2014

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

[TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL RELATORÍA BOLETÍN NO. 6]

31 DE JULIO DE 2014

MAGISTRADOS

POVEDA PERDOMO ALBERTO

RIAÑO RIAÑO RAMIRO

ÍNDICE ALFABÉTICO

ACTO SEXUAL ABUSIVO – No se configura por beso furtivo. Pág.....2

CANCELACIÓN DE REGISTROS FRAUDULENTOS – Es de obligatorio cumplimiento para el funcionario judicial – Prima el derecho de la víctima sobre el del tercero aunque sea de buena fe. Pág.....18

CAPTURA EN FLAGRANCIA – Su falta de legalización genera la posibilidad de una rebaja de hasta el 50% de la pena. Pág..... 5

DELITOS DE BAGATELA – Noción Pág..... 7

DELITO IMPOSIBLE – Por carencia de objeto material. Pág..... 11

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES – Bien jurídico tutelado. Pág..... 2

DERECHO DE CONFRONTACIÓN – Noción y estipulación legal – Que comprende. Pág.... 2

DOLO EVENTUAL – Es incompatible con la tentativa. Pág..... 11

FLAGRANCIA – Su definición legal está necesaria y directamente vinculada con la captura del autor. Pág.....5

HURTO EN ALMACENES Y SUPERMERCADOS – Antijuridicidad material en hurto de objetos de escaso valor. Pág..... 7

IMPUTACIÓN OBJETIVA – La posibilidad de una autoría dolosa y exclusiva de determinada persona impide la imputación del resultado, no obstante la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado – Prohibición de regreso. Pág...11

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Daño al proyecto de vida con ocasión de delito sexual. Pág..... 6

LEY 1652 DE 2013 – Inaplicación por inconstitucional. Pág..... 2

PENSIÓN DE INVALIDEZ – La fecha de la calificación del a invalidez es la que se debe tener en cuenta para contabilizar los aportes realizados y así verificar el cumplimiento de las 50 semanas exigidas, y no la fecha de estructuración de la invalidez. Pág..... 20

POSICIÓN DE GARANTE – De conductor de vehículo escolar – De monitora de vehículo escolar. Pág.....15

PRINCIPIOS DE LESIVIDAD, NECESIDAD, SUBSIDIARIEDAD, FRAGMENTARIEDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA – En la actuación punitiva del Estado frente conductas que afectan de forma insignificante el bien jurídico Pág.....7

RIESGO PERMITIDO – En la conducción de vehículos automotores – En la conducción de vehículos escolares. Pág.....15

TEORIA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO – Noción. Pág.....15

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.

Tribunal Superior de Bogotá
Tribunal Superior de Bogotá

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. POVEDA PERDOMO ALBERTO Rad. 11001600001720130346O 01 (24-04-2014) DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES – Bien jurídico tutelado / LEY 1652 DE 2013 – Inaplicación por inconstitucional / DERECHO DE CONFRONTACIÓN – Noción y estipulación legal – Que comprende / ACTO SEXUAL ABUSIVO – No se configura por beso furtivo.

25.- La persecución de los delitos sexuales: En los últimos tiempos la tipificación de los delitos sexuales ha tenido cambios formidables, situación que se refleja en el diseño de una protección de género más amplia y en la consolidación de una política punitiva exasperada, con un contenido simbólico negativo.

26. Desde una concepción eticista, en la que se privilegiaba la protección del honor y la sanas costumbres[1], se pasó a la defensa de la libertad sexual o capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para fines sexuales -en el caso de los individuos con capacidad de consentir-, o su intangibilidad o indemnidad sexual -en los supuestos de menores o personas con discapacidad-.

(…)

28. Así mismo, en los abusos sexuales contra menores de 14 años, siguiendo la nomenclatura establecida por el legislador, con frecuencia se identifica el bien jurídico con la *integridad y formación sexual*. Con todo, resulta más riguroso desde la perspectiva dogmática, aceptar que el bien jurídico es la *intangibilidad o indemnidad sexual*, en tanto se protege la evolución o desarrollo de la personalidad del menor para que en un futuro, cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual[2].

29. Es claro que en los últimos tiempos, como ocurre casi en todas esferas del derecho penal, se ha consolidado un derecho penal máximo -en contraposición al reclamado derecho penal mínimo-, caracterizado por el debilitamiento o morigeración de las garantías a favor de los procesados y el incremento desenfrenado de las penas, realidad a partir de la cual se proclama la existencia del denominado populismo punitivo, mecanismo odioso que permite al legislador autoconstatarse, enviando a la sociedad un mensaje de preocupación y respuesta frente a sus problemas, procurando con el derecho penal cumplir las tareas que el Estado ha olvidado, produciendo un efecto simbólico negativo desolador. La doctrina califica este fenómeno como de *huida al derecho penal*[3].

30. Lo antes señalado, y particularmente el bien jurídico protegido, ha sido un buen

---

[1] Por ejemplo, en el Código Penal de 1936 se protegía especialmente a la mujer virgen o de irreprochable honestidad (art. 317) y el matrimonio entre victimario y víctima impedía la imposición de pena a quien raptaba a una mujer con ánimo de satisfacer deseos eróticosexuales (art. 354). En sus comentarios al Código Penal de 1980, LUIS CARLOS PÉREZ señala que en dicha obra se protege la autodeterminación sexual pero también la honestidad personal de la mujer (*Derecho penal partes general y especial*, Tomo V, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 29).

[2] La jurisprudencia enseña que el capítulo "De los actos sexuales abusivos" del código penal, busca proteger el indebido aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que ponen en evidencia su incapacidad o imposibilidad para dar el asentamiento sexual o para la comprensión del acto en si mismo, puesto que el agresor se aprovecha de la inferioridad de aquella para realizar la agresión sexual. Destaca que el sujeto activo de la conducta punible se aprovecha de la edad o el estado de inconsciencia de la víctima para desarrollar el injusto típico consagrado en el citado capítulo. Y en el caso de los menores de 14 años, se presume (presunción de carácter absoluto: *iuris et iure*) su incapacidad para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, pues ha sido valorado que las personas menores de esa edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad el acto sexual, debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectiva, volitiva y afectiva. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 7 de septiembre de 2005, radicación 18455.

[3] La tendencia expansiva del derecho penal permite avistar una tercera velocidad que se caracteriza por la relativización de las garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales. Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

pretexto para castigar todo lo que pueda perjudicar la integridad y formación sexual del menor (o su intangibilidad o indemnidad sexual), permitiendo el legislador que surja incertidumbre en el ámbito de prohibición de los preceptos, apareciendo así un espacio de indeterminación, situación que de contera lleva a la arbitrariedad del juzgador a la hora de establecer que conductas caen dentro del terreno de los tipos penales referidos a los abusos sexuales[4].

31.- En esa línea, algunos propugnan porque cualquier tocamiento abusivo o aproximación corporal entre personas sea considerado como acción penalmente punible (un beso furtivo, un toque espontáneo de nalgas en buses de transporte público, etc.), olvidando que dichas conductas gamberras no contienen ni alcanzan por sí y ante sí un ánimo lúbrico o lascivo, elemento subjetivo esencial para la configuración del tipo penal.

(…)

44.- No se puede desconocer que por medio de la Ley 1652 de 2013, el legislador reguló las entrevistas y los testimonios en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, otorgándoles la calidad de prueba autónoma a las entrevistas forenses.

45.- Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha norma no es aplicable porque resulta inconstitucional al desconocer el derecho de confrontación que se erige en elemento fundamental del debido proceso, esencial del sistema penal acusatorio, porque en el juicio las partes aportan la prueba para sostener o desvirtuar la acusación.

46.- En efecto, el derecho de confrontación está consagrado en los artículos 8°, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, estatuto que los retoma de los artículos 14 y 8 del Pacto Internacional y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente.

47.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Petruzzi *versus* Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999), entiende que "dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa".

48.- El derecho de confrontación básicamente se compone o exige para su real y efectiva vigencia[5]:

(i). Poder interrogar a los testigos de cargo;

(ii). Estar frente a frente con los testigos de cargo;

(ii). Comparecencia necesaria de testigos a juicio; y,

(iv). Control de la incorporación de la prueba, es decir, que se pueda intervenir en su práctica bien en el interrogatorio o en el contrainterrogatorio, para que se aporte al proceso consolidada con fundamento en la intervención de las partes.

(…)

50.- De acuerdo con lo reseñado, el derecho de confrontación dentro del proceso penal permite establecer la certeza de los hechos o el incremento de la duda respecto del delito objeto de acusación y la responsabilidad del procesado.

51.- Desde este punto de vista, cualquier evento como la entrevista realizada es un relato de hechos que no ha sido objeto de contradicción[6] ni confrontación, en tanto que la declaración en el juicio sí satisface dichas exigencias, de modo que el valor de esta última se incrementa en tanto con la práctica de la misma se da cabal cumplimiento a las reglas estructurales mínimas del sistema penal acusatorio[7], mismas que no pueden ser

---

[4] Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 198.

[5] Cfr. LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral: análisis a la luz del derecho a la confrontación*, Medellín, Comlibros, 2013.

[6] Ley 906 de 2004, artículo 15.

[7] Por ejemplo, la denominada ***igualdad de armas* o de partes**, principio que consiste básicamente en que Fiscalía y defensa gozan de las mismas facultades. Como lo ha dicho la jurisprudencia, **dicha figura tiene por objeto no sólo brindar a la contraparte la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en relación con todos los medios de prueba**, sino garantizar el principio de lealtad, con el fin de que no se vea sorprendida con un medio de convicción que no ha tenido oportunidad de conocer y, en consecuencia, de rebatir. Igualmente, el sistema adoptado mediante la Ley 906 de 2004, como cualquier modelo de corte acusatorio, tiene por nota

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

ignoradas o menospreciadas ni siquiera cuando se trata de menores víctimas[8].

52.- Así entonces, aspectos que fueron relatados por la menor de edad en la entrevista, no tienen la virtualidad de desestimar o desechar lo dicho por ella en el juicio oral, en tanto que es este escenario propicio para ser interrogada y contrainterrogada por las partes.

(…)

54.- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los actos sexuales abusivos. Respecto de los delitos sexuales se ha explicado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el acto erótico-sexual debe ser idóneo no solo para excitar o satisfacer la lujuria de los dos sujetos implicados en el delito -procesado y víctima- o siquiera de uno de ellos[9].

55.- Igualmente se tiene dicho que el acto de connotación sexual de alguna manera debe afectar la formación sexual de la victima, de manera que debe alcanzar la connotación de agravio o perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales del menor de edad[10].

(…)

57.- Así entonces, eventos tales como un beso dado sin consentimiento, abusivo o furtivo, o el toque fugaz a las partes íntimas de una persona, no es considerado como un acto lascivo que permita tipificar una conducta descrita en precepto sancionatorio, porque en tales supuestos no se produce una alteración que afecte en un futuro la sexualidad de la parte ofendida.

(…)

59.- Así entonces, para que pueda considerarse que una conducta constituye un delito o encuadra dentro de la descripción típica de los denominados actos sexuales abusivos, es necesario tener en cuenta varias características, entre las que se encuentran: (i). que haya un contacto corporal; (ii). que dicho contacto se realice con ánimo o propósito de satisfacción sexual; y (iii). que el sujeto afectado realmente haya sufrido alteraciones sustantivas en su formación sexual.

(…)

62.- Bajo este presupuesto, puede afirmarse que no toda conducta que constituya objetivamente un delito, es penalmente relevante, porque la misma debe conllevar un resultado o peligro real y concreto de lesión a los bienes jurídicos.

(…)

69.- Se concluye entonces que de los elementos atrás mencionados, sí existió el contacto corporal, consistente en un roce efímero de labios entre la menor de edad y el procesado; no obstante, de tal hecho material no puede afirmarse que existió ánimo criminal dirigido a la satisfacción sexual del agente, porque la conducta desplegada por DUARTE ORTIZ no tuvo la connotación de satisfacer su lujuria o apetencias sexuales, dado que, como ha quedado reiteradamente explicado, un beso -*pico*- fugaz, sin que esté acompañado de

---

característica la protección a ultranza del derecho de defensa, de modo que **potencia hasta su mayor grado de expresión garantías tales como el derecho de contradicción**, **al punto que el peso de la actuación ya no recae, como en los sistemas anteriores, en la fase instructiva, sino en el juicio oral, público, concentrado, sin dilaciones injustificadas y con inmediación de la prueba**. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 28 de febrero de 2007, radicación 26087.

[8] El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América tiene definido que las garantías constitucionales no deben debilitarse cuando tengan el efecto de liberar a un culpable. Por ello "si una declaración anterior es evidentemente *inadmisible* bajo la Cláusula de Confrontación (*e.g.*, es claramente testimonial, el declarante no está disponible y no hubo oportunidad previa de contrainterrogarlo), y esa es la *única* base del Ministerio Público para tratar de establecer uno o varios de los elementos del delito, o la conexión del imputado con el delito en una vista preliminar, una determinación de causa probable en tales circunstancias podría ser incompatible con el estándar mencionado aplicable a las vistas preliminares.". Cfr. ENRIQUE SILVA AVILÉ, «Derecho a la confrontación luego de *Crawford* y *Davis*», en *Revista Jurídica de LexJuris de Puerto Rico*, Volumen 10, febrero 2007. El texto se puede consultar en http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2007/Derecho%20a%20la%20Confrontacion.htm (2013/07/18).

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 16 de octubre de 2006, radicación 25743.

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de julio de 2008, proceso No. 29117.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

caricias, tocamientos o roses, no puede ser considerado como acto sexual abusivo.

(…)

72. Es cierto que algunos besos en la boca, como el denominado morreo (con tocamientos entre las lenguas e intercambio salivar) o cuando el contacto de la boca se produce con otras partes del cuerpo (senos o genitales), ordinariamente tienen propósito lúbrico y de satisfacción sexual, así la pareja no culmine con el coito. Pero en el presente asunto tales supuestos no se dieron, el acontecimiento si bien es reprochable socialmente no es punible desde la perspectiva del derecho penal, que solamente debe ocuparse de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, como en efecto lo es la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores.

73. Por otro lado, no quedó demostrado dentro del proceso que la menor de edad haya sufrido alteraciones sustantivas en su formación sexual; en efecto, no existe un dictamen psicológico que permita establecer que KTBS se vio afectada de tal manera que impida determinarse en un futuro en materia sexual; inclusive, vale la pena destacarlo, en el interrogatorio y contrainterrogatorio a los que fue sometida no le generó consecuencias espirituales de naturaleza alguna, lo que se infiere de lo narrado: si bien sintió miedo cuando fue besada su comportamiento no cambió ni se alteró por tal suceso.

1.2. M.P. POVEDA PERDOMO ALBERTO Rad. 110016000172013035O7 01 (09-04-2014) FLAGRANCIA - Su definición legal está necesaria y directamente vinculada con la captura del autor / CAPTURA EN FLAGRANCIA – Su falta de legalización genera la posibilidad de una rebaja de hasta el 50% de la pena.

10. Problema jurídico planteado: De lo expresado por el recurrente, la Corporación debe determinar cómo se produjo la captura del imputado y si es procedente la rebaja ofrecida por la fiscalía dada la forma de captura.

(…)

13. Para la sala es claro que la jurisprudencia distingue las diferentes formas de captura, entre ellas enuncia la captura en flagrancia prevista en el artículo 301 del C. P. P. y la que se presenta por orden judicial establecida en el artículo 297 *Ibídem.*

14. La primera de ella se da por circunstancias especiales que consagra el artículo 301 del C. P. P., sin embargo para que se determine que en efecto ocurrió una captura en flagrancia se debe dar estricto cumplimiento a lo previsto en el artículo 302 de la misma norma, ello es, que se deje a disposición de la Fiscalía el aprehendido dentro del término previsto en la Ley para presentarlo ante el Juez de Control de Garantías.

15. La segunda, se da por solicitud del fiscal cuando cuenta con motivos razonablemente fundados de que una persona es autor o partícipe de un delito, la que debe ser solicitada ante el Juez de Control de Garantías, autoridad que con posterioridad a la captura deberá realizar el examen de legalidad.

16. En consecuencia, ya sea para hablar de captura en flagrancia o por orden judicial se requiere de agotar el procedimiento previsto en la norma procesal, pues de no hacerse simplemente se hablaría de la aprehensión del posible autor de un ilícito como ocurrió en el presente caso.

17. Así, es claro que en las actuales condiciones, entonces, la tesis sostenida por la Fiscalía y la Defensa resulta correcta en la medida en que la definición legal de flagrancia está necesaria y directamente vinculada con la captura del autor, esto es, que "a los dos requisitos que han sido establecidos por la jurisprudencia, *'uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe* se suma ahora la **aprehensión** en el acto de la realización del mismo o en los momentos

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

subsiguientes *'por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho*[11] más la presentación ante el Juez de control de Garantías, tal y como quedó expuesto al inicio de las consideraciones.

18. Para la Sala si bien es cierto que en el caso de CARLOS ENRIQUE MUÑOZ GALINDO se dan las circunstancias previstas en el artículo 301 de la Ley 906, esto es fue sorprendido cometiendo el ilícito, con objetos del delito y aprehendido por la comunidad, que posteriormente lo entregó a los miembros de la Policía Nacional, tal y como lo destacó el *a quo*, también lo es que no se dio estricto cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 302 *ibídem,* adicionado por el 22 de la Ley 1142 de 2007, en cuanto a la presentación ante el Juez con Función de Control de Garantías, porque para ese entonces consideró la fiscalía que no contaba con los elementos suficientes para legalizar la captura en flagrancia, circunstancia que motivó su libertad.

19. Lo anterior fue motivo suficiente para que con posterioridad la Fiscalía competente solicitará ante el Juez de Control de Garantías, la orden de captura en contra de MUÑOZ GALINDO, audiencia preliminar que tuvo lugar el 9 de marzo de 2013, luego de lo cual, el 9 de mayo siguiente se produjo su captura, cuando en verificación de antecedentes se determinó la vigencia de la orden en su contra.

20. Así las cosas, razón le asiste a los apelantes, pues la captura de MUÑOZ GALINDO no devino como consecuencia del sorprendimiento en estado de flagrancia, sino por la solicitud que en oportunidad hiciera la fiscalía ante el Juez de control de garantías quien expidió la orden en su contra. Bajo esta óptica se tiene que la privación de la libertad del imputado obedeció a mandato escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definido en la ley, en consecuencia la rebaja que le fue ofrecida resulta oportuna y dentro de los parámetros que establece la norma penal.

21. De lo anterior deviene improcedente la nulidad para aplicar el porcentaje de rebaja de pena previsto en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011[12], porque se reitera este solo es aplicable cuando la persona es capturada en flagrancia, pero como en el presente caso, se reitera, la situación difiere, al estar precedida de orden de captura, le corresponderá la rebaja de hasta el 50% de la pena, tal y como lo anunció la Fiscalía.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 11.199 de 31 de enero de 2.002.

[12] solo se tendrá derecho a ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

1.3. M.P. POVEDA PERDOMO ALBERTO Rad. 110016000023200913060 02 (08-07-2014) INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Daño al proyecto de vida con ocasión de delito sexual.

31.- Daño al proyecto de vida. Aunque esta clase de perjuicios no fueron solicitados expresamente por el apoderado de las víctimas, de sus argumentos sí se infiere que los está reclamando.

32.- En una reclamación de perjuicios derivada de un delito sexual que tuvo como consecuencias adicionales el embarazo de la víctima, el posterior parto y el nacimiento de una criatura, resulta significativo acotar acerca del daño al proyecto de vida, que se deben determinar por el juez en cumplimiento del principio de prevalencia de los derechos de los niños.

33.- En esta materia la jurisprudencia ha venido mutando porque ha utilizado diferente terminología para denominar este tipo de daños (perjuicio inmaterial, daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia)[13], pero últimamente se ha consolidado el criterio según el cual

> *el perjuicio a la vida de relación se refiere al placer o agrado de la víctima, mientras que*

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011, radicación 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222).

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

el perjuicio de alteración a las condiciones de existencia, atañe a la modificación sustancial y anormal del proyecto de vida de la víctima[14].

34.- En la doctrina se afirma que sí es posible imponer al inculpado el pago por los daños causados al proyecto de vida de las víctimas de un delito:

La segunda dimensión que se analiza, dentro de los posibles daños que pudiera padecer una víctima de violaciones a los DDHH, consiste en la perspectiva objetiva de su rol dentro del conglomerado social, sus previsibles aspiraciones, expectativas, y en general la manifestación de la potestad de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos; prueba del detrimento puede estar constituida por la profesión u oficio y por los estudios realizados, todo lo cual se reconoce como el Proyecto de Vida. En este tipo de daños, "el bien jurídico tutelado por el Derecho o el objeto a tutelar… será la realización ontológica, desenvolvimiento o proyección de vida de cada individuo que por detrimento de la libertad se ve truncado". A diferencia del daño moral que incide en el aspecto síquico y/o emocional, el daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del individuo que "desencadena una serie de menoscabos al pleno uso de la misma en relación con el desarrollo y desenvolvimiento del ser humano hacia suso objetivos y aspiraciones de vida"[15].

35.- En el caso en estudio, la Sala concluye que tanto la menor L.R.C. como su progenitora ROSA MARÍA CASTAÑEDA, sufrieron perjuicios **a su proyecto de vida**, pues la primera no ha podido desenvolverse normalmente en sus actividades cotidianas, su desarrollo académico se ha visto estropeado por el delito de que fuera víctima, amén de que ya tenía una discapacidad cognitiva leve que le impedía tener el mismo nivel de estudio de una niña de su edad, lo que sumado a lo vivenciado deteriora aun más su desarrollo cotidiano, no solo en las labores escolares sino en relación habitual con familiares y amigos, si se tiene en cuenta también que debe cuidar de su hija, situación que le impide acceder a otras actividades.

36.- La progenitora también ha sufrido alteración negativa en su vida cotidiana porque con el nacimiento de la bebé, sumado a la discapacidad de su hija, ya no podrá hacer con mayor libertad las actividades diarias que efectuaba para el goce de su vida, frente a la cual se ha visto avocada a atender prioritariamente las necesidades de su hija y nieta.

37.- Por lo tanto, la Sala condenará a JOSÉ ALBEIRO ÁMBITO SALAZAR a pagar a favor de la menor víctima, por concepto de daño a la vida de relación, entendidos estos como perjuicios al proyecto de vida a la ofendida, una suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de ejecutoria de ésta providencia. Y por este mismo concepto a favor de ROSA MARÍA CASTAÑEDA una suma equivalente a veinte (20) s.m.m.l.v.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.4. M.P. POVEDA PERDOMO ALBERTO Rad. 11001600013201317538 01 (06-06-2014) DELITOS DE BAGATELA – Noción / PRINCIPIOS DE LESIVIDAD, NECESIDAD, SUBSIDIARIEDAD, FRAGMENTARIEDAD E INTERVENCIÓN MÍNIMA – En la actuación punitiva del Estado frente conductas que afectan de forma insignificante el bien jurídico / HURTO EN ALMACENES Y SUPERMERCADOS – Antijuridicidad material en hurto de objetos de escaso valor.

[14] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de abril de 2014, radicación 25000232600020100094l.

[15] AA.VV., *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Alvi Impresores Ltda., 2010, p. 135-136.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

10.- En el caso bajo estudio aparece que la sanción penal que se irrogó a L. M. C. V. tuvo su génesis en el apoderamiento en Carulla de un tarro de milo y uno de kola granulada, que fueron avaluados en $32.060,00, comportamiento por el que resultó condenada a la pena principal de dos (2) meses y diecinueve (19) días de prisión, sin que en su caso se estudiara la posibilidad referida a la existencia de un delito de bagatela.

(…)

12. El delito de bagatela: Preliminarmente habrá de precisarse que esta Sala de Decisión Penal ha destacado que con el concepto ***delito de bagatela***, que literalmente significa pequeño delito, no se engloba una sola clase de delitos sino toda una serie de fenómenos. En la doctrina se puede observar que por delito de bagatela se designa tanto al hecho que tiene poca frecuencia, como el que resulta intrascendente respecto de la clase o cantidad de lesión que recibe el bien jurídico penalmente protegido. También se tachan así aquellos delitos contra los que no existe interés público en la persecución penal. Coinciden los anteriores conceptos en cuanto a los efectos de la acción punible no repercute trascendentemente, la sociedad no palpa como graves sus efectos[16].

13. Se suele identificar como *bagatelares* las lesiones personales leves, los hurtos simples, las pequeñas estafas, entre otros. Se proponen por la doctrina como ejemplos concretos no dar vueltas o cambio por moneda de escaso valor, la apropiación en el supermercado de un confite, tomar agua en fuente ajena, la momentánea privación de la libertad por cierre de las puertas del banco, la invitación aceptada por un funcionario judicial que le hace el litigante a tomar un refresco[17]. Se trata de que no constituyen lesión relevante del bien jurídico a los fines de la tipicidad objetiva, como dice ZAFFARONI.

14. Muy relacionado con el anterior concepto, al punto que algunos los tienen por sinónimos, aparece la ***insignificancia***, y en cuanto *principio* se asimila por la Corte Suprema de Justicia a la antijuridicidad material[18]. Sobre el particular la doctrina señala que las lesiones insignificantes al bien jurídico resultan atípicas, pues según el derecho penal debe existir relación de proporcionalidad entre la naturaleza del daño y la respuesta punitiva[19], por lo tanto ante una lesión socialmente insignificante no resulta adecuado el principio de responsabilidad.

15. El Código Penal establece en sus normas rectoras el principio de lesividad, así:

Ley 599 de 2000.- art. 11.- Antijuridicidad.- Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, precepto que condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo[20].

---

[16] En términos generales se sigue lo reseñado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, en la sentencia de 3 de febrero de 2014, radicación 11001600001920130939401.

[17] Similares ejemplos los trae la Corte Constitucional (sentencia C-333/01), pero los considera como supuestos de *adecuación social de la conducta*.

[18] Sentencia de 23 de febrero de 2006, radicación 20740, providencia en la que se indica que el principio de lesividad, tiene consagración legislativa en las preceptivas contenidas en el Artículo 11 de la Ley 599 de 2000, en cuanto dicho dispositivo establece que la antijuridicidad de la conducta típica está sujeta a la puesta en peligro de manera real o efectiva, sin justa causa, del bien jurídicamente tutelado por la ley.

[19] "El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales (CP arts. 15, 23, 24, 26, 28, 31, 37 y 39), sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal". Corte Constitucional, sentencia C-070/96.

[20] Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 467.
La Corte constitucional tiene definido que "el principio de legalidad, del cual forman parte los principios de tipicidad, proporcionalidad y lesividad, es un elemento estructural del derecho fundamental al debido proceso y, a su vez constituye un principio rector del derecho sancionador -penal y administrativo-" (Sentencia C-393/06 en la que reitera lo explicado en las Sentencias C-417 de 1993, C-280 de 1995 y C-310 de 1997, entre otras).

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

(…)

22. En fin, para la Corte Suprema la "antijuridicidad" debe ser entendida en sentido "material" y no solo "formalmente". Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado. En este sentido, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito. O dicho de otra manera: la conducta prohibida no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad -antijuridicidad formal-, sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por la ley -antijuridicidad material-, de modo que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real o por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica[21].

23. La Corte Constitucional también enseña que el derecho penal se orienta bajo principios de subsidiariedad y fragmentariedad, características a partir de las cuales solamente se debe acudir al *ius poenale* cuando es absolutamente necesario para la defensa de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia[22]. Así mismo, en virtud del principio de intervención mínima, la actuación punitiva del Estado que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen[23].

24. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, genuina intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos[24], no sólo considera que el principio de legalidad constituye un precepto que en los Estados de derecho se erige en límite al poder punitivo del Estado[25], sino que el uso de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido[26].

25. En fin, para hacer un cierre conceptual con la mejor doctrina, la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, y en consecuencia, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo

---

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 14 de noviembre de 2011, radicación 28172, decisión en la que se recordó lo expuesto en las sentencias de 21 de abril de 2004, radicación 19930 y de 1º de febrero de 2007, radicación 23609.

[22] Corte Constitucional, sentencia C-420/02.

[23] Corte Constitucional, sentencia C-356/03.

[24] Es bien sabido que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-010/00). Se ha reiterado por la jurisprudencia interamericana que cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *versus* Chile, Sent. de 26 de septiembre de 2006; Caso Rosendo Cantú y otra *versus* México, sentencia. de 31 de agosto de 2010, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *versus* Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010).

[25] Corte IDH, Caso Vélez Loor *versus* Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

[26] Corte IDH, Caso Kimel *versus* Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, tesis reiterada en el Caso Ríos y otros *versus* Venezuela, sentencia de 28 de enero de 2009.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

como remedio extremo, es decir, *nullum crimen sine necessitate*[27].

26. Caso concreto. En el *sub examine* es claro que L. M. C. V. adecuó objetivamente su conducta a la descripción típica de los artículos 239-2, 241-10 y 27 del Código Penal, en la modalidad de tentativa, al ser retenida con productos avaluados en cuantía de $32.060, los que tenía la intención de sustraer de un establecimiento de comercio, motivo por el cual el *a quo* le impuso una pena de dos (2) meses y diecinueve (19) días de prisión[28].

27. Sin embargo, en contra de la opinión del juez de primer grado, la Sala no evidencia que el bien jurídico tutelado -patrimonio económico de que trata el Título VII de la Ley 599 de 2000-, se hubiese afectado por el resultado objetivo de haber tentado apoderarse de los mismos, máxime cuando su actuar no representó ningún daño para la sociedad ni para el titular el bien jurídico, porque dichos bienes no lograron salir de la esfera de custodia de su propietario[29].

28. De otro lado, tampoco se demostró afectación alguna al patrimonio de Carulla, por lo insignificante de lo apoderado, que en manera alguna lesionó los derechos económicos de la sociedad propietaria del almacén, y la acción como tal no alcanza un grado de desvalor que permita ser calificada de grave atentado que cause alarma social, máxime cuando existen diversos mecanismos alternos para solucionar este tipo de conflicto.

29. La Sala precisa y aclara que una situación diferente a la que aquí ocurre podría presentarse cuando el afectado es un campesino, porque su materia prima se circunscribe a los huevos que ponen sus gallinas, siendo que al hurtarle una de estas aves, definitivamente sí se vería afectado económicamente. Así mismo, a fin de evitar equívocos, se aclara que en supuestos en los que se ejecuta un hurto en cuantía similar a la del presente asunto, pero la víctima es un tendero de esquina o un campesino, sí se satisface la exigencia de lesividad porque se está afectando materialmente el patrimonio y las ganancias o bienes que tiene para su sustento el ofendido. Por supuesto que también, y con mayor razón, deben ser sancionados penalmente quienes ejecutan estas conductas ejerciendo violencia o exhibiendo armas de fuego. En tales supuestos imperan los criterios de protección y convivencia social.

30. En esa medida la objetividad así valorada, consistente en el apoderamiento de cantidad mínima de mercancía, se reporta carente de antijuridicidad material, es decir, ausente de lesividad, sin que resulte válido ni legítimo la imposición de ninguna pena y menos la atribuida por el juez de instancia, pues en el presente asunto la acción produjo una lesión insignificante al patrimonio del titular del mismo, por lo que es dable concluir que el comportamiento imputado no va en contravía del artículo 11 de la Ley 599 de 2000.

31. No debe olvidarse que en todas las sociedades el delito es un fenómeno funcional a las mismas, motivo por el cual no existe y seguramente no existirá en el futuro una forma de organización social en la que desaparezca el hecho punible; por el contrario, la tendencia mundial es a penalizar más conductas, empecé de lo cual las autoridades requirentes tiene que hacer un proceso de selección para dedicarse a los atentados más graves que se producen respecto de los bienes jurídicos más valiosos.

---

[27] LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 464 y ss.

[28] Desde la perspectiva de la proporcionalidad y los bienes jurídicos supuestamente lesionados, resulta aberrante, teniendo en cuenta el valor de lo apropiado y la pena impuesta, que el procesado estaría purgando pena de prisión a razón de un poco menos de cuatrocientos cinco pesos ($405,00) por día. En cambio, para sólo citar un ejemplo, en otro proceso conocido por esta Sala, el monto de lo apropiado en delitos contra la administración pública ascendió a seis mil cuarenta y ocho millones trescientos treinta y dos mil pesos ($6.048'332.000,00) y la pena impuesta fue de 78 meses, lo que significa que cada día de prisión le representó al delincuente un lucro de dos millones quinientos ochenta y cuatro mil setecientos cincuenta y siete pesos ($2'584.757,00), aproximadamente. Cfr. Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, sentencia de 3 de febrero de 2014, radicación 11001600001022011005260 1 (Caso HIPÓLITO MORENO GUTIÉRREZ).

[29] Adicionalmente, dígase que la vigilancia y control que se despliega utilizando medios electrónicos y personas, en este caso lleva a que se esté ante un *delito imposible* de consumar.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

32. Lo dicho en precedencia lleva a la Sala a considerar que en casos como el que aquí ocurrió, en donde la solución judicial ha sido la de imponer pena, se pudo explorar por otros caminos obtener una respuesta más oportuna y adecuada frente al hecho disfuncional, como por ejemplo acudir al principio de oportunidad[30] e inclusive a la reparación por vía de indemnización, evitándose el desgaste judicial frente a una conducta *bagatelar*.

33. Perseguir conductas como la aquí reseñada no es propio de un derecho penal inspirado en la protección al bien jurídico; dicho de otra manera, no es posible que un Estado social de derecho convierta en clientela habitual a aquellas personas que por la falta de superación de las condiciones de desigualdad, finalmente acuden al delito como medio de subsistencia. En fin, la demagogia punitiva y el derecho penal con una carga simbólica negativa, no es de recibo en una sociedad inspirada en principios democráticos.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.5. M.P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 11001 60 00 013 2011 11596 01 (30-10-2013) IMPUTACIÓN OBJETIVA – La posibilidad de una autoría dolosa y exclusiva de determinada persona impide la imputación del resultado, no obstante la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado – Prohibición de regreso / DOLO EVENTUAL – Es incompatible con la tentativa / DELITO IMPOSIBLE – Por carencia de objeto material.

Hecho el anterior recuento probatorio, se evidencia que como bien lo dijera la juez de instancia ninguno de los testigos de la acusación pudo percatarse del preciso instante en que se impactó la integridad del Teniente Gamboa y tampoco obra prueba que lleve más allá de toda duda en torno a que efectivamente fue **Francisco Ruíz García** quien acabó con la vida de aquel, porque a pesar que el ente fiscal buscó por todos los medios demostrar que fue este y no otra persona, el autor del lamentable episodio, acontece que sobre el particular efectivamente surgen evidencias científicas que lo descartan como autor del disparo que recibió el oficial.

Lo primero que debe destacarse es la trayectoria que se dice siguió el proyectil que terminó con la vida del uniformado, la que según el profesional de la medicina que efectuó la inspección técnica a cadáver fue de **derecha a izquierda, de abajo hacia arriba y de atrás hacia adelante** y así lo ratificó el testigo perito de descargo Maximiliano Duque, luego en esas condiciones no es posible aseverar que el mismo provino de la parte de afuera del vehículo, máxime cuando únicamente se encontraron en el carro orificios de salida y al interior del rodante solo se halló una vainilla calibre 9 milímetros, calibre del que se dice también eran las armas de los uniformados que participaron en las labres de verificación que terminaron con el resultado que hoy se cuestiona.

Y aun cuando se planteó como hipótesis que el proyectil haya ingresado por la ventana izquierda cuyo vidrio se encontraba a la mitad y que el orificio de salida podía corresponder al que se encontró en el panorámico delantero, las lesiones halladas en el cadáver naturalmente no se compadecen con esa trayectoria; de ser así, lógico es que la herida se presentara de

[30] Así lo sugirió el Tribunal de Casación en un asunto de tráfico de estupefacientes, oportunidad en la que se resaltó que "el bien jurídico constituye la única instancia legitimante del poder punitivo en el Estado social de derecho, en el cual, además, la jurisdicción penal tiene como función esencial la protección de tales intereses, de manera que el legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro". Y agregó: "la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, (hace) inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela". Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

izquierda a derecha y de arriba hacia abajo, atendiendo que el acusado se encontraba en una posición superior ubicado sobre el anden y el tamaño del rodante, independiente de que el agresor se hallara en una postura incomoda para disparar su fusíl.

Frente a este punto, ha de recordarse lo relatado por el Capitán Miguel Eduardo Castiblanco Osma[31]. Este deponente después de referir que días antes el occiso como Jefe del Grupo de Hurto a Residencias, le puso en su conocimiento la información proporcionada por la fuente humana, la que luego presentó al Mayor Cuadros y este a su vez al Coronel Camacho (Director de la Seccional), quien indicó que previa reunión a las 9:00 de la noche del día anterior a los hechos, procedieron a efectuar labores de verificación, atendiendo la orden impartida, con cuya finalidad le fueron entregadas las armas de dotación (calibre 9 milímetros) al grupo que actuaría en el operativo.

Que en dichas labores de verificación pudo percatarse de la presencia de varias camionetas sospechosas, entre ellas de una Chevrolet Rodeo y de la salida de una residencia de tres sujetos, de los cuales el último quien fue identificado como **Francisco Ruíz García** y llevaba una maleta que no lo dejaba movilizar, salió disparando un fusil hacia el taxi de placas VDJ 143 a una distancia de 40 o 50 centímetros.

Pero también adujo, que aunque el citado individuo disparaba con un solo brazo, el arma la llevaba en un posición alta (1:26:20) y no como lo señala el Fiscal recurrente, es decir, en una posición baja, casi que en dirección horizontal al Teniente Gamboa Murcia, quien se desplazaba en el taxi en compañía del Sargento Guillermo Alberto Unigarro Niño.

Ahora, podría considerarse que la teoría del caso del apoderado judicial, esto es, que el uniformado que se desplazaba con el fallecido fue quien le disparó al compañero en razón a la posición en que se encontraba y a la distancia en que se produjo el disparo (entre 30 y 60 centímetros) no es descartada[32], pero sucede que en torno a la misma también surge una duda que parte del no hallazgo del proyectil que perforó el cráneo y que resulta de vital importancia en aras de determinar sin asomo de incertidumbre la clase de arma empleada para cegar la vida del policial y para cuyo efecto, si bien resulta fundada esa hipótesis, con lo asegurado por el testigo de descargo Maximiliano Duque, esto es, que por las características de las lesiones y el no deceso inmediato del interfecto, el disparo podría provenir de una pistola o un revólver, aunque dicha tesis (probatoriamente hablando), está más corroborada en el presente asunto, con un grado de probabilidad muy próximo a la certeza, aun se podría reforzar o desvirtuar con algunos otros medios de conocimiento[33].

Por lo dicho en precedencia, resulta necesario mantener la compulsa de copias ordenada por el juez de instancia **para que se investigue la presunta autoría del hecho por parte de la Policía y concretamente por el compañero de desplazamiento del fallecido**, para determinar si este pudo ser el autor y si se trató de un accidente o por el contrario de un hecho premeditado, ejecutado por si solo o con la intervención de otros integrantes (o todos) de la misma patrulla, como lo insinúa la defensa al hablar de un falso positivo y lo acreditan las pruebas científicas antes analizadas que convergen a demostrar la ejecución de un homicidio probablemente intencional y aleve por parte del propio o (los)

---

[31] Sesión de audiencia del 13 de agosto de 2012, CD 1, archivo 4, record 1:12:05 a 1:46:40

[32] *Esto, teniendo en cuenta que en vigencia de la Ley 599 de 2000 (artículo 9º), «la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado». (……).*

Así mismo, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta «cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño»[32].

("Sentencia de 26 de junio de 2013. Rad 38904 M.P Fernando Alberto Castro Caballero")

Tribunal Superior de Bogotá

propios compañeros, dependiendo de las resultados que arroje la nueva investigación[34].

Esas las razones para que la Sala mayoritaria no impute jurídicamente el homicidio al tenor del art 9º del C.P, y conforme a las reglas de la imputación objetiva, en el entendido de que los presuntos atracadores crearon un riesgo jurídicamente desaprobado para la vida del oficial y ese riesgo se concretó en el resultado muerte del mismo, independientemente de quien realizó causalmente el hecho ya sea el compañero o compañeros agentes de la Policía o los presuntos atracadores acá procesados, aspecto que para atribuir al resultado a todos sería indiferente a la luz de la imputación objetiva, de no ser porque no se conoce si el **Sargento Unigarro** actuó solo (o mancomunadamente o cooperadamente con otros agentes de la Policía Nacional o incluso, con todos los agentes que intervinieron en ese operativo, o aún más allá: con los agentes integrantes de la patrulla y los acá procesados); aspectos que hasta no dilucidarse, no permiten imputar jurídicamente el resultado, lo que de hacerse a la luz de las reglas de la imputación objetiva, conllevaría a la violación de la prohibición de regreso, por lo menos en una de las tres hipótesis no verificadas (la de la autoría dolosa exclusiva de este agente)[35].

(…)

Como fundamento de su decisión esgrimió que aunque la intención de los acusados estaba encaminada a repeler la acción de los uniformados, estos dejaron al azar la producción de otros resultados típicos de mayor entidad, sin que pueda advertirse la existencia de un comportamiento externo dirigido a evitar ese posible resultado; *contrario sensu,* efectuaron disparos de manera indiscriminada que impactaron algunos rodantes y de esa manera colocaron en riesgo la vida no solo de los gendarmes, sino de los transeúntes.

En ese orden el problema jurídico se cimenta en la interpretación que del artículo 27 del estatuto de las penas se hiciere y a la aplicación del dolo eventual en la tentativa de homicidio, debiendo indicarse desde ya, que la Sala acogerá los planteamientos esbozados por los abogados defensores, habida consideración que como bien lo indicaran, el dolo eventual no es compatible con la tentativa.

Ab initio menester es recordar que el tratadista ROXIN, distingue tres formas de dolo:

> *"(…) la intención o propósito (dolus directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual (dolus eventualis), bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad"*[36].

El citado autor refiere que en las tres formas de dolo se utiliza la descripción del dolo como saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal y que: *"en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base: pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención, en que no se persigue el resultado y por tanto, el*

---

[34] *"Una conducta solo puede ser imputada, cuando se ha creado un riego jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción de un resultado". Pag 47. Introducción a la imputación objetiva. Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Colección No.5. 1996*

[35] *"Según la concepción hoy dominante, la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se realice un peligro no permitido creado por el autor y que la evitación de un resultado como el producido esté abarcado por el fin de protección del tipo. Si se parte de esto, entonces, se derivan ante todo dos cosas, para la intervención no dolosa en el hecho punible ajeno: 1). La intervención imprudente en suicidios dolosos o autolesiones y autopuesta en peligro en peligro no es imputable al tipo objetivo porque ello no está abarcado por el fin de protección de las normas….2)Todavía más importante es la idea de que los casos de causación no dolosos, en hechos dolosos tampoco puede ser imputada al tipo objetivo, según los principios de la teoría general de la imputación desde el punto de vista del riesgo permitido. Un supuesto del riesgo permitido es el* ***principio de confianza*** *que está reconocido en general para el tránsito vial. Pags 165 y 166. La prohibición de regreso en el derecho penal". WOLFGANG NAUKE, HARRO OTTO, GUNTHER JAKOBS Y CLAUS ROXIN. Traducido MANUEL CANCIO MELIÁ. Universidad Externado de Colombia, 1998.*

[36] Cita extraida de consulta en la pagina web: www.terragnijurista.com.ar/doctrina/dolo.htm

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

lado volitivo está configurado más débilmente (...)"[37]

(…)

Bajo esa línea dogmática que hace suya la Sala, en los casos en que no está debidamente acreditada la intención (dolo directo), la misma debe considerarse indeterminada y por ende, debe responderse por el resultado, sin embargo, en este asunto la balacera que se produjo para repeler la acción de los policiales que acudieron al lugar a constatar la información proporcionada por una fuente humana no formal, no generó ninguna consecuencia en la integridad de los uniformados y nada permite afirmar que lo buscado era causar el deceso intencionalmente o aceptar su resultado eventual, lesionar o causar la muerte, pues bien pudo dispararse al aire para evitar solo su captura.

Agregase a lo anterior, que la tentativa exige intención directa, como así se desprende del contenido del artículo 27 del estatuto de las penas que debe traerse a colación: "*El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente referidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a la voluntad del agente(…)*".

Entonces, al no acreditarse esa intención de matar, no puede hablarse de tentativa de homicidios indeterminados con dolo eventual, en la medida, que como ha quedado visto, en este concreto asunto, la tentativa descarta el dolo eventual y bajo esas consideraciones se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida en lo que a este reato se refiere, puesto que al ser indeterminado el dolo, se responde por el resultado y al no existir el mismo, el conato contra la vida de los policiales deviene en atípico.

6.6. Del delito de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa

Alrededor de esta conducta punible la juez de instancia consideró que a través de las pruebas de cargo el representante de la Fiscalía General de la Nación logró acreditar la materialidad de la conducta de hurto, pues en su sentir de las mismas emerge claro que varios sujetos irrumpieron en el inmueble ubicado en la Carrera 37 Nº 10A – 15 Sur de esta ciudad, con el propósito de apoderarse de una suma de dinero, por la que preguntaron desde que hicieron su arribo a la residencia.

Que con dicha finalidad alcanzaron a retirar una maleta del inmueble que según indicó la quejosa Carmen Olimpia Rodríguez, contenía objetos de poco valor, no así el dinero buscado, lo cual en su sentir no es óbice para no tipificar el delito de hurto por carencia de objeto material, pues el mismo está constituido por cosa mueble, sin importar su valor.

Decisión con la que los apoderados judiciales y acusados se muestran inconformes, toda vez que dicha ilicitud no se enrostró por el apoderamiento de la maleta sino del dinero.

(…)

Elucidado lo anterior, debe decirse, que en el presente asunto se acreditó que los aquí procesados penetraron en el inmueble habitado por la señora Carmen Olimpia Rodríguez con el inequívoco propósito de sustraer una suma de dinero que al parecer había en el mismo y que en su afán de encontrarlo imprimieron no solo violencia física, sino psicológica, sobre los moradores.

Así mismo, que los acusados seguros que el dinero se encontraba en el interior de una maleta procedieron a tomarla y llevarla consigo con tan mala fortuna que al ser sorprendidos por los agentes que oportunamente hicieron su arribo al lugar, debieron dejarla abandonada en la puerta de ingreso a la residencia.

Y tras mirar con detenimiento las diferentes acciones desplegadas por los encartados, claro se ofrece que su intención era hacerse al capital, el que aseguró la quejosa Carmen Olimpia Rodríguez no existía, porque su familia es de bajos recursos y por ende, al no existir el mencionado dinero, sin lugar a elucubraciones nos encontramos frente a un delito imposible que no es punible en el derecho penal colombiano, como así se desprende de la norma que contempla la

---

[37] Cita extraida de consulta en la pagina web: www.terragnijurista.com.ar/doctrina/dolo.htm

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

tentativa y se ratifica con el apotegma que no es posible atribuir responsabilidad por lo que el autor ha pensado y querido, sino por lo que ha hecho.

Sobre dicha temática se ha dicho:

> *"Ahora bien, como el delito imposible puede darse por inidoneidad de los medios –acción- que resultan ineficaces para causar el resultado o porque falta algún elemento del tipo objetivo –esencialmente el objeto material-, conforme a la descripción legal de la tentativa ninguna situación problemática se presenta en ambos casos, dado que la idoneidad de los actos y la existencia de todos los elementos requeridos por el tipo penal son los presupuestos esenciales para su estructuración, si se mira que el dispositivo amplificador se vincula con una determinada conducta típica"*[38]

Pronunciamiento que respalda la tesis referente a que al no existir el dinero del que pretendían apoderarse los acusados (carencia de objeto material), habrá imposibilidad de delito, tornando la conducta en atípica dada la ausencia del elemento material, el que en este caso lo constituía el dinero, por manera que no es viable jurídicamente hablar de tentativa de hurto, privilegiando esta Colegiatura el desvalor de resultado por encima del desvalor de intención o acción que es la base de las teorías subjetivas, que pregonan la sanción por la simple intervención manifestada y la rebeldía al derecho, aún en los eventos de carencia de objeto material.

Cierto es como lo dice la juez de instancia que la maleta tiene un valor económico; sin embargo, no puede perder de vista la Sala que la atribución del cargo se hizo en relación al capital, objeto respecto del cual en momento alguno fue despojada la víctima porque se repite, no lo poseía o mejor no existía, lo que impone la **revocatoria** de la sentencia en lo que a este conato de reato también se refiere.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.6. M.P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000023200802839-01 (- -2014) TEORIA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO – Noción / RIESGO PERMITIDO – En la conducción de vehículos automotores – En la conducción de vehículos escolares / POSICIÓN DE GARANTE – De conductor de vehículo escolar – De monitora de vehículo escolar.

En ese orden de ideas, en el presente asunto se debe establecer sí los conductores aumentaron el riesgo permitido en la conducción de sus vehículos, si este se concretó en las lesiones de la niña, si existe un nexo de causalidad con el resultado respecto de los dos, o si la integridad física de VRP se vio afectada por la puesta en peligro de un tercero, lo que conduciría a la prohibición de regreso y la impunidad de su conducta imprudente, en razón a que frente a cursos causales culposos, se presenta la interrupción del nexo generador del resultado cuando se interpone la acción dolosa o imprudente de un tercero que es la que finalmente se concreta en el mismo.

> *"La teoría de la prohibición de regreso, de larga data -hecha en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material-, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante,* ***excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra***[39]***".*** *(subraya fuera del texto)*
>
> *3. Por virtud de este principio, no se imputa objetivamente un resultado a quien al*

[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de fecha 8 de agosto de 2011, radicado 25974, M.P. María del Rosario González Muñoz

[39] Sentencia del 20 de abril de 2006, radicado 22941.

Tribunal Superior de Bogotá

ejecutar un comportamiento inocuo para el derecho facilita la comisión de un delito por cuenta de un tercero, salvo que ostente la posición de garante y con su comportamiento haya excedido los limites del riesgo permitido.

Por el contrario, habrá lugar a imputar el resultado típico cuando la acción discutida, aunque irrelevante para el derecho facilite y estimule la comisión de un delito doloso o culposo por parte de un tercero y (i) se tenga la posición de garante respecto del bien jurídico puesto en peligro o vulnerado; (ii) el comportamiento cuestionado sobrepase los límites del riesgo permitido y, (iii) se tenga el conocimiento de la probable comisión del delito."[40]

(…)

De ellas se establece con claridad que si bien, **Israel Gaitán Bossa** era el encargado de conducir la camioneta de placa VXA 405 y debía transportar dentro de su automotor a varios menores desde sus respectivos domicilios hasta la Finca Sindania y de vuelta trasladarlos nuevamente a sus viviendas, Jessica Alejandra Rubio era la encargada de ayudar a descender a los niños, custodiarlos y entregarlos personalmente a quien debía recibirlos, deber en el que se incluía no dejar que los menores cruzaran solos la vía y por consiguiente quien debía llevarlos a sus progenitores en las respectivas residencias.

7.2.2.5. Gaitán Bossa se limitó a manejar su vehículo bajo las condiciones en las que fue contratado el servicio, esto es, llevar a los menores a la Finca Sindania y luego de vuelta a sus viviendas, acción que cumplió a cabalidad, incluso dentro de los parámetros del artículo 84 del Código Nacional de Tránsito que la primera instancia considera desatendidos, toda vez que el accidente no se produjo ni dentro del automotor, ni al subir o bajar de la ruta, sino cuando la menor pretendió pasar la vía sola, después de evadir a la monitora Jessica Alejandra, que para entonces asumía la custodia.

En efecto, el acusado no solo detuvo totalmente la marcha de la camioneta antes de que la encargada y la niña descendieran, sino que estacionó el vehículo junto a una acera, al punto que parte del automotor estaba ubicado en la entrada de un parqueadero, para garantizar la salida segura de las pasajeras, lo que tuvo como resultado que la menor bajara sin lesión alguna del mismo.

Ahora bien, si dejar a una niña en la acera contraria a su vivienda de tal manera que debe pasar la calle significara *per se* crear un riesgo jurídicamente desaprobado o incrementar el permitido, la normatividad de tránsito prohibiría a todo niño cruzar cualquier vía, sea solo o acompañado, lo que no sucede en la realidad, pues el artículo 59 de la Ley 769 de 2002 solo exige que los menores de 6 años crucen las calles acompañados de un mayor de 16, custodia que en este caso no correspondía al enjuiciado, se insiste, sino a la monitora, quien así lo ha asegurado a lo largo del proceso.

Incluso, piénsese por ejemplo que la vía no fuere de doble circulación sino exclusivamente en sentido oriente-occidente; según el razonamiento del *a quo*, este tendría entonces dos soluciones, a saber: *la primera*, concluir que el acusado también violó el deber objetivo de cuidado al *"haber defraudado las expectativas del servicio de transporte"* a pesar de la prohibición de parquearse en el andén frente a la edificación donde vivía VRP, pues según ese criterio, le era exigible circular en contravía, con la vulneración a las normas de tránsito que ello conlleva, todo con tal de poder dejar a la niña frente al edificio que habitaba. *Y la segunda*, considerar que en el caso propuesto no se incrementó el riesgo permitido al apearse en la acera contraria al edificio, no obstante en los hechos investigados y en la situación hipotética la menor igualmente debía cruzar la calle, pero acompañada y protegida por la monitora.

[40] Sentencia de 5 de diciembre de 2011, rad. 35.899.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

Dichas posiciones jurídicas se advierten incoherentes y además, de ellas se extrae que según la primera instancia, el incremento del riesgo permitido depende de si la calle es de uno o dos sentidos, lo que en este caso no fue determinante, toda vez que el automotor que impactó a la menor transitaba de oriente a occidente al igual que la camioneta que la transportaba y por ende, aún si la vía hubiera sido de una sola dirección se habría presentado el mismo desenlace para la menor, por la intervención del tercero en el curso causal que ya se venía desarrollando.

Igualmente, resulta relevante poner de presente que la propia Jessica Alejandra Rubio dijo que el lugar de la acera frente al domicilio de VRP, donde Israel Gaitán Bossa debía parquearse, estaba ocupado por otro automotor, de lo cual es apenas lógico concluir que no solo no le era exigible, sino físicamente imposible, que la camioneta ocupara al mismo tiempo un espacio utilizado por otro velocípedo, lo cual permite entrever que parquear en el andén contrario al edificio no se debió al capricho del conductor, sino fruto de una situación externa que lo forzó a apearse en las circunstancias en que lo hizo.

Además, recuérdese que la calle 141 no era una vía con un alto flujo de automotores, pues a la hora del insuceso solo se encontraban parqueados en la calle dos vehículos, entre ellos el de **Israel Gaitán Bossa** y solo circulaba el conducido por **Myriam Cecilia Torres Barón**, de lo que se extrae que el hecho de que VRP tuviera que atravesar una calle que en ese momento presentaba un mínimo de tráfico no fue lo que la puso en riesgo, pues se supone que esta acción iba a ser ejecutada en compañía de Jessica Alejandra Rubio.

En similar orden de ideas, valorada la situación desde una perspectiva *ex ante*, el Tribunal encuentra que un hombre medio, puesto en la situación a la que el procesado se enfrentó, habría actuado de la misma forma, en tanto el hecho de aparcar en la acera contraria a la residencia de VRP no ponía directamente en riesgo su integridad física o su vida y si bien el acusado sí tenía una posición de garante frente a la niña, lo fue pero respecto de la actividad de conducción, pues su deber era regirse de acuerdo a su papel en la comunidad, que no era otro que el de manejar su camioneta y esto, se insiste, lo cumplió a cabalidad, como se puede deducir de las pruebas allegadas, al advertir que el acusado no tenían entre sus deberes la protección de la menor por riesgos no provenientes de su actividad de manejo y menos, el de prever que VRP se soltaría de la mano de la monitora Jessica Alejandra Rubio y trataría de cruzar presurosa la calle, sin avizorar los peligros a los que se sometía.

Es decir, frente al bien jurídico de la integridad personal de quien resultó afectada no tenía la obligación legal o constitucional de actuar de forma diversa, evitando riesgos imputables a otros sujetos, como la guardadora de la niña y cuya misión sí era el cuidado y vigilancia de las menores desde que bajaban del vehículo hasta que eran entregadas a sus padres o designados.

(…)

Las anteriores consideraciones impiden imputar objetivamente el resultado al conductor escolar, pues aun cuando el acusado adelantó una labor *per se* peligrosa, no fue aquel quien produjo el resultado ofensivo sino que se trató de un evento imputable a un tercero, que permitió que la menor se soltara de su mano y pretendiera pasar la calle sola, actividad que en absoluto debe ser atribuida ni extendida a **Israel Gaitán Bossa**.

De ahí que **c**omo no existe nexo de causalidad entre la acción de **Israel Gaitán Bossa** (parquearse en el andén contraria al edificio habitado por la víctima) y las lesiones sufridas por VRP en cuanto la causa eficiente provino de otra persona como ya se refirió, no hay razón para imputar objetivamente su afectación a la integridad personal, aspecto a determinar en sede de acción y tipicidad en los delitos culposos que demandan una imputación objetiva del resultado a una acción realizada por fuera de las normas que regulan el desarrollo de la actividad que genera causalmente del siniestro.

Por lo anterior, considera la Sala que la prueba recaudada y valorada en su conjunto, no demuestra que **Israel Gaitán Bossa** sea el autor determinante de las lesiones personales culposas de VRP en accidente de tránsito, corolario que conduce a la **REVOCATORIA** de

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

la decisión de primera instancia por ausencia de nexo de causalidad entre la conducta del acusado y el resultado (lesiones de la menor) y en consecuencia, absolver a **Israel Gaitán Bossa** enrostrado del delito enrostrado.

(…)

7.3. Sobre la responsabilidad de Myriam Cecilia Torres Barón

(…)

7.3.2. Ahora bien, no obstante el automotor presentó una zona de impacto en el guardafango derecho delantero, lugar que en principio se encuentra dentro del radio de visión de la conductora, esto no significa que haya tenido que ver a la víctima como aseveran la Fiscalía y el apoderado de la ofendida, pues olvidan que VRP estaba oculta tras la camioneta del señor **Israel Gaitán Bossa**, desde donde emprendió la carrera para cruzar la calle, lo que sumado a la distancia lateral entre los dos carros, permite aseverar que sólo transcurrió una pequeña fracción de tiempo entre el momento en que VRP ingresó al campo de visión de la acusada y el instante en que chocó contra el Chévrolet Corsa, lo que aunado a la baja estatura de la pequeña, de aproximadamente 1,10 metros, explican satisfactoriamente por qué **Torres Barón** no divisó a la niña al momento del impacto, ni mucho menos previamente, por lo que de tal hecho (no haber advertido la presencia de la niña) no es viable inferir que la acusada no prestaba la atención debida o que conducía de manera descuidada.

(…)

7.3.4. De lo anterior también se infiere que, contrario a lo afirmado por el apoderado de la lesionada, a **Myriam Cecilia Torres Barón** no le era exigible adoptar ninguna otra medida adicional, pues, en resumen, no iba más rápido de lo permitido, no realizó acción alguna que impidiera a la menor descender de la camioneta y al ejecutar el sobrepaso tuvo las precauciones del caso al asegurarse de que no hubieran automotores que transitaran en sentido contrario o peatones que cruzaran a vía, todo esto aunado al hecho de que, como se explicó, la acusada no observó a la niña debido a que estuvo en su campo de visión tan solo una corta fracción de tiempo.

Razones que permiten afirmar más allá de toda duda que la enjuiciada observó cabalmente el deber objetivo de cuidado y por ende, no elevó en manera alguna el riesgo jurídicamente aceptado al conducir su vehículo, lo que de suyo conduce a concluir que si bien, causalmente fue la generadora de las lesiones, ellas se debieron a la conducta del tercero (la menor cruzara la vía sin su acompañante y sin la diligencia ni protección debida) y por consiguiente, el resultado tampoco le es imputable jurídicamente al no darse los presupuestos exigidos por el artículo 9° del Código Penal, como que la causalidad por si sola no basta atribuir el resultado.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.7. M.P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000000-2013 00793-01 (17-03-2014) CANCELACIÓN DE REGISTROS FRAUDULENTOS – Es de obligatorio cumplimiento para el funcionario judicial – Prima el derecho de la víctima sobre el del tercero aunque sea de buena fe.

7.3. El inciso 2° del artículo 101 de la Ley 906 de 2004 prevé que en la sentencia condenatoria se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable que el registro fue obtenido de manera ilegal. Así mismo, el inciso final dispone que si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes.

7.4. De la sola lectura del artículo señalado se extrae que el único requisito que se exige para la cancelación de anotaciones obtenidas de forma fraudulenta es que se llegue al convencimiento más allá de todo cuestionamiento de que efectivamente fueron conseguidas de esa forma, sin que se establezca que solo cierta autoridad judicial deba ordenar dicha medida. Al contrario, la norma prevé que en el evento en que se sigan varios procesos, sin importar a qué jurisdicción

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

correspondan, el juez penal que ordene la medida debe comunicar esa decisión a las demás autoridades, de lo que refulge claro que la norma faculta **a cualquier juez penal que conozca del proceso a ordenar la cancelación de los registros espurios cuando se tenga certeza sobre el origen ilícito de estos**, contrario a lo afirmado por el actor, que considera que solo el funcionario que investigue un delito específico, que aleatoriamente estableció era el que conocía el punible de falsedad en documento público, es el competente para decidir sobre la imposición de la medida de restablecimiento del derecho estudiada.

7.5. Ahora bien, desde el punto de vista de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, brota incontestable que la cancelación de los registros espurios no solo es una medida necesaria, eficaz y adecuada para garantizar el derecho a la reparación que le asiste a la víctima, sino que se constituye en un estricto deber cuyo cumplimiento es ineludible para el Juez. En efecto, esa Alta Corporación ha dicho:

> *"… [S]e advierte que el restablecimiento del derecho (i) tiene su fundamento en la Carta Política (art. 250-6);…**(iv) la cancelación de títulos de propiedad y registros obtenidos fraudulentamente (art. 101 ibídem) es una medida eficaz y adecuada para restablecer el derecho y garantizar la indemnización integral de las víctimas; (v) ésta se debe adoptar en la sentencia o en cualquier otra providencia que ponga fin al proceso penal, cuando aparezca demostrado más allá de toda duda razonable el carácter fraudulento de los títulos de propiedad; y, (vi) quienes resultaren afectados por la cancelación de los registros pueden concurrir al proceso penal para hacer valer su derecho, pero de todas formas el justo título que detenten se entenderá desvirtuado "al alcanzarse el 'convencimiento más allá de toda duda razonable' sobre el carácter fraudulento de dichos títulos"**.*
>
> *(…)*
>
> *Se concluye, entonces, que el restablecimiento del derecho y, por contera, las medidas que en su aplicación se adopten, como la prevista en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, atendida su consagración constitucional y legal como principio rector del procedimiento penal, (i) es de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales que tienen a su cargo el proceso; (ii) procede su aplicación en cualquier fase de la actuación a condición de que se cumplan las previsiones del citado precepto y las consignadas en la sentencia C-060 de 2008 de la Corte Constitucional; y, **(iii) en todos los casos, sin excepción, prima el derecho de la víctima del delito a que se privilegie el título obtenido justamente, sobre el del tercero a que se mantenga un título derivado de un acto fraudulento, sin importar su condición, vale decir, si es de buena o mala fe, exenta o no de culpa**"*(negrillas fuera del texto).[41]

7.6. De la jurisprudencia invocada se entiende sin mayor elucubración que dejar sin efecto las anotaciones alcanzadas ilegalmente: *"**es de obligatorio cumplimiento** por parte de los funcionarios judiciales que tienen a su cargo el proceso"*, de lo que se extrae que el censor en últimas solicita que el juez se abstenga de cumplir con su obligación legal de disponer la anulación de los registros 19 y 20 del folio de matrícula inmobiliaria 50N-20088972 y de la escritura pública número 5604 de 12 de diciembre de 2008 de la Notaría 48 del Círculo de Bogotá, no obstante en **este proceso** se llegó al convencimiento más allá de toda duda de que **Manuel José Ruan Hijuelos empleó documentos espurios** para hacer incurrir en error al notario que elaboró y suscribió la escritura y al registrador de instrumentos públicos del lugar donde está ubicado el inmueble, para lograr la obtención fraudulenta del instrumento público y las anotaciones señaladas.

En este orden, como la falsedad que se investiga por separado, la estafa y el fraude procesal aquí juzgados son delitos conexos y en este proceso quedó demostrado que la adulteración fue el medio para realizar los otros dos tipos penales y así obtener la defraudación económica, que era el fin perseguido por el sentenciado, por ello, se concluye, el *a quo* estaba facultado para adoptar la decisión censurada.

[41] Sentencia de 11 de diciembre de 2013, rad. 42.737.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

7.7. Además, se advierte claro que la anulación de registros tiene como finalidad la protección de los derechos de la víctima, en este caso el Banco AV Villas, fin legal y Constitucionalmente protegido que impele al funcionario judicial a velar por su protección, sin que ello signifique que la medida adoptada desproteja los derechos del tercero adquirente, en tanto está la posibilidad de acudir a la justicia civil a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios, o, si es su deseo, intervenir en el incidente de reparación integral con el exclusivo fin de que el penalmente responsable le repare el daño causado con la conducta punible, vías idóneas para la protección de sus derechos patrimoniales.

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

1.8. M.P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. ACCIÒN DE TUTELA 110012204000 20140117000 (03-06-2014) PENSIÓN DE INVALIDEZ – La fecha de la calificación del a invalidez es la que se debe tener en cuenta para contabilizar los aportes realizados y así verificar el cumplimiento de las 50 semanas exigidas, y no la fecha de estructuración de la invalidez.

5.4. En ese orden, la pensión de invalidez es la prestación económica destinada a cubrir las contingencias generadas por la enfermedad común o el accidente de trabajo que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral. A diferencia del reconocimiento de otras prestaciones sociales, como la pensión de vejez, no existe un régimen de transición establecido para la prestación económica de invalidez.[42]

Lo anterior se explica en virtud de que el hecho que produce el estado de discapacidad no es previsible, mientras que los factores para establecer si una persona ha adquirido o no el derecho a la pensión de vejez son determinables, entre otros, por el tiempo de cotización y la edad.[43]

5.5. Pese a no existir un régimen de transición aplicable a este tipo de eventualidades, en virtud de los principios de equidad y dignidad humana y, en aras de asegurar la calidad de vida de las personas, como parámetro indispensable para la realización eficaz de los derechos sociales, las autoridades judiciales y administrativas deben realizar un análisis amplio frente al fin que se persigue con el cambio legal de un régimen a otro y, no limitarse a aplicar de manera automática los requisitos legales al momento en que sobrevenga el hecho de la discapacidad[44].

5.6. Específicamente, en el **Decreto 758 de 1990** que aprobó el acuerdo No. 049 del mismo año, se requería para acceder a la pensión de invalidez además del requisito de discapacidad permanente el de haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época, con anterioridad a dicho estado.

De otro lado, en la **Ley 100 de 1993, artículo 39,** que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, se requería que el afiliado hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez o que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento de la configuración del estado de invalidez.

Posteriormente, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por la Ley 860 de 2003 que comenzó a regir a partir del 26 de diciembre de 2003, cambiando las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez:

*"**1. Invalidez causada por enfermedad:** Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

[42] Corte Constitucional, sentencia de tutela T-043 del 1 de febrero de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[43] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicación No. 24280, acta No. 60 del 5 de julio de 2005. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

[44] Corte Constitucional T-299 de 2010

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

2. Invalidez causada por accidente: *Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez."*

Finalmente en Sala Plena, la H. Corte Constitucional se ocupó de resolver la demanda de constitucionalidad interpuesta contra la referida ley. Analizó los requisitos exigidos para otorgar el reconocimiento de la pensión de invalidez y en la sentencia **C-428 de 2009** declaró la inconstitucionalidad del requerimiento de fidelidad por violación del artículo 53 de la Constitución. …

(…)

Por lo que la sentencia, declaró inexequible la expresión referida a la fidelidad consagrada en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003: "*y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez*".

Con todo, el examen constitucional mantuvo la exéquibilidad de las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años a la fecha de estructuración de la invalidez, puesto que el pronunciamiento de fondo se refirió al tema de la fidelidad al haberse demostrado altamente regresivo. De ahí puede concluirse, que el régimen actual y aplicable para pensionarse por invalidez por causa de enfermedad es el señalado en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo lo referente a la fidelidad, como se explicó anteriormente.

Entonces, teniendo claridad del régimen vigente para el tema de pensión de invalidez, es necesario aclarar que contrario a lo que ocurre con la normatividad que regula la pensión de vejez (artículos 33-37 Ley 100 de 1993) para la pensión de invalidez no hay régimen de transición que pueda privilegiar a los cotizantes durante la vigencia de las diferentes modificaciones legislativas; así las cosas, en cada caso en concreto deberá revisarse si el interesado cumple con las 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, requisitos del régimen dispuesto en el numeral 1º del artículo 1º Ley 860 de 2003 para el reconocimiento y pago de la pensión[45].

5.7. A propósito de la exequibilidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 definida por la sentencia de constitucionalidad C- 428 de 2009, en cuanto al requisito de las 50 semanas durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, determinó el régimen aplicable para regular el reconocimiento de las pensiones de invalidez; así que las regulaciones anteriores (Ley 100 de 1993 o Acuerdo 049 de 1990) no pueden seguir siendo aplicadas por vía de favorabilidad, pues no hay *duda* respecto de las interpretaciones, y difícilmente se admite más de una lectura de los sistemas normativos, sobre todo cuando éstos han sido derogados,[46] como lo determinó la Corte Constitucional.

5.8. Ahora bien, cuando la causa de la invalidez se deriva de enfermedad crónica, degenerativa o congénita y en el dictamen que establece el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral se indica que la estructuración de la disminución aconteció en fecha anterior, se debe examinar si lo último está acorde con la realidad, pues de no ser así, se vulneran la seguridad social y el mínimo vital de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

En efecto, existen casos en que la fecha de la pérdida de la capacidad para trabajar es diferente al comienzo de la enfermedad o de la data en que ocurrió el accidente, circunstancia que suele ocurrir frente a las enfermedades enunciadas, como en el caso bajo estudio que se caracterizan porque el padecimiento permanece o se prolonga en el tiempo, generando una disminución paulatina de dicha capacidad.

---

[45] Sentencia T-138 de 2012.

[46] Corte Constitucional T-138-12

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

En estos casos los encargados de establecer tal limitación, es decir, las Juntas de Calificación de Invalidez, suelen fijar como calenda de estructuración de la invalidez la del primer diagnóstico de la enfermedad, para lo que acuden a la indicada en la historia clínica, pese a que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral *permanente y definitiva*[47] en un rango superior al 50% tal y como lo establece el Manual Único para la calificación de la invalidez –Decreto 917 de 1999-[48].

Sobre el particular la Corte Constitucional precisó:

"Ahora bien, ***es necesario analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de los casos en los que la causa de la invalidez de los pacientes se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, en los que la estructuración de la invalidez se establece en una fecha anterior al dictamen, pues en algunos casos, se ha determinado que ese dictamen vulnera el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los afiliados al Sistema.*** (Resaltado fuera de texto).

Con ese fin, es pertinente indicar que la pérdida de capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley, a partir de tal dictamen se determina la condición de la persona, indicándose el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía, de modo que se le asigna un valor a cada uno de estos conceptos, lo cual determina un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez.[49]

En el Decreto 917 de 1999 "Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995", se define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella "[…] en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación".

5.9. Así, es posible que, en razón de la enfermedad que genera la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración del estado de invalidez sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen,[50] a pesar de que la persona haya conservado sus capacidades funcionales y cotizado al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración. En estos eventos, la Corte ha sostenido que:

"[E]xisten casos en los que la fecha en que se pierde la aptitud para trabajar, es diferente a la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó ésta mengua. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, que al ser estos padecimientos de larga duración, su fin o curación no puede preverse claramente, degenerativas o congénitas por manifestarse

---

[47] Artículo 2 del Decreto 917 de 1999 "Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptanse las siguientes definiciones:
a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.
b) Incapacidad permanente parcial: Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%.
c) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.
d) Trabajo Habitual: Se entiende como trabajo habitual aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social".

[48] Corte Constitucional, Sentencia T163 de 2011.

[49] Artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, "por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de la Juntas de Calificación de Invalidez."

[50] El artículo 3 de Decreto 917 de 1999 al definir la fecha de estructuración señala: "Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez".

Tribunal Superior de Bogotá
Tribunal Superior de Bogotá

éstas desde el nacimiento, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina.

Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir, las Juntas de Calificación de Invalidez, establecen como fecha de estructuración *de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad,* ***a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva[51] superior al 50[52] %, tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez – Decreto 917 de 1999-****[53].* (Resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de **forma definitiva y permanente** su capacidad laboral igual o superior al 50%. y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.

5.10. En el ***sub-exámine*** con fundamento en la situación fáctica y la decisión tomada en primera instancia le corresponde a esta Colegiatura establecer si con la determinación de la Administradora Colombiana de Pensiones –**Colpensiones**- de negar la pensión de invalidez al ciudadano **AA** se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida y de contera, al debido proceso administrativo.

5.10.1. Esta Sala considera que en esta oportunidad el mecanismo ordinario no es idóneo y eficaz, pues conforme lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional, el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que como el demandante, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario.

(…)

5.10.2. Ahora bien, informa el expediente que el señor **Jaime Garzón Juzga** fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del **50.07%** con fecha de estructuración del **03 de agosto de 2010**[54], razón por la cual solicitó a **Colpensiones** el reconocimiento de la pensión de invalidez, a lo que la entidad se negó, bajo el argumento que conforme lo previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003: "…*el asegurado no acredita el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la prestación solicitada"*[55].

Como puede verse, la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez se

---

[51] Artículo 2 del Decreto 917 de 1999 "Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptanse las siguientes definiciones:
a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.
b) Incapacidad permanente parcial: Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%.
c) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.
d) Trabajo Habitual: Se entiende como trabajo habitual aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social".

[52] Artículo 3 del Decreto 917 de 1999: "la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez".

[53] Corte Constitucional, Sentencia T163 de 2011.

[54] Ibídem Dictamen No.201302856KK

[55] Folios 34-35 del trámite de primera instancia. Resoluciones No. GNR 152471 del 26 de junio de 2013.

Tribunal Superior de Bogotá Tribunal Superior de Bogotá

centra en el hecho de que el actor no cotizó bajo el régimen pensional en cita las 50 semanas allí exigidas durante los último año con anterioridad al estado de invalidez, como lo afirma la Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de **Colpensiones** en el acto administrativo No. GNR 152471 del 26 de junio de 2013[56], confirmado luego por las Resoluciones No. GNR 178734 del 10 de julio[57] y VPB 6785 del 8 de noviembre del mismo año.

(…)

No obstante, advierte la Sala que a pesar de haber sido calificado como inválido, según dictamen No. 201302856KK del 3 de enero de 2013 que expidió **Colpensiones**, el señor **Jaime Garzón Juzga** siguió sufragando al sistema de pensiones, incluso hasta el 31 de enero de 2014[58].

5.10.4. Sin embargo, para la Sala la conclusión a la que arribó **Colpensiones** resulta desproporcionada y no se ajusta a los lineamientos jurisprudenciales relacionados precedentemente, repercuten en conculcar prerrogativas fundamentales invocadas a favor de quien claramente es sujeto de especial protección.

Cuando el ente prestador de servicios de seguridad social debe analizar la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez reclamada por quien padezca una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, como la que presenta el actor[59] u otra de similar afectación, debe fijar la fecha de estructuración de la invalidez atendiendo las circunstancias reales de cuando la enfermedad se manifiesta con potencialidad de disminuir la capacidad de trabajo, según el respectivo pronunciamiento científico[60].

Es decir, para estos casos excepcionales, **la fecha de la calificación de la invalidez es la que se debe tener en cuenta para contabilizar los aportes realizados y así verificar el cumplimiento de las 50 semanas exigidas**, en virtud de las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó cotizando al sistema, no obstante las pesarosas circunstancias afrontadas a raíz de su enfermedad[61]. (Resaltado fuera de texto).

Relatoría/consulta/2014/Providencias incluidas en los boletines

GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente

PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora

---

[56] Ibídem
[57] Folio 36-37 ib.
[58] Ver folio 44 ibídem
[59] "Luxación congénita de caderas, espondiloartrosis y discopatía lumbar múltiple, anterolistesis L5 S1"

[60] Recuérdese que el artículo 3° del Decreto 917 de mayo 28 de 1999 dispone (en el texto original solo está en negrilla el título): *"**Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral.** Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. **Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayudas diagnósticas, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación**…"*

[61] Ver Sentencia T-697-13 MP.

Tribunal Superior de Bogotá