propiedad, pero sí una tenencia fiduciaria. Cuando él desplaza del haber social de la compañía a su propio patrimonio personal o el de su cónyuge algunas sumas, no comete, y no podía cometer, un hurto, sino un abuso de confianza.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.7. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO Rad. 1100-160-00-055-2010-00474-01 (06-03-2014) DUDA RAZONABLE - Estándares probatorios - En delitos sexuales contra menores / TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL - Valoración.

En el anterior sistema mixto, el legislador patrio mantuvo la quimera de exigir "plena prueba" de la ocurrencia del hecho y responsabilidad del acusado para poder condenar. El imperativo de la "plena prueba" es hijo de los sistemas inquisitivos, edificados sobre una concepción monolítica (en nada participativa) de la función judicial. Y aunque a primera vista resultaba ideal, tal precepto hizo que, en tiempos medievales, los "jueces" de entonces se valieran de la tortura, incluida aquella practicada *cum moderamine* ("con moderación")³¹ con tal de encontrar esa verdad total que no perdiera de vista arista fáctica alguna.

Los sistemas acusatorios, por el contrario, parten de comprender la aplicación de estándares probatorios. En efecto, la noción de estándares probatorios es el resultado de entender que no todas las decisiones judiciales requieren el mismo peso

³¹ Ginzburg, Carlo. El queso y los gusanos. Ediciones Península. Traducción de Francisco Martín. 3ª edición. Barcelona, 2012, p. 206.

probatorio³², pues este depende tanto de la naturaleza del hecho que se juzgue, del tipo de proceso y del estadio en el cual deba adoptarse la respectiva providencia.

(...)
El estándar de *convencimiento más allá de duda razonable*, que nació en el derecho anglosajón, tuvo entre sus raíces históricas el hecho de que si se exigiera en los juicios que los jurados abarcaran, absolutamente, todas las posibilidades de evidencia, de seguro cualquier suspicacia, por irracional que fuera, implicaría la aplicación del principio *in dubiis pars tutior est eligenda*³³.

Por el contrario, si analizado el acervo probatorio, quien decide sobre los hechos, tras sopesarlos, encuentra que tiene al menos una duda de que el acusado hubiera cometido el acto u omisión imputados, la decisión absolutoria se impone³⁴. Pero si las dudas, no son razonables, a la luz del derecho positivo vigente, el convencimiento del juez debe conducir a la condena.

Lo anterior muestra que el hallazgo judicial de la verdad absoluta no es un cometido de la justicia terrenal. La reconstrucción de los hechos, aún hecha por fiscales, defensores y

³² Al respecto, véase Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis. Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Editorial. Legis, 1ª edición en español, Bogotá, 2006, pp. 121 y ss.

³³ Whitman, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt*. Yale University Press. New Haven & London, 2008, pp. 189 y 198.

³⁴ In Re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

jueces, es obra de seres humanos, de modo que siempre, en todo caso, quedarán circunstancias sin clarificar. Así, y a simple modo de ejemplo, un homicida podrá ser condenado, aunque el móvil que haya inspirado su reprochable conducta, no quede verificado en el juicio³⁵.

Por consiguiente, el sistema acusatorio parte de reconocer el carácter humano (no divino) del juez, y la posibilidad de que, como ser de carne y hueso, quede con dudas o vacíos, o que la investigación hecha por la fiscalía, o su refutación por la defensa, no le persuadan del todo. Pero si está convencido de que se han acreditado los elementos estructurantes de la responsabilidad penal por un delito específico, y las eventuales dudas que persisten no son razonables, o caen dentro del ámbito de lo absurdo, su convencimiento, aún sin ser perfecto, debe llevarlo a condenar. De lo contrario, no habría proceso penal que concluyera en condena alguna, porque en todos los casos penales brotan dudas que

³⁵ “Esto por cuanto en la dogmática actual la demostración del dolo es independiente de la prueba del motivo que determina al sujeto a consumir el hecho típico, de manera que aun siendo importante establecer las razones que motivaron la voluntad del agente puede ocurrir que... por tratarse el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano no logre acreditación en el proceso, bastando tan solo acreditar que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de la conducta y que se orientó con libertad a su ejecución.”. CSJ Sent. 4-IV-02, rad. 11.829 F. Arboleda Ripoll, reiteradas en CSJ 12-XI-03, rad. 18.363, AO Pérez Pinzón y CSJ Sent. 30-VI-10, rad. 33.658, JE Socha Salamanca.

brinda la siempre maleable imaginación humana³⁶.

Ante tal panorama, ciertamente el juez debe explicar su concepto de duda razonable, para que este pueda ser controvertido a través de los respectivos recursos, sobre todo porque, siendo un ámbito de cierta subjetividad, no puede surgir de la nada dado que, como lo decía un insigne tratadista de derecho probatorio, hasta ahora nadie se ha inventado o descubierto la manera de medir la intensidad de la creencia que un ser humano pueda tener sobre un hecho³⁷.

Al respecto, una propuesta digna de ser acogida es aquella que al considerar las dudas razonables, estima que su contrario, esto es, lo irrazonable, es aquello “que es inadmisibles en una comunidad en un momento dado”³⁸.

(...)

En efecto, los desarrollos más recientes de la sicología infantil han podido demostrar “que los niños, ya a los 3 años, saben distinguir entre la mentira y la equivocación”³⁹. Sobre esa capacidad, la doctrina especializada, tras

³⁶ Al respecto, véase *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. 295, 320 (1850), citado en *Victor v. Nebraska* - 511 U.S. 1 (1994).

³⁷ J. Wigmore, *Evidence* 325 (3d ed. 1940). Citado por *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

³⁸ Perelman, Chaim. *Le raisonnement et le déraisonnable droit*. París, 1984, p. 15.

³⁹ Garrido Martín, Eugenio y Herrero, Carmen. Universidad de Salamanca. “El testimonio infantil”. En Garrido, Eugenio; Masip Jaume y Herrero, Ma. Carmen. *Psicología Jurídica*. Pearson Prentice Hall, Madrid, 2006, Pp. 437-438.

analizar experimentos con niños de tres años, y en relación con los resultados de estos exámenes ha dicho:

¿Mienten de verdad? Si hubiera que responder, como en un juicio, sí o no, la respuesta es sí (...) Los niños mienten y lo hacen con tanta tranquilidad que es imposible distinguir su comportamiento verbal del de aquellos que dicen la verdad⁴⁰.

...

Junto a la idea de que el niño es desmemoriado, poco atento, olvidadizo e influenciado, está la de que los niños no saben mentir o que se les descubre enseguida. En el estudio de Lewis *et al.* (1989) se vio que los que mienten no muestran signo alguno de arousal⁴¹. Sin embargo hay otros estudios (Leippe *et al.*, 1992) en los que parece que quienes escuchan un testimonio distinguen entre los exactos e inexactos, pero no aportan signo alguno que sea el fundamento de esos aciertos, más bien se da credibilidad al que afirma con certeza y consistencia⁴².

(...)

Es errada, por tanto, la concepción de la juzgadora de instancia según la cual los

⁴⁰ *Ibid.*, p. 439.

⁴¹ Arousal es una palabra inglesa que significa “alerta o incremento de atención”. Ver http://cvb.ehu.es/open_course_ware/castellano/social_juri/psicol_deporte/contenidos/la-activacion-en-el-deporte.pdf

⁴² Garrido y otra, *Op. Cit.*, p. 443.

falladores penales deben considerar siempre confiables las denuncias de los niños o niñas. Obvio, y en esto espera la Sala no ser malinterpretada, no se está diciendo lo contrario: que siempre falten a la verdad. No. Lo que se quiere destacar aquí es que, como ser humano, un niño puede decir la verdad o puede ser mendaz, y el fallador debe ser de mente abierta a la hora de evaluar la credibilidad que la sindicación del menor entraña (y esto incluye la necesidad de que a la defensa, bajo visiones que no sean formalistas, no se le corten las alas en su estrategia de contrainterrogatorio).

(...)

En conclusión, son múltiples las dudas que existen en este caso. Las reseñadas no son hipótesis descabelladas: son dudas serias. No tiene esta Sala el convencimiento exigido por la ley procesal colombiana, uno más allá de toda duda razonable, para enviar a prisión a un ciudadano por más de 12 años. La teoría del caso de la fiscalía, con el respeto que nos merece su esfuerzo investigativo, no tiene la solidez que vio en ella la juez de primera instancia.

Es errado y contrario a la presunción de inocencia considerar criminal y nada menos que de abuso sexual contra un menor a un profesor, cuando la víctima bien pudo sufrir la lesión que le achaca, no por el acto del docente, sino por la falta de control de esfínteres urinarios, cuando el lugar donde la acción supuestamente tuvo lugar estaba a la

vista de todos, cuando la primera profesional de la medicina que examinó al infante expresó sus sospechas, cuando lo propio hizo la primera sicóloga que atendió el llamado de la preocupada madre, cuando al niño, para bien o para mal, se le ha instruido por parte de su abuela sobre lo que tiene que decir en el juicio.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.8. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO Rad. ACCIÓN DE TUTELA 110012204000 20140117000 (03-06-2014) REVOCATORIA DEL MANDATO- Finalidad - El destinatario de este mecanismo de participación ciudadana es el mandatario local, no su partido - Debido proceso - No es medio para anticipar elecciones.

Como hemos precisado, la revocatoria del mandato está encaminada a fiscalizar la gestión de un gobernante específico, en el que los ciudadanos, persuadidos de las bondades de su propuesta, pusieron sus esperanzas. Es ella una herramienta cuyo uso busca enervar el ejercicio del poder por parte del líder cuya administración se critica, y no que se extienda, necesariamente, a su movimiento político.

En palabras castizas, es el mandatario local, y no su partido, el destinatario de la revocatoria, y quien eventualmente está llamado a abandonar el cargo. Por ello, el

control político que se ejerce mediante este mecanismo, cuyo propósito y alcance es bien delimitado, y atañe solamente al mandatario que se cuestiona, no tiene la virtualidad de inhibir, con efectos hacia el futuro, la permanencia o acceso al poder de la colectividad que lo apoyó, ni forzar, necesariamente, una nueva elección como consecuencia del proceso de consulta.

De allí que el derecho a revocar al gobernante no implique, *per se*, el derecho a revocar, también, para efectos del ejercicio del poder, a su movimiento, ni el derecho automático a elegir, en las urnas, un nuevo rumbo, pues ello depende de cada caso concreto.

(...)

Es, en otras palabras, con el proceso electoral, y su culminación exitosa en la dejación del cargo, o por qué no decirlo, con su fracaso en las urnas, que este acto de control político agota sus particulares propósitos. Y no podría ser de otra manera, pues la revocatoria del mandato, la convocatoria a nuevas elecciones, y la provisión temporal del cargo vacante, constituyen tres procesos separados e independientes, sin que entre ellos tenga que existir, necesariamente, una relación lógico-temporal.

(...)

Visto lo anterior, es dable colegir que en nuestro sistema jurídico, la revocatoria del mandato es un instrumento de control político por antonomasia. Con todo y el carácter de derecho fundamental que le hemos reconocido, como la gran mayoría de

derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto, pues ciertamente encuentra límites: su ejercicio está condicionado, no solo por la ley, sino por la prevalencia del interés general, y la realización de los fines y funciones del Estado⁴³.

Sumado a ello, la realización de eventos democráticos como el que hoy analizamos debe estar legitimada, como quedó atrás indicado, en el cumplimiento de las normas, trámites y gestiones que, en estos casos, integran el debido proceso administrativo, a cargo, de manera exclusiva, de la Registraduría Nacional del Estado Civil. En palabras de la Corte, *“la democracia está sujeta a ritualidades y procedimientos que definen la legitimidad de las decisiones y las cualifican como decisiones vinculantes para la sociedad. Este último aspecto resulta decisivo, pues únicamente el respeto por el debido proceso, esto es, por los procedimientos y previsiones normativas sobre el ejercicio democrático, permite distinguir entre una decisión adoptada por un grupo de personas sin efectos vinculantes y aquella que ha de ser acatada por el Estado y la sociedad”*⁴⁴.

(...)

Con el respeto que nos merece la intención del accionante, mal podría el juez de amparo intervenir indebidamente en el trámite de esa actuación administrativa que sigue su curso, para imponerle a la autoridad constitucionalmente

instituida la forma en que debe adelantarla. El proceso de revocatoria del mandato, como todo acontecimiento electoral, es de exclusiva competencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil, creada y especialmente diseñada para esos propósitos.

Correlativamente, es deber de los ciudadanos que promueven esta clase de iniciativas, someterse a las reglas procedimentales internas que, en el marco de sus facultades constitucionales, esta autoridad fija para el adelantamiento de los certámenes democráticos, los cuales deben regirse, como ya tuvimos la oportunidad de precisar, por el debido proceso administrativo.

3.4.2. Ahora bien, contrariamente a lo indicado por el actor, el Tribunal no observa que la autoridad demandada se haya negado a convocar la consulta popular. Lo que puso de presente, más bien, fue la necesidad de actuar con prudencia frente a una coyuntura jurídico-política que en modo alguno le resulta imputable, pues siempre estuvo dispuesta, desde la recepción de las firmas ciudadanas, a llevar a cabo la votación. Distinto es que la maraña de trámites que siguieron a la actuación disciplinaria adelantada contra el doctor Petro Urrego, se lo haya impedido.

Y aquí debe decirse que la actuación desplegada por la Registraduría, en la búsqueda de canalizar, en forma adecuada, el derecho de participación ciudadana, no ha sido caprichosa desde punto de vista alguno,

al menos por dos razones fundamentales: la primera de ellas consiste en que, desde que el señor alcalde recuperó su cargo, el pasado 23 de abril, transcurrieron, hasta la interposición de esta acción constitucional, tan solo un poco más de veinte días⁴⁵.

De allí que, en nuestra opinión, no resulte acertado hablar de una dilación deliberada e injustificada por parte de dicho organismo en vista de los descomunales esfuerzos financieros y logísticos que ameritan la organización de un evento como el descrito, sin mencionar aquellos que deben realizarse para llevar a cabo un proceso de tan honda trascendencia para el país, y que exige, como lo puso de presente el doctor Petro, toda la atención y concentración de la Registraduría, como lo es la segunda vuelta para las elecciones presidenciales.

3.4.3. La segunda razón es que el argumento de la entidad, además de ser razonable, está respaldado por una preocupación constitucionalmente legítima: el grave peligro que encarna, para el presupuesto nacional, y los más básicos principios de la función administrativa, convocar de manera apresurada e irresponsable una consulta popular, con el multimillonario desgaste institucional que ello implicaría, para revocar el mandato de un funcionario cuya situación jurídico-disciplinaria aún no ha sido resuelta. En este caso –al

⁴³ CConst, T-1037/2010, J.I. Palacio y C-325/2009, G.E. Mendoza.

⁴⁴ CConst, SU-1122/2001, E. Montealegre.

⁴⁵ La demanda fue presentada el 14 de mayo de 2014. F.10 C.O.

menos temporalmente- debe darse prevalencia al interés general, y a los fines y funciones del Estado.

3.4.4. Podría argüirse, válidamente, que para cuando la situación del mandatario distrital haya sido definida por completo, probablemente este haya terminado ya -o esté *ad portas* de hacerlo- su periodo de gobierno, de modo que ya no habrá a quien revocar el mandato, y el derecho al control político de los ciudadanos se tornarán nugatorios. En efecto, en medio de la acción de tutela cuya impugnación está en trámite, y de todas las que eventualmente deberá revisar la Corte Constitucional, aunado al incierto proceso de acción de nulidad promovido ante la jurisdicción contencioso administrativa -que podría tardar meses en resolverse-, ese es, cómo no, un escenario probable.

Empero, la Registraduría en ningún momento ha señalado que postergará la realización del certamen en forma indefinida. De su respuesta se infiere con claridad que la decisión que estima más razonable, y que pondera adecuadamente el derecho de los ciudadanos a participar en la consulta, con la necesidad de proteger los recursos de la Nación, y evitar el caos institucional, consiste en esperar, por lo menos, hasta cuando la suspensión judicial del acto administrativo por medio del cual se destituyó al burgomaestre, quede en firme, y ello depende, en últimas, de la decisión del Consejo de Estado frente al recurso de súplica interpuesto por el señor

Procurador General de la Nación. Solo así podría tenerse algo de seguridad jurídica para la convocatoria de la consulta popular.

3.4.5. El Tribunal estima que el juez de tutela, limitado, entre otras, por restricciones propias de los cortos tiempos procesales, la índole sumaria del trámite de amparo y la condición subsidiaria de este, no puede hacer las veces de superhéroe para, en este caso concreto, imponer una visión jurídica que conduzca a ordenar nada menos que una jornada electoral en la capital del país, con indolencia absoluta frente a las limitaciones humanas, fácticas, presupuestales y jurídicas de la Registraduría. El juez de tutela no puede obligar a la autoridad electoral nacional a improvisar en un asunto tan delicado porque ello sería tanto como si el juez olvidara su condición de mortal, y fuera ciego ante las limitaciones también humanas del prójimo que recibe sus órdenes. Como lo decía el principio latino, *ad impossibilia nemo tenetur*: nadie puede ser obligado a lo imposible.

Y es que si bien el control político es, por supuesto, un derecho fundamental, ello no activa, *ipso iure*, la procedencia de la acción de tutela, habida cuenta de que, sumado a la inexistencia de otro mecanismo a través del cual el demandante pueda canalizar sus pretensiones, es imprescindible que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, que además de ser personal⁴⁶, debe

caracterizarse por ser inminente, grave, y que demande medidas urgentes e impostergables⁴⁷. Si bien la sala entiende el legítimo derecho que el doctor **Gómez Martínez** y sus seguidores en esta causa tienen para que el pueblo capitalino decida si el actual burgomaestre debe o no permanecer en el cargo que los mismos ciudadanos le otorgaron, también nota como insuficiente, para acreditar ese perjuicio, la sola circunstancia de que la eventual revocatoria se lleve a cabo después del 30 de junio de 2014, con lo cual supuestamente se "*desestimularía*" a los ciudadanos, dado que implicaría la permanencia temporal del partido del alcalde en el poder, y la imposibilidad de convocar, de inmediato, a unas nuevas elecciones. Después de todo, luego de ese breve periodo de interinidad, que no tendría por qué frenar las aspiraciones de cambio que impulsaron al movimiento, la ciudadanía podría acudir de nuevo a las urnas.

3.4.6. El punto, para resumir, es que estas son situaciones que desbordan, ambas, el marco de acción y los específicos propósitos del derecho a la revocatoria del mandato. Además, para usar las palabras de la Corte, "*la revocatoria del mandato no es ni puede llegar a ser, simplemente, el medio para anticipar las elecciones, propuesto por los opositores del mandatario*"⁴⁸.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

⁴⁶ CConst, T- 209/2006, J. Córdoba.

⁴⁷ Sobre el punto, entre muchas otras: CConst, T-383/2009, M.V. Calle.

⁴⁸ CConst, C-179/2002, M.G. Monroy.

1.9. M.P. PAREJA REINEMER FERNÁNDO ADOLFO Rad. 11001 6000 000 2007 00736 02 (07-04-2014) PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN - No es absoluto - Excepciones - Su violación solo comporta nulidad de manera excepcional.

La Sala no decretará la nulidad teniendo en cuenta que el cambio de juez entre el sentido de fallo y la sentencia no fue significativa, en cuanto a que quien emitió el sentido de fallo sí presenció las pruebas en la audiencia de juicio, con lo cual se observó en el caso los principios de inmediación y concentración.

La validez de la sentencia depende de que sea congruente con el sentido del fallo y si la misma es proferida por otro juez o por el mismo que presenció las pruebas y anunció el sentido del fallo, es intrascendente, en cuanto cumpla tal condición.

El propósito de este principio es cambiar en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004, uno de los paradigmas del anterior procedimiento mixto de Ley 600 de 2000, que se fundaba en el principio de permanencia de la prueba, consistente en que el testimonio podía ser valorado mediante el estudio del acta en que se hacía constar, la escucha del audio o la visión del video en que se recogía, aunque se hubiera surtido sin publicidad ni contradicción, por un juez que no había dirigido su práctica.

El principio de inmediación se proponía, no la valoración del testimonio a través del examen del medio físico o electromagnético en el cual se conservaba sino del examen del testimonio mismo en tiempo real por quien lo está presenciado, lo que permite la apreciación de detalles y aspectos relevantes para medir, tanto su credibilidad como su mérito demostrativo, por ejemplo, los lenguajes faciales y corporal o los cambios fisiológicos en el testigo que son indicadores de mentira o verdad y que solo son apreciables durante su práctica.

Tanto las actas escritas del testimonio como las grabaciones en video o audio sólo permiten conocer el lenguaje verbal del testigo, que es susceptible de ser controlado por él mediante su voluntad, con lo cual el aporte de espontaneidad es insignificante, a pesar del peso concreto que podría tener este criterio en la medición de su credibilidad y mérito demostrativo.

Pero la inmediación, como exigencia de que el juez que profiere el fallo sea el mismo que presidió la práctica de la prueba, no es absoluta. El punto de partida es que no todos los testimonios son iguales en cuanto a su función probatoria en el proceso.

Tanto en la prueba anticipada, que se practica antes de la audiencia de juicio por un juez de garantías, y los fallos de segunda instancia y casación, el testimonio es valorado por quien no lo presenció, con base en su registro en audio o video, fines para los cuales

explícitamente el CPP ordena que se hagan constar en ese medio y así se conserven.

Estas excepciones tienen una causa que justifica sacrificar la inmediación por un valor constitucional mayor: la prueba anticipada se realiza cuando es muy probable que el testigo no pueda concurrir a la audiencia de juicio; en la segunda instancia es para hacer efectivo el derecho a la doble instancia de las partes (artículo 146-4 del CPP); y en la casación, porque a través suyo se realiza la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la unificación de la jurisprudencia.

También es relevante entender la excepción a la regla de la inmediación, cuando el conocimiento del evento declarado no haya sido directo por el testigo de oídas, quien narra en el juicio lo que otro testigo (de referencia) declaró fuera del juicio, pues en este caso da igual que lo valore el juez que lo presenció o el juez que lo reemplazó a través de su registro en audio o video.

Así mismo ocurre cuando el testigo que declara en el juicio se limita a introducir evidencias físicas o documentos que por su naturaleza generan un conocimiento que permanece o cuyo decaimiento sucede mucho más lentamente.

Por ese motivo la inmediación justifica el rigor de que el testimonio directo sea valorado en tiempo real por el juez que dirigió su práctica, con contradicción de las partes e intervinientes, cuando el hecho jurídicamente

relevante que se pretende demostrar entra al juicio sólo a través del testimonio mismo, de modo que el juez de conocimiento, para darlo por demostrado, requiere presenciar al testigo durante su declaración para percibir todos sus lenguajes (verbal, facial, corporal, fisiológico, simbólico, etc.) y que el mismo se surta con sujeción a la técnica legal.

No obstante, aun en el caso del testigo directo, cuando sobreviene un derecho mejor que el previsto en la inmediación, ésta debe ceder a favor de aquél, como cuando se trata del testimonio de la víctima del delito, si volver a declarar la expone indebidamente a una revictimización, o si de ese modo se crea un peligro injustificado para el testigo, caso en el cual la jurisprudencia acepta que el fallo puede ser dado por un juez distinto de quien presenció la práctica de la prueba, examinándolo en el audio o video en el cual fue registrado.

En los demás casos, aunque la inmediación sigue siendo preferible, cuando sobrevenga una fuerza mayor que impida que el testimonio se aprecie para el fallo por el mismo juez que dirigió su práctica, si ello se logra acudiendo a su registro en el video o el audio, no es razonable que se repita su práctica si hacerlo compromete otros valores del proceso, como su celeridad, economía y eficacia, a cambio de la intangibilidad abstracta de este principio frente al cual no hay evidencia concreta de que se vea afectado si no se repite la prueba, si hacerlo no le dará al juez la ventaja comparativa que se busca a través de la inmediación.

El principio de inmediación no tiene que observarse siempre en el proceso penal acusatorio, de modo que su violación solo comporta nulidad de manera excepcional cuando se demuestre que su incumplimiento afectó gravemente otras garantías de igual o mayor significancia, imponiendo la repetición de la práctica de la prueba, si hacerlo no crea un disturbio mayor que aquel que se pretende resolver.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.10. M.P. PAREJA REINEMER FERNÁNDO ADOLFO Rad. 110016000000200700736 02 (07-04-2014) DUDA RAZONABLE – Noción

Una duda consiste en que el conocimiento de un hecho no es unívoco, es decir, que solo puede ser de una manera, sino que permite que sea de dos o más maneras y no hay mejores razones para preferir una que las otras.

La duda es razonable cuando hay una buena razón (fundada y estable) para dudar, si además ésta versa sobre un aspecto jurídicamente relevante del caso y no hay otra forma válida de resolverla. En este estado la ley le adscribe la consecuencia de absolver al procesado.

La versión de los dos policías es coincidente en temas, como en el informante, que el procesado llevaba en una bolsa negra lo que después se supo que era una granada de fragmentación y que la arrojó al suelo antes de ser capturado en la calle.

Pero es contradictorio en otros aspectos que deberían ser coincidentes si hubieran ocurrido realmente, como quién manejaba la moto en que ellos mismos se movilizaban la tarde de los hechos o los datos tanto del informante como de su informe.

Una contradicción resta de un modo significativo credibilidad a un testigo cuando no versa sobre los aspectos centrales del relato y si además no se pueden explicar lógicamente por otra causa distinta de aquella que se la resta: la mentira o el error.

El procesado tiene entradas al SPA y el estudio sicosocial reporta en él ausencia de remordimiento, adicción antigua a psicoactivos, alta permanencia en la calle, participación en delitos, desescolarización, desarraigo y un estilo de vida que vulnera derechos tanto para sí como para otros, con evasiones recurrentes a sus internamientos para rehabilitación.

Pero esta circunstancia, aún sumada al testimonio de los policías, solo hace probable que el procesado haya cometido la conducta por la que se le juzga, es decir, no crea un conocimiento más allá de toda duda razonable de su ocurrencia que no se pueda resolver de otro modo.

Además, la declaración de los esposos JUÁN CHACÓN y MARÍA PEÑA muestra que los hechos pudieron haber ocurrido de un modo distinto de aquel que relataron los policías, en cuanto a la hora, el sitio y sus circunstancias, en especial que el procesado no llevaba una bolsa negra en las manos antes de su captura.

Pero el dicho de ellos también contiene demasiados espacios grises e indefinidos sobre la ocurrencia de los hechos, de modo que no es factible declarar más allá de toda duda razonable la ocurrencia de los hechos del modo como ellos lo narraron.

El concepto de duda razonable descrita en precedencia se cumple en este caso, pues de los dos grupos probatorios que indican que la captura del procesado ocurrió de dos modos diferentes: entre lo cuales uno implica el delito y el otro no, ninguno da mejores razones para preferirlo.

En ambos casos la captura es legal porque de todas formas el procesado estaba en fuga de una medida de internamiento preventivo. Pero la versión de que portaba una granada de fragmentación, además, lo colocaba en flagrancia de porte ilegal de explosivo de uso privativo.

Como se puede observar, los policías dan una versión de la cual algunos aspectos son creíbles y otros no. Los esposos vecinos dan otra versión en la que algunos aspectos son creíbles y otros no. Siendo opuestas las versiones, es claro que al menos uno de ellos no es exacto en su relato.

Pero el proceso no da elementos para determinar cuál de los dos merece mejor crédito, creando una duda razonable que no es factible resolver porque las etapas probatorias del proceso ya están agotadas.

Por eso se impone resolver el caso adscribiéndole la consecuencia legal de revocar la condena y absolver al procesado de la acusación que se le formuló como autor de porte de explosivo de uso privativo, como lo prevé el artículo 7 del CPP.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.11. M.P. PAREJA REINEMER FERNÁNDO ADOLFO Rad. 110016000709 2010 0488 01 (08-04-2014) VÍCTIMA – Debe estar representada por abogado, a quien se le haya otorgado legalmente poder – Solo se podrá actuar en su nombre sin poder cuando esté ausente o impedida para hacerlo.

Como se resolvió en la sentencia C-516 de 2007, el artículo 229 de la Constitución Política le entregó al legislador la facultad de regular cuando, excepcionalmente, las personas naturales o jurídicas pueden ejercer directamente su derecho de acceso a la administración de justicia interviniendo en los procesos judiciales sin apoderados, estableciendo como regla general que para hacerlo deben hacerse representar a través de un abogado.

El literal h del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 establece que las víctimas deberán intervenir en el incidente de reparación mediante apoderado, norma que originalmente establecía que el juez podía, de conformidad con el interés de la justicia, determinar que no fuera así, pero esta facultad del juez fue

declarada inexecutable mediante la sentencia de constitucionalidad citada, bajo el argumento central de que existía reserva legal sobre la misma y por lo tanto el juez, sin criterios objetivos, no podía ejercerla.

La representación de la víctima mediante apoderado, que debe ser profesional del derecho, se justifica en que el ejercicio de su derecho a la reparación se surte en una actuación cuyo nivel de complejidad jurídica exige la intervención de un experto en la materia, lo cual constituye una garantía suya, en cuanto a que el derecho a acceso a la justicia no se satisface solo con la posibilidad de dirigirse a un juez y ser escuchado, sino que además exige que tal intervención se haga de un modo idóneo y eficaz, lo que no es posible o es extremadamente difícil cuando la víctima no es experta en los temas jurídicos propios de ese trámite.

En este mismo sentido se debe entender el mandato del artículo 137 del CPP, cuando dispone que a partir de la audiencia preparatoria las víctimas tendrán que ser representadas por un abogado para el ejercicio de sus derechos, norma que se desarrolla bajo la misma lógica de que las actuaciones subsiguientes a esta audiencia revisten un nivel de complejidad jurídica cuya satisfacción exige formación profesional en esa materia.

Si se acepta que la intervención de la víctima, directa o indirecta, debe cumplirse a través de apoderado y que éste debe ser abogado titulado o estudiante de derecho adscrito a un

Consultorio Jurídico autorizado para hacerlo, necesariamente deberá hacerse a través de poder otorgado como se dispone en los artículos 63 y 65 del CPC, que respectivamente dicen que para comparecer al proceso deberá hacerse por conducto de abogado inscrito, confiriéndole un poder, general o especial, identificando claramente el proceso de que se trata mediante memorial dirigido al juez de conocimiento con nota de presentación personal e indicación de las facultades expresas que se le conceden.

El artículo 47 del CPC permite promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedido para hacerlo, circunstancia que se deberá afirmar bajo la gravedad de juramento y la prestación de la caución correspondiente, siempre que el demandante la ratifique (la demanda) dentro de los dos meses siguientes, para lo cual el agente oficioso actuará por medio de apoderado.

En este caso los padres de la víctima directa del delito que fue juzgado en esta actuación no estaban ausentes ni se acreditó que estuvieran impedidos para promover la demanda en nombre propio constituyendo directamente su apoderado, y por esta razón no es admisible entender que cuando la apoderada de la víctima directa incluyó dentro de sus pretensiones algunas que corresponderían, no a ésta sino a sus padres, lo hizo sin facultad para representarlos legalmente ni para apoderarlos judicialmente.

Examinada la actuación se encuentra que el poder mediante el cual la apoderada de la víctima directa obró como demandante incidental con fines de reparación de los perjuicios causados con el delito, le confirió atribuciones para representarlo únicamente a él (víctima directa) sin que se incluyera ninguna atribución para que apoderara también a sus padres.

Por eso se reformará la sentencia apelada excluyendo de ella las consideraciones y parte resolutive que versan sobre el interés jurídico que legitimaría a los padres de la víctima directa para pretender la reparación de los perjuicios que se le causaron a ellos indirectamente mediante el delito que fue juzgado en este caso.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente

PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora