2015

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

[TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL RELATORÍA BOLETÍN NO. 1]

30 DE ENERO DE 2015

MAGISTRADOS

ROGELES MORENO LEONEL

RODRÍGUEZ CARDENAS JORGE DEL CARMEN

ÍNDICE ALFABÉTICO

IMPUTACIÓN OBJETIVA – Creación de un riesgo no permitido: Criterios limitantes. Pág.....1

ACCIÓN A PROPIO RIESGO – Requisitos. Pág.....1

POSICIÓN DE GARANTE – De quien asume de forma voluntaria la protección real de un grupo. Pág.....1

ALLANAMIENTO A CARGOS – Inaplicabilidad de la rebaja contemplada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad. Pág.....4

ALLANAMIENTO A CARGOS – Inaplicabilidad de la rebaja contemplada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad. Pág.....5

MARGINALIDAD O POBREZA EXTREMA – Requisitos para su reconocimiento – Después del allanamiento a cargos no es factible reclamar el reconocimiento de esta circunstancia. Pág.....5

ALLANAMIENTO A CARGOS - Capacidad de las personas que padecen trastornos metales, para expresar su consentimiento y comprender las actuaciones del proceso penal. Pág.....7

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Facultades para efectuar la adecuación típica de la conducta. Pág.....9

PREACUERDOS - Alcance del control de legalidad que el juez de conocimiento debe ejercer. Pág.....9

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Fuerza mayor y caso fortuito – Justa causa – Carga dinámica de la prueba. Pág.....10

JUSTA CAUSA - Le corresponde probarla a quien la alega. Pág.....10

RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE VÍCTIMA – Aunque la audiencia de acusación es el escenario propio para la determinación de la calidad de víctima, nada impide su participación en fases previas o de manera posterior a la audiencia preparatoria. Pág.....13

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

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. ROGELES MORENO LEONEL Rad. 11001-6000-017-2009-04535-01 (27-03-2014) IMPUTACIÓN OBJETIVA – Creación de un riesgo no permitido: Criterios limitantes / ACCIÓN A PROPIO RIESGO – Requisitos / POSICIÓN DE GARANTE – De quien asume de forma voluntaria la protección real de un grupo.

La teoría de la imputación objetiva surge para explicar la relación entre la acción y el resultado en el delito imprudente, desplazando la llamada *"causalidad"* fundada en circunstancias naturales e introdujo consideraciones jurídicas marcadas por la teoría de la relevancia, ya que con base en aquella debe analizarse si el comportamiento despliega una actividad riesgosa que va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo

Tribunal Superior de Bogotá

legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal[1].

Sobre este aspecto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha indicado:

> *"Como es evidente, la simple relación de causalidad material no es suficiente para concluir en la responsabilidad penal de un procesado. A ello es menester agregar otras razones, entre ellas, las que demuestran que la consecuencia lesiva es 'obra suya', o sea, que depende de su comportamiento como ser humano. O, como se dice en el nuevo Código Penal, que plasma expresamente aquello que desde mucho tiempo atrás se viene exigiendo, 'La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado' (artículo 9º).*
>
> *En casos como el analizado, la imputación jurídica -u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista vínculo causal entre los tres factores.*
>
> *Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación, el suceso fatal.*
>
> *Dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aún en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo, por ejemplo porque el evento es imputable exclusivamente a la conducta de la víctima[2"3].*

Así, frente a una posible conducta culposa, lo primero que debe valorarse es si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y en segundo lugar, se tiene que valorar si ese peligro conllevó al resultado.

Entonces, para establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan esa expresión de contenido[4].

Veamos algunos de ellos, conforme lo sostuviera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

> *"1. No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una "conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa[5]", que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.*
>
> *2. Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (lex artis) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual "el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia[6]".*
>
> *3. Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina[7] Jakobs, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin[8"9]*

Ahora, para que la acción a propio riesgo o autopuesta en peligro de la víctima excluya o modifique la imputación al autor o participe es necesario que ella tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado; que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar; y que el actor no tenga posición de garante respecto de ella.

En cambio, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta "*cuando una persona con su comportamiento supera el riesgo admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar*

---

[1] JAKOBS, Gunther, La imputación objetiva en Derecho penal, trad. Manuel Cancio Meliá, 1ª reimp., Grijley, Lima, 2001.

[2] *Sentencia Rad. 19646 de 27 de agosto de 2003.*

[3] *Sentencia del 6 de abril de 2006 proferida dentro del Radc. 25040.*

[4] *Verse, entre otras, sentencias del 4 de abril de 2003, rad. 12472, 20 de mayo de 2003, rad. 16636; y 20 de abril de 2006, rad. 22941.*

[5] *Roxin Claus, Op, cit, Pág. 24 y 25.*

[6] *Sentencia Rad. 16636 de 20 de mayo de 2003.*

[7] *Jakobs, Gunther Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Paris, Madrid, 1997, Pág- 293 y ss.*

[8] *Roxin Claus, Op. Cit, Pág. 404.*

[9] *Sentencia Rad. 27388 de 8 de noviembre de 2007.*

Tribunal Superior de Bogotá

el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño"[10].

Para ello se torna suficiente que en la realidad fáctica se haya dado alguno de los generadores de culpa, vale decir, la existencia de negligencia, impericia e imprudencia, última en la cual se incluye la violación de reglamentos, vulneración del principio de cautela, etc., los cuales deben tener trascendencia a efecto de que permitan configurar el criterio general y técnico del deber objetivo de cuidado, según lo ya indicado.

Luego de las anteriores precisiones jurisprudenciales y doctrinales, el análisis del asunto se centrará en el estudio de la sentencia apelada en cuanto a la responsabilidad de los acusados de cara a las pruebas que sobre el particular se adujeron en el juicio oral:

En primer término, la víctima manifestó que el día de los hechos acudió a una convocatoria efectuada por Henry Francisco Bejarano Jiménez, en su condición de coordinador del grupo de voluntarios de la Cruz Roja al cual pertenecía desde febrero de 2008 con el fin de asistir a una práctica de "bomberotecnia".

Esa calidad se encuentra corroborada por Laura María Palacios Arciniegas, directora ejecutiva de la Seccional Cundinamarca y Bogotá de la Cruz Roja Colombiana, quien aseguró que Henry Bejarano para el 31 de mayo de 2009 era el "*director de la agrupación de socorrismo"* e incluso indicó que dicho ciudadano hacia parte del grupo de avanzada y rescate, y cuyos integrantes "*tienen algunos conocimientos de bomberotecnia"* a pesar de que en la línea de la Cruz Roja no está *"la de apagar incendios"*[11].

Y respecto de la función asumida por Henry Francisco en el desarrollo de la práctica de bomberotecnia, Carlos Graciam Sánchez Ocampo, uno de los voluntarios de la Cruz Roja, adujo que asistió a la actividad y que fue "bautizado" con ocasión de su ascenso a instructor, por lo que le consta que Henry siempre estuvo coordinando el grupo, daba instrucciones *"porque él era el encargado de ellos",* e incluso fue quien hizo la recogida de los equipos y de las herramientas una vez terminada la actividad[12].

Con relación a la calidad en la que intervino Carlos Humberto Cortés Sarmiento, la representante de OPAIN S.A. Melba Rocío Pérez Tuta, señaló que éste era quien en el momento del incidente en cuestión maniobraba la máquina de bomberos T-1500 de propiedad de su empresa, además indicó que el ciudadano ostentaba el grado de sargento maquinista y que para obtenerlo debió realizar 700 horas de capacitación en el Centro de Estudios de la Aerocivil –C.E.A.-, además debió aprobar otro curso que dura 3 meses, luego de lo cual le entregan la licencia de "*bombero aeronáutico" y* tener mínimo cuatro (4) años de experiencia como bombero[13].

Estas afirmaciones fueron corroboradas por Fausto Yesid Rojas Espinosa, que para la época de los hechos trabajaba como bombero aeronáutico en el Aeropuerto El Dorado, quien señaló que la máquina de bomberos era manipulada por Carlos Cortés, mientras que Bejarano estaba encargado de hacer el acompañamiento del grupo de Cruz Roja[14].

Finalmente, se tiene que Camilo Andrés Zamudio Castro, voluntario de la Cruz Roja desde 1.999, señaló que el 31 de mayo de 2009 el grupo de voluntarios "liderado" por Henry Bejarano asistió a las prácticas de bomberotecnia de forma particular, ya que la Cruz Roja había cancelado la autorización la noche anterior a la práctica. También señaló que Henry estuvo presente en las actividades *"como soporte del grupo, porque ninguno de los instructores teníamos experiencia bomberil, excepto Fausto, entonces las actividades fueron guiadas por los bomberos del aeropuerto y nosotros como instructores prestamos el apoyo a la organización del grupo y los temas que requerían que los apoyaran"*[15].

Bajo tales presupuestos es claro que independientemente de que la Cruz Roja Colombiana haya cancelado el permiso para que el grupo de voluntariado de la Seccional

---

[10] *Sentencia Rad. 24696 de 7 de diciembre de 2005.*
[11] Minuto 1:36:35 del cd del 18 de marzo de 2013.
[12] Minuto 18:51 del 2º cd del 16 de septiembre de 2013.
[13] Minuto 21:08 del 1º cd del 18 de marzo de 2013.
[14] Minuto 50:09 del 3º cd de fecha 16 de septiembre de 2013.
[15] Minuto 58:04 del 3º cd de fecha 16 de septiembre de 2013.

Tribunal Superior de Bogotá

Cundinamarca y Bogotá asistieran a esa práctica, y que Henry Francisco haya o no informado dicha situación a los participantes en la actividad, éste coadyuvó al ingreso de los integrantes del grupo a las prácticas bomberiles e incluso asumió el rol de coordinador, por lo tanto, le asiste razón al apoderado de la víctima cuando indicó que Bejarano Jiménez asumió voluntariamente la protección real del grupo, es decir, que tenía la posición de garante y, por ende, el deber de cuidado de los voluntarios que optaron por recibir el adiestramiento en bomberotecnia.

Igual calidad se debe pregonar de Carlos Humberto Cortés Sarmiento, quien además de bombero es sargento maquinista, experto en el manejo del carro expulsor de agua de propiedad de OPIAN S.A., e instructor en la práctica bomberil adelantada el 31 de mayo de 2009 al grupo en el que se encontraba Alexandra María quien debía garantizar que en desarrollo de esa actividad riesgosa no se vulnerara ningún bien jurídico tutelado por el legislador.

Así, la Magistratura encuentra probado que Henry Francisco, coordinador del evento y Carlos Humberto el maquinista, a pesar de que los participantes en la mencionada práctica no cumplían con las normas de seguridad mínimas, optaron por llevarla a cabo accionando, él último de los mencionados, la válvula que permite la salida del agua por la torreta de techo y las dos mangueras que para ese momento se encontraban conectadas al referido automotor, infringiendo flagrantemente disposiciones como el Decreto 953 de 1997, que rige la actividad bomberil, el cual en sus artículos 14 numerales 1, 2, 3, 4 y 5, y el numeral 1º del 15, donde se fijan los deberes y las prohibiciones del personal del cuerpo de bomberos, así como el manual de seguridad de OPAIN S.A.

Dicho de otro modo, en el presente caso efectivamente se ejecutó una conducta consistente en permitir una actividad de riesgo, esto es, utilizar la máquina de bomberos para una "celebración" sin que los participantes estuvieran dotados de los elementos mínimos de seguridad, como sería tener colocadas las monogafas, lo cual se tradujo en un resultado lesivo de la integridad física de Alexandra María con las consecuencias ya conocidas.

(…)

Finalmente, debe indicarse que tampoco asiste razón a la defensa cuando aseguró que Alexandra María al participar en la prueba sin tener puestas las monogafas realizó una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro, ya que como se indicó anteriormente, para que dicha situación modifique la responsabilidad respecto de los acusados, es necesario que ella en ese momento tuviera el conocimiento cierto del peligro que afrontaba con su actuar y que los actores no tuviesen posición de garante respecto de ella, requisitos que en el presente caso no se dan, toda vez que la víctima no tenía conocimiento de bomberotecnia distinto al aportado el día de la práctica por los instructores, ya que ella no era bombero sino voluntaria de la Cruz Roja, entidad que no tiene dentro de sus objetivos lo atinente a manejo de incendios, aunado a que como ya se indicó, tanto Henry Francisco como Carlos Humberto tenían la posición de garantes frente a Alexandra.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M.P. ROGELES MORENO LEONEL Rad. 110016000013-2012-06883-01(24-04-2014) ALLANAMIENTO A CARGOS – Inaplicabilidad de la rebaja contemplada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad.

Con relación a la aplicación por favorabilidad del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, encuentra la Magistratura que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia en auto del 13 de abril de 2011 proferido dentro del radicado 35946 señaló que era posible con base en el mencionado principio aplicar institutos procesales de la Ley 600 de 2000 a procesos regidos por la Ley 906 de 2004, siempre que no desnaturalicen el sistema con tendencia acusatoria, y viceversa, en el presente caso no puede ser despachada favorablemente dicha solicitud.

Primero, porque se generaría desigualdad frente a los que han aceptado los cargos mediante acuerdo debido a que la sentencia anticipada del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 concuerda con las aceptaciones unilaterales de cargos de la Ley 906 de 2004,

Tribunal Superior de Bogotá

por lo que aquéllos no podrían ser beneficiados con el descuento de la tercera parte.

Y segundo, porque aplicar el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 sería impedir el ejercicio de la función legislativa de trazar la política penal conforme las facultades otorgadas por la Constitución Política, según la cláusula general de competencia a que ha hecho referencia la Corte Constitucional en las sentencias C-1116 de 2003 y C-100 de 2011, pues el legislador no podría disminuir la rebaja por acogerse a la terminación anticipada del proceso de la Ley 906 de 2004 para que quede en cantidad inferior a la tercera parte de la sanción cuando el procesado se allana a la imputación, es decir, que aquel artículo 40 no le permitiría modificar en tal sentido los artículos respectivos del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Quiere ello indicar que a pesar de que los institutos del allanamiento a cargos y la sentencia anticipada, son análogos en su naturaleza, precedencia de formulación de cargos, el control de legalidad por parte del juez, el principio de la presunción de inocencia en que se fundan, la observancia del principio de publicidad, el reconocimiento y reafirmación del principio de lealtad procesal, la implícita confesión simple y la búsqueda de la eficacia del sistema judicial, no es dable acceder a la solicitud del impugnante.

Es más, tal como se afirmó por éste Tribunal el 2 de abril de 2013 en sentencia de segunda instancia proferida dentro del radicado 110016000019201210136 01, de haber sido factible la tesis planteada la Corte Suprema de Justicia cuando se pronunció el 11 de julio de 2012 dentro del radicado 38285 habría aplicado la proporción de la rebaja contenida en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, pero contrario a ello lo que hizo fue tasar la pena con estricto apego a lo establecido en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, lo cual lleva a concluir que jurisprudencialmente hablando no cabe aplicar aquí aquella norma al amparo del principio de favorabilidad.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M.P. RODRÍGUEZ CARDENAS JORGE DEL CARMEN Rad. 11001600001320121521101 (21-04-2014) ALLANAMIENTO A CARGOS – Inaplicabilidad de la rebaja contemplada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad / MARGINALIDAD O POBREZA EXTREMA – Requisitos para su reconocimiento – Después del allanamiento a cargos no es factible reclamar el reconocimiento de esta circunstancia.

Ahora bien, respecto de lo alegado por el defensor de María Elena Valencia Castaño y Manuel José Rodríguez Galvis, en el sentido de que se debe aplicar por favorabilidad, la rebaja de pena de que trata el art 40 de la Ley 600 de 2000 frente a la rebaja que consagra el artículo 351 de la ley 906 de 2004 modificado por el artículo 57 de ley 1453 de 2011, debe decirse lo siguiente: Si bien es cierto, la naturaleza de cada uno de los institutos de rebaja de pena aludidos, se encuentran inmersos y hacen parte de estructuras procesales, cuya filosofía y alcance se ubican dentro de una justicia premial que favorece a quien se allane a cargos, cada uno de ellos es distinto, en tanto pertenecen a esquemas procesales que **difieren**.

Es así como en el caso de la rebaja de pena de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, esta ostenta un mayor rango de diferencia con la consagrada por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, como quiera que la unilateralidad en la manifestación de voluntad sin condicionamientos, encaminada a no agotar el tramite ordinario del juicio con miras a obtener una rebaja punitiva, se introdujo un elemento de modificación del quántum de la rebaja de pena a obtener, relacionado con la circunstancia en que se da la captura, en situación de flagrancia, circunstancia objetiva que no está prevista en el allanamiento de que trata el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, por lo que resulta claro y evidente las diferencias en la obtención del beneficio de rebaja de pena que disponen estos dos institutos.

Así entonces, si bien ambas figuras jurídicas suponen rebajas punitivas cuando el procesado unilateralmente admite los cargos que se le formulan, no se trata de institutos iguales, como quiera que difieren en cuanto a las circunstancias que determinan el monto de la

Tribunal Superior de Bogotá

rebaja, ya que frente al instituto de la Ley 906 de 2004, quien se allane a los cargos habiendo sido capturado en flagrancia es beneficiario de una rebaja de pena de una cuarta parte del beneficio, en relación al momento procesal en que se allane a los cargos; es decir, un cuarto del beneficio del (50% si se allana en la formulación de imputación), un cuarto del beneficio (de una tercera parte) si se allana antes de que sea interrogado el acusado al inicio audiencia del juicio y un cuarto del beneficio (de la sexta parte) si se allana en desarrollo de la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, el instituto de que trata el artículo 40 de la ley 600 de 2000 establece una rebaja de pena no relacionada con la captura del beneficiario que se allane, estableciendo una diminuente fija y sin margen de discrecionalidad en su aplicación por parte del Juez, en cuanto que estas son invariables, de una tercera parte desde la diligencia de indagatoria hasta antes de que se fije fecha para la audiencia de juicio y de una octava parte si el allanamiento se hace después de que quede ejecutoriado el auto que fija fecha para la audiencia de juicio, y sin que se valore, lo referente a la captura de quien pretende beneficiarse del allanamiento.

En tales condiciones, es indudable que se trata de institutos diferentes, aspecto de vital importancia para efecto de las rebajas punitivas que proceden para el beneficiario, conforme a lo consagrado por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, de la cual emerge con toda claridad que lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 resulta inaplicable frente al allanamiento en casos de captura en flagrancia de que trata la Ley 906 de 2004, razón por la cual se ha de denegar lo pretendido por el defensor de los procesados.

(…)

Pretende el recurrente le sea aplicada a sus defendidos la circunstancia de menor punibilidad de la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, por cuanto se trata de dos personas consumidoras de sustancia estupefaciente sin una residencia estable, entre otros aspectos, que según su dicho encuentran respaldo en los informes realizados por los psicólogos de la Unidad Operativa de Investigación Criminal del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

En cuanto a esta afirmación, es menester recordar que para el reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, es obligatorio que exista de un lado, una relación o vínculo directo entre dichas circunstancias y los hechos delictuosos, es decir, que las condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema sean las que llevaron al agente a realizar la conducta punible, aspecto que es el que adquiere relevancia al momento de estudiar la aplicación de tal diminuente.

(…)

Es así, en el caso en examen, si bien la situación de los procesados no es la mejor dado que se trata de dos personas de bajos recursos económicos, consumidores de sustancia estupefaciente, encuentra esta Sala que ciertamente de lo obrante en la actuación no se desprende la existencia de un nexo causal entre estas circunstancias relativas a su condición económica y la influencia que estas hubieren podido tener en la ejecución del delito por el que se encuentran procesados.

Al respecto, no tuvo en cuenta el defensor, que para el otorgamiento del beneficio punitivo que se desprende en lo consagrado en el articulo 56 del Código Penal debe demostrarse con elementos materiales probatorios o evidencias físicas una de las condiciones que se alegan, bien puede ser el estado de marginalidad, el estado de ignorancia o la pobreza extrema, pero además de ello, debe establecerse de manera precisa y concreta la relación de causalidad que entre estas circunstancias existen con la ejecución del delito, en cuanto a la influencia que tubo una de estas circunstancias para que el agente del ilícito incurriera en la conducta delictiva.

(…)

Ahora, es claro que si la aceptación de cargos por los señores Manuel José Rodríguez Galvis y María Elena Valencia Castaño se realizó en la audiencia del 17 de julio de 2012, las entrevistas y concepto pericial emanados de la psicóloga jurídica adscrita a la unidad operativa de investigación criminal de la defensoría pública,

Tribunal Superior de Bogotá

la cual se cumplió con posterioridad al allanamiento a cargos como quiera que los informes periciales fueron entregados en enero y marzo de 2013, tales diligencias resultan inanes para cualquier fin procesal como quiera que con el acto de allanamiento a cargos, a las partes no les es posible retractarse, de tal manera incurre en un acto de deslealtad el abogado defensor al pretender hacer valer una entrevista y concepto pericial practicados con posterioridad a que sus poderdantes aceptaron los cargos por los que finalmente resultaron condenados.

Así las cosas, al no haberse demostrado la condición de marginalidad que se alega, la cual además no se puede discutir en este momento procesal, menos aún, cuando no se evidencia el nexo causal que ligue esta eventual circunstancia con la realización de la conducta ilícita de narcotráfico en la que fueron sorprendidos los inculpados en situación de flagrancia, es claro entonces que los señores Manuel José Galvis y María Elena Valencia no se hacen merecedores a la diminuente punitiva de que trate el artículo 56 del Código Penal, razón por la cual ha de concluirse que le asiste razón al señor juez de conocimiento en la decisión que tomó de negar el otorgamiento del instituto en comento.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

[16] Radicado Nº 39.834.

1.4. M.P. RODRÍGUEZ CARDENAS JORGE DEL CARMEN Rad. 110016000023 200600934 01 (07-04-2014) ALLANAMIENTO A CARGOS – Capacidad de las personas que padecen trastornos metales, para expresar su consentimiento y comprender las actuaciones del proceso penal.

De la retractación al allanamiento a cargos y de la capacidad de las personas que padecen trastornos metales, para expresar su consentimiento y comprender las actuaciones del proceso penal.

Al respecto, en proveído del 20 de noviembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero[16], la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró:

> *"… la retractación no es admisible en nuestro sistema procesal, entendida ésta como la simple voluntad del procesado de deshacer su asentimiento frente a la imputación o acusación dependiendo el momento en el que así lo manifieste, excepto que se concreten irregularidades de índole sustancial, derivadas de vicios del consentimiento o vulneración de derechos.*
>
> *En tal medida, a menos que se acredite que el procesado aceptó su responsabilidad a consecuencia de un error, fuerza o dolo, o que no se garantizó por ejemplo, su derecho a contar con una defensa técnica, resulta inadmisible retrotraer el proceso, en orden a dejar sin efectos la aceptación de cargos."*

Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde determinar la viabilidad de la retractación sugerida por la defensora de Mónica Reyes Rojas, ante la supuesta existencia de un vicio del consentimiento, expresado por la imputada el 6 de agosto de 2013, ante el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con función de Control de Garantías, al allanarse a los cargos que le fueron comunicados por la Fiscalía General de la Nación, dados los trastornos mentales que padece y que le impedían, en el decir de la abogada, la comprensión de las consecuencias de la aceptación de su responsabilidad, lo cual llevó a cabo en razón de la coacción ejercida por el defensor público que la asistió en las audiencias preliminares.

Pues bien, en lo que concierne a la capacidad de las personas que padecen trastornos mentales, para expresar su consentimiento y comprender las actuaciones del proceso penal, la Corte Constitucional, en la sentencia C-330/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, esbozó lo siguiente:

> *"…es posible concebir la realización de un hecho punible, por dos sujetos distintos. El delito es un hurto simple y puede suponerse, también que al momento de ocurrencia de los hechos, el primero tenía diagnóstico médico-psiquiátrico de*

Tribunal Superior de Bogotá

cleptomanía; el segundo, diagnóstico de trastorno afectivo bipolar (TAB).”

“(…)”

“23.4 Ahora bien, en el desarrollo del procedimiento penal no es claro cuál de los dos enfrentará dificultades para comprender las principales actuaciones del mismo, si es que alguno las afronta. No parece que la cleptomanía o la ansiedad crónica afecten ese conocimiento, de manera que la diversidad funcional puede ir de la mano de la plena comprensión de ciertas actuaciones jurídicas, lo que explica que en el evento supuesto no exista razón para evitar o limitar la participación de estas personas en el proceso penal.

23.5 Pero, finalmente, es viable imaginar que la persona que padece el TAB se encuentra en mayores dificultades para manifestar su voluntad en caso de que así se le solicite en el proceso penal. Tal vez el apremio de los funcionarios haga más intenso su desasosiego y, por lo tanto, desde el punto de vista social, ella sería la persona que enfrenta la discapacidad y que requiere los ajustes razonables. Con todo, en la medida en que es poco probable que el hurto haya sido condicionado por una situación de ansiedad, su aceptación de la imputación, allanamiento a cargos o los acuerdos que suscriba a la Fiscalía tendrían, en principio, pleno sentido.”

En un caso similar al que es objeto de análisis, la Corte Suprema de Justicia esbozó lo siguiente:

“Vale la pena resaltar a este respecto, que ninguna de las dos valoraciones fue contradictoria, sino que por el contrario, salta a la vista su armonía y confirmación sobre el estado mental del examinado, quien si bien es cierto padece un trastorno depresivo recurrente y presenta personalidad limítrofe que requiere de tratamiento psiquiátrico, también lo es que se estableció su capacidad de comprensión, autodeterminación y discernimiento, esto es, su condición de imputable para el momento de los hechos, así como su facultad para entender y decidir los asuntos tratados en las audiencias del proceso penal.

En este orden de ideas, los operadores judiciales establecieron de manera absoluta la legalidad del allanamiento a los cargos efectuado por el procesado, con la presencia, asesoría y aval de su defensor de confianza.”[17]

En aplicación de los citados postulados jurisprudenciales al presente asunto, es claro que para proceder a la admisión de la retractación de la imputada que previamente se ha allanado a los cargos impuestos por el ente fiscal ante el funcionario de control de garantías, el juez de conocimiento debe constatar la existencia de vicios del consentimiento o vulneración de derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, corresponde resaltar que si bien para sustentar su solicitud, la defensa adujo una historia clínica expedida por la IPS “Nuestra Señora de la Paz”, fechada del 28 de noviembre de 2013, a través de la cual, se da cuenta del diagnóstico de *“Trastorno Depresivo Mayor Episodio Actual Grave con Síntomas Psicóticos”*, que la procesada viene padeciendo desde los seis meses anteriores, y que a partir de los catorce años de edad presenta “Trastorno mixto ansiedad depresión”[18], ello no indica que haya ejecutado los hechos cuya responsabilidad aceptó, bajo la mencionada condición, como tampoco, que el 6 de agosto de 2013, ante el Juez Treinta y Siete Penal Municipal con función de Control de Garantías, haya manifestado su consentimiento frente a la imputación formulada, sin conciencia de las consecuencias que ello le devendría o bajo alguna forma de violencia o coacción que le impidiera discernir libremente su decisión.

Ello se puede corroborar en que al momento de ser interrogada por la funcionaria de control de garantías, manifestó comprender los cargos que le fueron imputados, las garantías que a su favor prevé el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal y los efectos que conllevaría la admisión de su responsabilidad[19]. Seguidamente, ratificó su entendimiento acerca de lo que significa el allanamiento a la imputación[20], y expresó su voluntad en tal sentido[21].

---

[17] Auto del 13 de febrero de 2008, proferido dentro del radicado Nº 28.155, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, en sede de revisión.

[18] Visible a folio 73 c. ppal.

[19] Min. 00:55:12 corte 3 Cd (06-08-13).

[20] Min. 00:02:00 corte 4 Cd (06-08-13).

[21] Min. 00:03:00 íd.

Tribunal Superior de Bogotá

Al igual, negó haber aceptado los cargos bajo amenaza o constreñimiento[22], o influenciada por sustancia que alterara su voluntad[23], con la debida asesoría de su abogado defensor[24], y de manera libre, consciente y voluntaria[25]. Frente a ello, el defensor público que la asistió en aquella oportunidad, no esgrimió ningún tipo de reparo y mucho menos, el estado de enajenación mental que se pretende aducir para dejar sin efectos la aceptación de su responsabilidad.

De conformidad con lo anterior, surge evidente el acierto del juez de primer grado al negar la retractación que se le planteó por parte de la defensa, en la medida que no se probó la concurrencia de vicio alguno que afectara el consentimiento de la imputada al momento de allanarse a los cargos endilgados por el delegado del ente acusador, como tampoco, vulneración de garantías fundamentales, circunstancias ante las cuales no podía el Juez Primero Penal del Circuito con función de Conocimiento, acceder a la petición de la representación defensiva, razón por la cual, se confirmará en su integridad lo decidido el 12 de diciembre de 2013.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

[22] Min. 00:19:00 ibíd.
[23] Min. 00:48:00 ejus.

1.5. M.P. RODRÍGUEZ CARDENAS JORGE DEL CARMEN Rad. 110016000023 201301105 01 (10-04-2014) FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Facultades para efectuar la adecuación típica de la conducta / PREACUERDOS – Alcance del control de legalidad que el juez de conocimiento debe ejercer.

Acerca de la potestad que ha sido otorgada al ente persecutor para adecuar la conducta típica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión emitida dentro del radicado Nº 39.892, el 6 de febrero de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho, señaló:

> *"…en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).*
>
> *La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado."*

Así mismo, en proveído del 20 de noviembre de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero[26], se indicó sobre el alcance del control de legalidad que debe ejercer la autoridad judicial sobre los preacuerdos, veamos:

> *"…la autoridad judicial a más de verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, debe velar por el respeto absoluto de las garantías fundamentales, dentro de las cuales se encuentran la legalidad de los delitos y de las penas, así como las de tipicidad y jurisdiccionalidad del sistema.*
>
> *Es decir, contrario a lo considerado por el a quo, el pacto no puede ser improbado por la autoridad judicial por consideraciones de índole distinta al quebrantamiento de garantías fundamentales, único factor a considerarse en este aspecto, y como quiera que el Tribunal no acreditó que el acuerdo celebrado el 8 de abril del presente año entre la Fiscalía y el acusado vulnerara algún principio o derecho, no le era dable improbar los términos de tal negociación por razones de conveniencia, haciendo alusión a que se trataba de "beneficio[s] excesivos… que desluce[n] el nombre de la administración de justicia"."*

De acuerdo con los anteriores argumentos jurisprudenciales, pertinente resulta aclarar que si bien el juez no está llamado a ser un convidado de piedra frente a las negociaciones que se

[24] Min. 00:34:00 corte 4 Cd (06-08-13).
[25] Min. 00:01:07 íd.
[26] Radicado Nº 41.570.

Tribunal Superior de Bogotá

adelanten entre el ente persecutor y las demás partes e intervinientes en el proceso penal, no le está dado controvertir la tipificación que aquel realice en el marco de la negociación, cuando no cuenta con elementos materiales probatorios para sustentar la imputación efectuada, como en el presente asunto en que da cuenta de la existencia de las lesiones personales agravadas y no del homicidio agravado en la modalidad de tentativa.

En lo que a ello respecta, debe señalarse que una vez formulada la imputación, la Fiscalía puede variar el *nomen juris* de la conducta delictiva, bien sea por error en que haya incurrido en esa oportunidad al tipificar el comportamiento ilícito comunicado al imputado, o por la aparición de nuevos elementos materiales probatorios que denoten la necesidad de una adecuación típica diferente, siempre que la imputación fáctica se mantenga intacta, es decir, mientras que no se alegue un nuevo hecho que sorprenda al procesado cuando ya se ha llevado a cabo el acto de comunicación de los cargos, de suerte que es posible la variación de la denominación jurídica en el escrito de acusación o, como en este caso, en el acta de preacuerdo.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la falladora de instancia al negarse a avalar una negociación en la cual se pactó como única rebaja a favor del procesado, la degradación del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa a lesiones personales agravadas, lo cual resulta perfectamente viable, toda vez que la única facultada para ello es la Fiscalía General de la Nación, aunado a que los elementos materiales probatorios no le permiten insistir en la conducta imputada, entre los que encuentran el dictamen emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal con base en la historia clínica de Miguel De Jesús Alvarado Imbachi, mediante el cual le otorgó una incapacidad de quince (15) días provisionales; la entrevista rendida por Angélica Mileidys Mojica Morales y su posterior ampliación, en la que afirmó que el propósito de Yerson Iván Joya Salamanca y los demás agresores, no era atentar contra su vida, sino intimidarlos a fin de que hicieran entrega de sus pertenencias, lo que igualmente ratificó el procesado.

En igual sentido, de acuerdo con lo aducido por la representante fiscal, corresponde enfatizar en que la lesión sufrida por el señor Alvarado Imbachi no reportó mayor gravedad, en la medida en que si bien la misma le fue propinada sobre la región precordial o "media del esternón", se trató de una herida superficial, de la cual puede afirmarse que no ameritó urgente intervención médica para efectos de salvaguardar la vida de la víctima, la que en modo alguno fue puesta en peligro.

De tal suerte, para la Fiscalía surgía necesaria la redefinición del *nomen juris* de la conducta imputada, al no contar con elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que condujera a señalar con probabilidad de verdad que la actividad desplegada por el imputado comportaba un homicidio tentado, circunstancia que sin duda, le posibilitaba utilizarla como prerrogativa de negociación, en aras de obtener la aceptación del procesado por vía de preacuerdo y aprestigiar con ello a la administración de justicia, situación que lejos de afectar las garantías fundamentales del imputado, deviene beneficiosa en tanto se traduce en una significativa rebaja en la pena a imponer, sin que sea factible rechazar el preacuerdo por este motivo.

En razón de las argumentaciones precedentes, la Sala revocará el auto emitido el 11 de julio de 2013, por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, y en su lugar, impartirá aprobación al preacuerdo objeto de la presente decisión.

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

1.6. M.P. RODRÍGUEZ CARDENAS JORGE DEL CARMEN Rad. 11001 6000 024 2008 04050 01 (11-03-2014) INASISTENCIA ALIMENTARIA - Fuerza mayor y caso fortuito – Justa causa – Carga dinámica de la prueba / JUSTA CAUSA - Le corresponde probarla a quien la alega.

En cuanto a lo manifestado por el apelante, donde insiste en que el penado es víctima de la imposibilidad de cumplir con las obligaciones debido a una justa causa y a una fuerza mayor, primero debe esta Corporación ilustrar dichas figuras originarias del derecho civil así:

Tribunal Superior de Bogotá

La fuerza mayor[27], es aquel imprevisto imposible de resistir, verbigracia: *un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público*, etc., conducta considerada de carácter permanente, frente a la cual ha manifestado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

> *"Cuando se hace alusión a un caso fortuito [y a una fuerza mayor, añade ahora la Sala], lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida ésta como la portadora de un rol socialmente comprensible, o bien la imposibilidad de establecer la relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como 'obra suya' lo segundo. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción"*[28].

Frente al tema, la Doctrina refiere;

> *"Se trata, ante todo, de una energía exterior al individuo, quien no puede resistirla y que, valiéndose del cuerpo de éste, produce una mutación o cambio en el ambiente que corresponde a la descripción de un delito; suprime la voluntariedad del acto y, la acción ya que, en realidad, el individuo no actúa sino que es actuado (non agit sed agitur), tal energía debe ser de carácter físico y no moral pues se supone que la voluntad no es doblegable de modo absoluto ni cuantificable para compararla con el poder que la ataca, cuyos requisitos son: a) un poder coactivo que doblegue al sujeto o lo mueva contra su voluntad; b) que sea externa (Vis ab extra) o sea que provenga del exterior de la víctima, no de su propia psiquis; c) que sea mayor, que supere la resistencia del sujeto; d) que la fuerza sea irresistible; e) y que sea inevitable"*[29].

Ahora bien, en cuanto a la justa causa:

> *"Las diversas disposiciones han sido coincidentes y uniformes en otro tema: incluir dentro de la definición típica el elemento "sin justa causa". Con ello se quiere dar a entender que el delito se estructura con el incumplimiento en la prestación de alimentos, siempre y cuando se haga sin motivo, sin razón que lo justifique, esto es, el dejar de hacer lo que se debe hacer tiene que ser infundado, inexcusable … Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal"* [30].

De conformidad con lo expuesto, evidentemente, la descripción fáctica presentada por el impugnante de forma alguna puede ser asemejada como un caso de fuerza mayor, ya que es claro que estos eventos sólo operan como circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal cuando surge un escenario imprevisible dentro del ámbito de la razonabilidad, categóricamente inevitable que produce el resultado típico.

Hipótesis abiertamente opuesta a la estudiada, pues conforme a la prueba recaudada, es claro que para el enjuiciado, este pudo obtener no solo los medios de su subsistencia y la de sus otros dos hijos, sino también los de la menor víctima, en este caso, como lo ha venido haciendo durante el periodo de sustracción, no solo conforme la presunción legal, sino también de acuerdo a lo probado en el juicio con los testigos de cargo.

Por ello, no es de recibo el argumento de pobreza exigua como una justa causa en el actuar del acusado, pues tal como depuso la madre de la menor, entre 2005 y 2007 hizo 19 aportes de $200.000, periodo después del cual nunca más hubo aportes ni económicos, ni afectivos, situación que se evidenció de la declaración de la jefe de recursos humanos de RCN, con la que se demuestra que si tuvo como ayudar a su hija, que si existía la posibilidad de hacer presencia, así fuera con un aporte mínimo, como lo dijo el delegado fiscal.

Así entonces, se descarta el argumento de incumplimiento de la obligación por fuerza mayor esgrimido por la defensa, por cuanto ningún hecho extraño distinto a su propia voluntad de sustraerse de cumplir con sus

---

[27] *artículo 64 del Código Civil, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890*

[28] *Fallo de 5 de diciembre de 2007, radicación 26513.*

[29] *La Culpabilidad en la Doctrina y en el Nuevo Código Penal, agosto de 1982, páginas 100 a 106 Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.*

[30] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 21023 del 16 de enero de 2006, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.*

Tribunal Superior de Bogotá

obligaciones fueron la causa de su incumplimiento a tal deber; aquí no se alega, ni se ha establecido que la sustracción al cumplimiento a las obligaciones alimentarias se hubieran presentado por una enfermedad grave o desmejora física o psíquica, que hubiesen colocado al señor De Castro Rodríguez en imposibilidad de laborar y cumplir con su obligación alimentaria. Por lo anterior, se encuentra probado que su omisión obedeció a un acto de su propia voluntad que merece total rechazo y repudio.

Es que esta Colegiatura no puede pasar por alto la naturaleza del delito que se juzga, ello es una conducta dolosa de carácter permanente, de tracto sucesivo, obligación que ha de ser periódica, constante, día a día, mes a mes, año a año, dado el peligro que genera la sustracción de dicha obligación pues es lógico que hablamos de un menor que no se puede valer por sus propios medios en su etapa de desarrollo, no encontrándose justificación alguna, para que no se hubiera cumplido con las obligaciones que se tiene para con su menor hija.

… En otro pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal señaló:

"Si bien es claro que la carga de la prueba corresponde al Ente Acusador como titular de la acción penal, no lo es menos que, en tratándose de casos específicos como en el delito de Inasistencia Alimentaria cometido contra niños, niñas y adolescentes, dicha carga probatoria se invierte en la medida en que procede la presunción legal respecto de la capacidad económica de los obligados a suministrar alimentos a sus descendientes, es decir, que estos, cuando menos, perciben el salario mínimo legal mensual vigente, correspondiendo por tanto a la parte contra la cual se activa el órgano judicial, desvirtuar dicha presunción[31]*"*

(…)

Además de lo anterior, es decir, del deber judicial del procesado por alimentos de demostrar la no concurrencia de la presunción legal respecto de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, es claro que también le corresponde acreditar la justa causa como factor determinante de tal sustracción.

No resulta lógico, desde el ámbito de protección de los derechos fundamentales, en especial el de la prevalencia de los derechos de los menores, que se imponga a las víctimas en este tipo de delitos, la carga de probar que sus progenitores cuentan con capacidad económica para prodigar el apoyo material que necesitan, tal como erradamente lo pretende el recurrente en este asunto para exonerar de responsabilidad a su defendido, bajo la premisa de haberse demostrado una fuerza mayor o una justa causa.

La justa causa, cualquiera que sea el motivo generante de la misma le corresponde probarla a quien la alega. En efecto, en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencia suficientes para establecer la ocurrencia del delito y la participación que en el miso tiene el acusado, si lo buscado por la defensa es controvertir la validez o capacidad probatoria de esa evidencia, es a la contraparte, defensa o acusado, a quien le corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Esto es, procesalmente se exige entonces a quien tiene la prueba de lo que se alega a favor, que la presente para que pueda obtener los efectos que busca de ella. Aquí ha de considerarse el concepto de *carga dinámica de la prueba*, que impone a la defensa el deber de presentar los correspondientes medios de prueba para demostrar lo que se alega a favor, es decir, en este caso, todo lo referente a la causal de justificación del hecho ilícito con la

---

[31] *"En el delito permanente la consumación se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa el atentado al bien jurídico objeto de tutela, sin que corresponda a una realización del comportamiento por tramos. Para la comisión de este punible es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo, y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, quien persiste en ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el inicio del punible (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 31407 del 25 de agosto de 2010, M.P. Dr. María del Rosario González de Lemos).*

Tribunal Superior de Bogotá

que pretende favorecerse y con ello exonerarse de la declaratoria de su responsabilidad. En este sentido la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, ha dicho:

> *"…, dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan.*
>
> *Por eso, dijo la Sala en el antecedente citado, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.*
>
> *Porque, ha de reiterarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador…"*[32]

Así entonces, acreditado como se encuentra que el procesado se ha sustraído a la obligación alimentaria, conforme se señaló precedentemente, le correspondía a Luis Enrique De Castro Rodríguez aportar los medios de convicción suficientes para demostrar, no solo la ausencia de capacidad económica, sino también, la justificación de tal hecho, como lo trató de exponer la defensa en punto de una justa causa o una fuerza mayor, sin embargo, nada de ello se hizo en este caso.

(…)

En síntesis, en la presente actuación se encuentra acreditada tanto la materialidad de la conducta, como la responsabilidad del procesado De Castro Rodríguez en la comisión del delito de inasistencia alimentaria, sin que se evidencie prueba alguna de la que pudiera derivarse la concurrencia de causal de justificación del hecho.

Relatoría/consulta/2015Providencias incluidas en los boletines

[32] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, radicación N° 31147.*

1.7. M.P. RODRÍGUEZ CARDENAS JORGE DEL CARMEN Rad. 11001600002 3201301105 01 (10-04-2014) RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE VÍCTIMA – Aunque la audiencia de acusación es el escenario propio para la determinación de la calidad de víctima, nada impide su participación en fases previas o de manera posterior a la audiencia preparatoria.

De conformidad con lo anterior, si bien es la audiencia de acusación el escenario propio para la determinación de la calidad de víctima, de acuerdo con el artículo 340 de la Ley 906 de 2004, nada impide su participación en fases previas o de manera posterior a la audiencia preparatoria, momento a partir de la cual, deberá necesariamente contar con representación legal, tal como lo prevé el artículo 137 numeral 3º de la norma procesal. Así mismo, tanto el juicio oral como el incidente de reparación integral[33], son oportunidades para el reconocimiento formal de la calidad de víctima.

En igual sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 12 de diciembre de 2012, proferida dentro del radicado Nº 39.815, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, señaló:

[33] Artículo 103 inciso 2º.

Tribunal Superior de Bogotá

"En efecto, dispone artículo 340 de la Ley 906 de 2004, que la audiencia de formulación de acusación constituye el escenario para que se "determine" la calidad de víctima acorde con el contenido del artículo 132 ibídem y "se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya" en tanto que el artículo 137- 3 ejusdem establece que para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas se hallen representadas por un abogado, no obstante ello a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir deberán ser asistidas por un profesional del derecho."

*Lo dicho se infiere de la interpretación racional, sistemática y coherente de los artículos 132, 137-3 y 340 de la Ley 906 de 2004. Ello en razón que de la disposición citada se desprenden dos momentos. El primero, consistente en "**determinar"**, esto es, **establecer, comprobar la calidad de víctima** a partir de que se advierta la causación de un daño real, concreto y específico que deberá ser expuesto, por la víctima en el escenario arriba indicado, lo cual no es óbice para que se garantice su participación en fases previas de la actuación procesal bajo la intelección realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007."*

En ese orden de ideas, surge evidente el acierto del juez de primera instancia al reconocer en sede de audiencia preparatoria, al señor Paul Jiménez Niño como víctima, y al doctor Carlos Alberto Pineda Torrado como su apoderado, en garantía de sus derechos a la verdad, justicia y reparación; además, para la Sala es claro su interés en la actuación procesal, dado el perjuicio que aduce haber sufrido por la transferencia del dominio realizada por la sociedad Restrepo Botero A y D y Cía. S. en S.C. mediante escritura pública de compraventa Nº 671 del 28 de febrero de 2005, a la señora Fabiola Botero, circunstancia que según dice, le impidió ejecutar la obligación contenida en un título valor constituido a su favor por Alejandro Restrepo .

Relatoría/consulta/2015/Providencias incluidas en los boletines

GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente

PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora

Tribunal Superior de Bogotá