



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP3738-2021

Radicación N° 57905.

Acta 212.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

1. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por la defensa y el apoderado de víctima, contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2019 por el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual condenó, por virtud del preacuerdo celebrado, a JUAN CARLOS CORREA OLAYA, como cómplice de los delitos de prevaricato por acción y omisión, en concurso heterogéneo sucesivo con peculado por apropiación y concierto para delinquir.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

2.1 Fácticos

El 17 de julio de 2013, JUAN CARLOS CORREA OLAYA en calidad de Juez 14 Laboral del Circuito de Barranquilla, conoció de los radicados N° 2013-526, 2013-0118, 2014-00018 y 2014-00024, correspondientes a las demandas ordinarias laborales y subsecuentes procesos ejecutivos promovidos contra Colpensiones para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de alto riesgo en favor de NESTOR CARLOS SERRANO HENRIQUEZ, ALCIDES SUÁREZ VALENCIA, MANUEL MARÍA STEEL y CARLOS MANUEL VÉLEZ.

Al interior de tales procesos y durante el lapso comprendido entre el mes de noviembre de 2013 y el 5 de junio de 2014, JUAN CARLOS CORREA OLAYA concertado con José Ulises Torres Narváez, Zirina Viviana Galezzo Bolívar y Maryorie Sofia de la Hoz - apoderados de los demandantes-, incurrió en las siguientes irregularidades: (i) omitió la notificación de las demandas de los procesos ordinarios a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contrario a lo establecido en el inciso 6°, artículo 610 de la Ley 1564 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1365 de 2013, (ii) reconoció la pensión de vejez de alto riesgo en favor de los demandantes, sin cumplimiento de requisitos legales, (iii) condenó a Colpensiones a pagar la diferencia de las mesadas causadas y

no canceladas, agencias en derecho y costas y (iv) desconoció el contenido del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, por cuanto, no tramitó la consulta de dichas decisiones.

Las actuaciones de JUAN CARLOS CORREA OLAYA ocasionaron un detrimento patrimonial a Colpensiones por valor de \$3.129.988.682; suma respecto de la cual él se apropió de valor correspondiente al 10%.

2.2 Procesales

El 7 de diciembre de 2018, ante el Juzgado 10 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, previa legalización de la captura, la Fiscalía imputó a CORREA OLAYA los delitos de *prevaricato por acción, prevaricato por omisión en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación y concierto para delinquir*, (artículos 413, 414, 397 y 340 del Código Penal). El procesado no se allanó a cargos y fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

El 5 de abril de 2019, se radicó el escrito de acusación contentivo de los cargos ya mencionados, por lo que el 23 de mayo siguiente se realizó la correspondiente audiencia, sin observaciones, según el artículo 339-1 de la Ley 906 de 2004.

La audiencia preparatoria tuvo lugar en sesión del 9 de octubre de esa anualidad, fecha en la cual se puso de presente un preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, consistente en aceptar la responsabilidad por los cargos objeto de acusación, a cambio del reconocimiento de la complicidad para efectos punitivos. En la misma negociación fueron pactados los términos de las sanciones: 84 meses de prisión, multa correspondiente a 5.100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 112 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Además, se introdujo una cláusula en la cual se deja a discreción del fallador otorgar o no la atemperante de pena por devolución de parte de lo apropiado.

Aceptados los términos del preacuerdo, el Juez Colegiado emitió fallo condenatorio adiado el 12 de mayo de 2020, a través del cual declaró responsable a JUAN CARLOS CORREA OLAYA, en calidad de cómplice de los delitos de *prevaricato por acción y por omisión* en concurso heterogéneo y sucesivo con *peculado por apropiación en favor de terceros y concierto para delinquir*.

En consecuencia, luego de reconocer configurada la causal de atenuación establecida en el artículo 401 del Código Penal, como consecuencia del reintegro parcial de dineros efectuado por CORREA OLAYA, le impuso las penas principales de setenta y seis (76) meses y doce (12) días de

prisión, multa de cuatro mil quinientos noventa (4.590) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cien (100) meses y veinticuatro (24) días.

Adicionalmente, en el proveído negó el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición de la ley, como también el sustituto de la prisión domiciliaria, al echar de menos el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en los artículos 38b del Código Penal y 461 de la ley 906 de 2004.

En forma oportuna el defensor del acusado y el apoderado de víctima -Colpensiones- interpusieron y sustentaron recurso de apelación, de cuya resolución se encargará la Corte.

3. SENTENCIA IMPUGNADA

En la medida en que los preacuerdos no pueden afectar la presunción de inocencia, el a quo se pronunció sobre el mínimo de acreditación probatoria necesario para emitir condena por los delitos objeto de negociación, en los siguientes términos:

(i) Prevaricato por acción

Previa cita del artículo 413 del Código Penal, en contraste con los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía, encontró acreditados los presupuestos objetivos del tipo. En primer lugar, con las Resoluciones 1113 del 29 de abril de 2009 y 2167 del 17 de julio de 2013, por medio de las cuales CORREA OLAYA fue nombrado como Juez 14 del Plan Piloto de la Oralidad en Barranquilla y Juez 14 Laboral del Circuito de Barranquilla, respectivamente. Así mismo, con la copia del acta de posesión como Juez 14 Laboral del Circuito de Barranquilla, suscrita el 17 de julio de 2013.

En segundo término, con las copias de los procesos radicados 2013-526, 2013-0118; 2014-00018 y 2014-00024, correspondientes a las demandas ordinarias dirigidas contra Colpensiones para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de alto riesgo y ejecución de los procesos ejecutivos a cargo del acusado. En dichas causas, las sentencias proferidas se advirtieron contrarias a la ley, por cuanto, en cada expediente la historia laboral, de manera ostensible, evidenciaba la imposibilidad de acceder a la prestación social.

(ii) Prevaricato por omisión

Dentro de los mismos procesos, CORREA OLAYA omitió notificar las demandas ordinarias a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contrario a lo dispuesto en el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012, inciso 6°, y el Decreto Reglamentario 1365 de 2013, al tiempo que desconoció el contenido del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, por cuanto, no tramitó la consulta de dichas decisiones.

(iii) Peculado por apropiación

El Tribunal, previa invocación del canon 397 del Código Penal, coligió que a través de la emisión de las providencias cuyo contenido se acreditó manifiestamente contrario a la ley, se logró la apropiación de sumas de dinero en cuantía superior a los tres mil millones de pesos, respecto de las cuales el acusado tenía la disposición jurídica.

(iv) Concierto para delinquir

Sustentó que desde noviembre de 2013, hasta el día que dejó el cargo, CORREA OLAYA se concertó con Maryorie Sofía de la Hoz Peña, Ulises Torrez Narváez y Zirina Viviana Galezzo Bolívar, para cometer los delitos, entre ellos, defalcación a Colpensiones utilizando la jurisdicción ordinaria laboral.

En ese orden, acreditado el cumplimiento del principio de tipicidad estricta y desvirtuada la presunción de inocencia de CORREA OLAYA, el Juez Colegiado impartió aprobación al preacuerdo celebrado, luego de constatar que se trató de una decisión adoptada de manera libre, consciente y voluntaria, al tiempo que, agregó, se verificó el cumplimiento del requisito consagrado en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en tanto, el implicado restituyó el 50% del incremento percibido y el pago del valor restante fue garantizado a través de medida cautelar de embargo decretada sobre el bien inmueble que presentó el investigado.

Seguidamente, reconoció la atenuante contenida en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, y por virtud de ella, redujo las penas pactadas en un 10%¹, por cuanto, el condenado reintegró parcialmente el valor de la apropiado *“en el entendido de que con tal proceder se mitiga el daño ocasionado al patrimonio público y se rescata, en cierta forma, el deber funcional de lealtad quebrantado con la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico”*².

En ese sentido, consideró que la atenuante como fenómeno post delictual opera luego de la concreta individualización de la sanción, razón por la que, concluyó, la figura es aplicable a los casos en que se ha preacordado

¹ Folio 25. Sentencia primera instancia. *“Por cuanto la devolución parcial solo fue del 10% de lo apropiado y la disminución punitiva por mandato del legislador debe ser proporcional a lo restituido”*.

² Ibidem. Folio 22.

la penalidad, dado que su reconocimiento deviene de la ley y no de la negociación.

3. LOS RECURSOS

3.1 Los recurrentes

3.1.1 Defensa

Dos reproches presentó el apelante: error en el cálculo para la imposición de la pena de prisión e indebida valoración probatoria al analizar la condición de padre cabeza de familia.

Frente al primer tópico, señaló, el Tribunal en la sentencia rebajó el 10% de la pena preacordada entre el procesado y la Fiscalía, conforme al artículo 401 de Código Penal.

Recordó que el valor de lo apropiado asciende a \$3.129.988.680 y que el 10 % de esa suma fue reintegrada por CORREA OLAYA de la siguiente manera: 50% pagado en efectivo mediante título judicial a órdenes del Tribunal Superior de Barranquilla, en tanto el porcentaje restante se garantizó mediante el embargo de un bien inmueble.

Indicó que su discordancia radica en punto al cálculo aritmético que realizó el a quo al momento de determinar la pena a imponer correspondiente a 84 meses, es decir 8 años 12 días, que descontado el 10% reconocido como circunstancia post delictual, correspondió a 76 meses y 12 días, cuando, en su sentir, la pena a imponer debió ser 75 meses y 18 días.

Frente al segundo aspecto, insistió en la concesión de la prisión domiciliaria, por considerar que su representado tiene la condición de padre cabeza de familia. En sustento de ello se refirió al dictamen pericial incorporado al expediente, emitido por la psicóloga Laura Cecilia Rueda Carreño, a través del cual se puso de presente la situación anímica actual de los hijos del prenombrado.

Explicó que CORREA OLAYA es padre de cuatro hijos, dos de ellos menores de edad, cuya manutención no puede ser asumida por los demás descendientes, en la medida en que son estudiantes y se encuentran desempleados.

En ese mismo sentido, agregó, su compañera sentimental padece un cuadro de estrés post traumático determinado por la psicóloga forense, al punto de no encontrarse en óptimas condiciones para cuidar de las menores de edad.

Criticó que el a quo denegara la pretensión, al echar de menos la acreditación de una deficiencia sustancial de ayuda, pues, en esa línea desconoció el contenido de la experticia, conforme a la cual las menores no pueden ser trasladados de ciudad, dado que ello iría en perjuicio del interés superior que les asiste – en tanto significaría una revictimización en consideración al padecimiento de trastornos adaptativos con depresión y ansiedad por separación –, como quiera que, adicionalmente, la progenitora se encuentra en imposibilidad anímica de hacerse cargo de ellos.

Como argumento adicional, planteó que el Tribunal desconoció el pleno valor probatorio del dictamen pericial, el cual fue incorporado sin objeción alguna de las partes e intervinientes. Así mismo, cuestionó la visión sesgada del Juez Colegiado, al pretermitir el análisis completo de los derechos en pugna, pues, con ello dio paso a conclusiones carentes de soporte jurídico.

Subrayó que desde la perspectiva de la Corte Constitucional, expuesta en sentencia SU-388 de 2005, se cumplen los presupuestos para acceder a la solicitud, pues, se estableció que el condenado tiene a su cargo hijos menores de edad, la responsabilidad es de carácter permanente, se acreditó incapacidad psíquica para que la madre cumpla su rol y existe una deficiencia sustancial de ayuda.

Aclaró que los problemas de la compañera sentimental del enjuiciado provienen de la pérdida de su primer esposo por muerte violenta, como también de la privación de la libertad de CORREA OLAYA, y la coetánea muerte de su madre por enfermedad, situaciones que le impiden asumir el cuidado y otorgar afecto a sus hijos, pese a que físicamente se encuentre en condiciones de trabajar.

Finalmente, descartó que los demás familiares, esto es, los progenitores de CORREA OLAYA, puedan hacerse cargo de sus hijos, pues, Sara Correa de Olaya padece una enfermedad cuya atención y cuidado se encuentran a cargo del cónyuge.

Con base en lo expuesto, solicitó:

1. Se modifique la pena, para en su lugar imponer 75 meses y 18 días de privación de la libertad.

2. Se reconozca la condición de padre cabeza de familia en cabeza de CORREA OLAYA y, en ese sentido, se conceda la prisión domiciliaria.

4.1.2. Representante de víctima

El apoderado de Colpensiones condensó su disenso en dos aspectos: el principal, referente a que el a quo concedió un doble beneficio, desconociendo el contenido del artículo

351, inciso 2° de la Ley 906 de 2004; y el subsidiario, según el cual, la rebaja de las penas de prisión y multa en monto del 10%, con ocasión del atenuante establecido en el artículo 401 de la Ley 906 de 2004, resultó excesiva.

En desarrollo de lo expuesto aludió en primer término a la obligación contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, como requisito y condición de legalidad para acceder a los beneficios de la justicia premial, frente a los preacuerdos.

En efecto, Colpensiones participó activamente en la celebración del preacuerdo³, de modo tal que no discuten los términos en que se configuró, sino la concesión por parte del Tribunal de la atenuante específica contenida en el artículo 401 del Código Penal⁴, pues, configuró, en términos del censor, un error interpretativo que supuso el reconocimiento de un doble beneficio, en flagrante desconocimiento del artículo 351, inciso 2 de la Ley 906 de 2004.

Recordó que la negociación consistió en la degradación de la participación de autor a cómplice como único beneficio a cambio de la aceptación de cargos; empero, se dejó a discreción del a quo el reconocimiento de la rebaja punitiva de un 10% adicional como consecuencia del reintegro, el

³ Conforme a la sentencia C-516 de 2007

⁴ Audiencia del 7 de noviembre de 2019. El apoderado de víctima se opuso al eventual reconocimiento de la atenuante establecida en el artículo 401 del Código Penal, en el momento en que se le concedió el uso de la palabra para la sustentación de los aspectos propios del art. 447 de la Ley 906 de 2004.53

cual, “*tuvo valoración sustantiva (el art. 401 C.P) y otra adjetiva (art.349 C.P.P)*”⁵. Es decir, en últimas significó el reconocimiento de más de un beneficio frente a una devolución de dinero que solamente fue parcial y que, por lo mismo, generó provecho como resultado de un delito.

Solicitó, entonces, que se revoque parcialmente la sentencia condenatoria emitida el 4 de diciembre de 2019, en el sentido de eliminar la rebaja del 10% reconocida por el a quo con ocasión del artículo 401 del Código Penal.

De manera subsidiaria, en el evento en que se considere que hay lugar a la misma, se aplique sólo en porcentaje correspondiente al 5% de las penas de prisión y multa impuestas en la decisión atacada.

En sustento, adujo que si en los eventos de devolución *total* de lo apropiado hay lugar a un reconocimiento del 50% de la pena impuesta como atenuante, en tratándose de reintegros *parciales*, como en este caso, en donde la restitución fue de un 10% del “*global de lo defraudado, su rebaja proporcional sería del 5%*”⁶.

En ese orden, solicita que se modifique el fallo, para que la rebaja por el atenuante en cita no supere el 5% del monto de la pena objeto de preacuerdo.

⁵ Página 5. Recurso de apelación apoderado víctima – Colpensiones.

⁶ Ídem. Folio 7.

4.2 No recurrentes

4.2.1 Ministerio público

Advirtió un error en la tasación de la pena de prisión dispuesta por el a quo, toda vez que la acordada fue de 84 meses de prisión, guarismo al cual, luego de descontársele el 10% por reintegro de lo apropiado, arroja un total de 75 meses y 18 días, no de 76 meses y 12 días como se estableció en la sentencia.

Por otro lado, en lo que atañe al objeto de inconformidad de la defensa, relativo al otorgamiento de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, descartó la acreditación de los requisitos contenidos en la sentencia SU- 388 de 2005, obra de la Corte Constitucional, por los siguientes motivos:

- i) La patología de Claudia Bonet -esposa del condenado- pese a su reconocimiento, no supone imposibilidad para laborar.
- ii) Los menores tienen parientes cercanos -sus tíos- quienes pueden ayudar con su manutención sin que necesariamente tengan que cambiar el lugar de residencia.
- iii) La privación de la libertad del padre de los menores necesariamente es una experiencia

traumática, pero sus hermanos mayores pueden apoyarlos emocional y afectivamente.

- iv) La postura de la defensa supone que todo condenado con hijos menores tiene derecho al sustituto de la prisión domiciliaria, lo cual resulta inadmisibile.
- v) Recordó que el prenombrado está inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos y el defensor no acreditó que tenga alguna oferta para trabajar desde su domicilio.

Adicionalmente, consideró que por expresa prohibición legislativa no resulta acertado reconocer ningún subrogado o beneficio de los establecidos en los artículo 38 y 63 del Código Penal.

4.2.2. Fiscalía

El delegado de la Fiscalía solicitó que se nieguen las pretensiones del apoderado de la víctima, por dos motivos: el principal, ausencia de legitimidad para impugnar la sentencia del Tribunal; y, el subsidiario, por cuanto la rebaja contenida en el artículo 401 del Código Penal, es un derecho y en ese orden no constituye doble beneficio.

Frente a lo primero, recordó que los recursos como medios de impugnación de las decisiones judiciales, además de ser interpuestos en tiempo y debidamente sustentados, deben contar con interés para recurrir, en la medida en que solo pueden cuestionarse las determinaciones que les acarreen algún tipo de lesión o afectación a los derechos inherentes a su condición.

Expuso que la terminación anormal del proceso penal por virtud de la suscripción de un preacuerdo respecto del cual la víctima participó activamente, elimina el interés de esta a impugnarlo, sentido en el cual invocó el precedente de esta Sala, radicado 32564, del 11 de noviembre de 2009.

En relación con el segundo argumento, destacó que el representante de Colpensiones suscribió el acta de la audiencia donde se realizó el preacuerdo y no tuvo ningún reparo frente al clausulado; además, suscribió una cláusula según la cual el ad quem decidiría los efectos de la circunstancia de atenuación punitiva, conforme al artículo 401 del Código Penal, sin hacer manifestación alguna frente a ello; de suerte que no puede presentar ahora reproche alguno, menos aún, insiste, si tal atenuante se entiende como un derecho y no como concesión o beneficio.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Precisión inicial

Podrá recurrir una decisión quien ostente legitimación dentro del proceso y demuestre *tener interés*. Éste existirá cuando la decisión impugnada le hubiere causado un perjuicio o agravio al sujeto procesal, parte o interviniente, medido de manera *real, material y efectiva*, de cara a los intereses que representa dentro del proceso (CSJ SP 30 abr. 2014, rad. 41.543).

Así lo ha sostenido la Sala:

“La legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir propiamente dicho, ha puntualizado esta Corporación (CSJ SP, 15 jun. 2016, rad. 47666), es un requisito relacionado con el daño, el perjuicio, el gravamen que de manera real o efectiva hubiese causado la providencia al quejoso.

Ese detrimento se mide en relación con los intereses que defiende el sujeto procesal que postula el recurso, de manera que si la decisión judicial censurada se pronuncia en los específicos términos reclamados por el sujeto procesal, deriva obvio que la misma no puede perjudicarlo”⁷.

Ese interés que legitima a la víctima para recurrir la sentencia de primera instancia está vigente en el *sub exámine*,

⁷ CSJ AP 28 oct 2019, rad. 53649

pues, no sólo es un interviniente debidamente reconocido en el proceso, sino que, con la sentencia se produjeron consecuencias adversas a sus demandas de justicia, dado que, *además* del beneficio otorgado por vía del preacuerdo celebrado entre las partes, se concedió una rebaja *adicional* como consecuencia del reconocimiento de una atenuante, de manera que la decisión impugnada le causó un agravio que impacta negativamente su deseo de que se haga justicia *en los términos por ella reclamados*, pues, según se indica en el libelo, entendió que ello generó un doble beneficio para el condenado, sin posibilidad legal para hacerlo.

Por supuesto, la Sala ha sostenido en otras oportunidades que el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales.

Ello ha llevado a la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ AP 18 abr. 2012, rad. 36.608; AP 17 oct. 2012, rad. 33.145; SP 30 abr. 2014, rad. 41.543 y AP 26 abr. 2017, rad. 48.014) a afirmar que cuando la decisión judicial no se pronuncia respecto de un específico tópico, como consecuencia de que el sujeto procesal no hizo petición alguna al respecto, por no existir un agravio la parte se inhabilita para impugnarla, porque ningún daño puede reclamar frente a lo que se resolvió *según sus expectativas*. Si los recursos son instrumentos para que las partes reclamen la corrección de los errores cometidos por los jueces al resolver las peticiones de aquéllas o adoptar

determinaciones officiosas, no puede señalarse como equivocada la ausencia de pronunciamiento sobre lo que no se reclamó⁸.

Empero, en el presente caso no puede predicarse la falta de legitimidad del apoderado de Colpensiones para recurrir la decisión de primera instancia, bajo el argumento que estuvo de acuerdo en los términos del preacuerdo. La razón es evidente: si bien, participó activamente en la negociación por la cual culminó el proceso de manera anticipada, desde el momento en que se pronunció en relación con los tópicos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, es decir, una vez aprobado el preacuerdo, manifestó su inconformidad en punto del *eventual* reconocimiento de la rebaja punitiva por la causal de atenuación, actitud que descarta de plano mala fe o deslealtad.

En ese mismo sentido, debe agregarse que el Tribunal Superior de Barranquilla, luego de aprobar el preacuerdo, no habilitó oportunidad para interponer recursos; de suerte que el único momento para manifestar alguna inconformidad se constituyó luego de la lectura de la sentencia condenatoria.

Véase, además, cómo la intervención de la víctima en sede del preacuerdo, si bien activa, esto es, con posibilidades de presentar reparos al mismo, no conduce a que sus términos puedan modificarse o impedir lo acordado, razón por la cual, se resalta, la única manera efectiva, en términos procesales, de

⁸ CSJ SP, 14 Jun 2017. Rad. 47630

controvertir lo negociado, es a través de la interposición del recurso de apelación, en caso de su aceptación por el juez.

Junto con lo anotado, es pertinente señalar que, en principio, el acuerdo en sí mismo no afectaba las perspectivas de la víctima, en lo que corresponde al motivo de impugnación, dado que apenas se generaba una expectativa respecto de que el juez aceptase o no la atemperación por el reintegro parcial de lo apropiado. Solo con ocasión del fallo, la expectativa en cuestión se materializó en disfavor de la pretensión del afectado, razón por la cual fue este el momento adecuado para controvertirla, que no remite apenas a un desbordado apetito de venganza, sino a la alegada ilegalidad de la pena e incluso del acuerdo mismo, si se acepta su tesis de que producto de este se produjo un doble beneficio para el procesado.

Así las cosas, como el representante de víctima cuenta con legitimidad para impugnar, en los términos que lo hizo, la sentencia de primera instancia, se procederá por la Sala a estudiar los reparos planteados.

5.2. Competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran los tribunales superiores.

En consecuencia, se aborda el estudio del recurso vertical que propusieron la Defensa y el representante de la víctima en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 4 de diciembre de 2019, mediante la cual condenó a JUAN CARLOS CORREA OLAYA - en virtud del preacuerdo celebrado entre el procesado y la Fiscalía – en calidad de cómplice responsable de los cargos de *prevaricato por acción, prevaricato por omisión en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación en favor de terceros y concierto para delinquir*.

5.3. Ámbito material de los recursos

La Sala se ocupará, en primer lugar, del recurso promovido por el apoderado de Colpensiones, en la medida en que, de prosperar, tornaría inane el pronunciamiento en relación con uno de los reparos del defensor, referido al error en el proceso de dosificación punitiva.

5.3.1. Preacuerdos: degradación punitiva de autoría a complicidad; reintegro como presupuesto para negociar y como fenómeno post delictual. Inexistencia de doble beneficio.

Pese a que el apoderado de Colpensiones afirmó encontrarse conforme con los términos del preacuerdo celebrado, concluyó que el reconocimiento de la atenuante por reintegro de que trata el artículo 401 del Código Penal, supuso

la concesión de doble beneficio para CORREA OLAYA, en la medida en que significó el otorgamiento de dos rebajas de pena: la primera, derivada del propio preacuerdo; y la segunda, por considerarlo fenómeno post delictual, lo que estima inadmisibile, de conformidad con lo prohibido por el artículo 351-2 de la Ley 906 de 2004.

Acorde con lo planteado, lo primero a precisar es que los preacuerdos y negociaciones, como forma de composición del conflicto y desarrollo de la facultad otorgada a la Fiscalía General de la Nación de orientar la anticipación de la sentencia condenatoria con base en los fines establecidos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, tienen posibilidad de celebrarse dentro de un margen racional de maniobra, con el fin de que el fiscal pueda adelantar su tarea de forma efectiva⁹.

Por supuesto, como bien se conoce, tal prerrogativa no puede extenderse hasta el punto de desconocer los principios de legalidad penal o estricta tipicidad, pues, cada evento deberá atenderse con estricto apego a los parámetros y límites trazados por el artículo 29 Superior.

En ese cometido, dentro del ejercicio propio de la negociación será posible, de manera consensuada y razonada, excluir causales de agravación punitiva, como también algún cargo en específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica

⁹ Cfr. CSJ AP, 7 May 2014. Rad, 43.523.

con miras a morigerar la pena, pero no podrá, bajo ninguna justificación, sobrepasar lo aceptado, los pilares de la administración de justicia, a través de la concesión de beneficios que la desprestigien y que traduzcan escenarios de impunidad o atropello a la verdad.

De acuerdo con lo expuesto, como acertadamente lo coligió el recurrente, a la luz del artículo 350 inciso 2° de la Ley 906 de 2004, el cambio favorable para el acusado con relación a la pena por imponer constituirá la única rebaja compensatoria *por el acuerdo*; de suerte que cualquier pacto adicional que suponga una modificación complementaria a ello, devendrá en violatoria de los presupuestos establecidos en esa norma y no podrá recibir el aval del juez de conocimiento.

En este asunto, el libelista parte por reconocer que por virtud *del acuerdo*, el único beneficio que se ofreció fue el reconocimiento de la complicidad para fines punitivos a cambio de la aceptación de responsabilidad por los delitos imputados, de manera que no supone un esfuerzo significativo aceptar que el preacuerdo en sí mismo considerado respetó los presupuestos legales y que de modo alguno emerge necesaria la intervención de la Colegiatura para su corrección.

Incluso, cabe destacar, ningún reparo elevó el abogado en relación con el monto de las penas preacordadas – 84

meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses – respecto de las cuales, valga adicionar, la Sala no encuentra reproche desde la óptica de la legalidad.

Sin embargo, para justificar su postura el censor extiende el calificativo “*doble beneficio*” al reconocimiento expreso que hizo el juez, no del acuerdo, se repite, de una circunstancia de atenuación post delictual que en estricto sentido fue ajena a la negociación culminada.

Sobre el tema, importante resulta subrayar que en audiencia celebrada el 9 de octubre de 2019, en la socialización del preacuerdo el delegado Fiscal señaló:

“Y por último, las partes concertan (sic), respetando la autonomía judicial de la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, que son ustedes los que determinarán la rebaja del artículo 401 del Código Penal que no es un beneficio, es un derecho, de un lado, y del otro, es una conducta post delictual y eso habrá que dejárselo al juzgador”¹⁰.

Frente a ello, la defensa¹¹ sostuvo:

“Quiero dejar en claro que no se trata de un segundo beneficio, se trata de un derecho. Y en esto quiero ser claro, este artículo de circunstancias de atenuación punitiva no son circunstancias delictuales,

¹⁰ Récord 15:32 a 16:02

¹¹ Récord 27:01 a 28:29

sino que surgen con posterioridad a la comisión del delito, es decir yo acepto que cometí el delito, reintegro lo apropiado y tendré derecho dependiendo de la fase o el momento en el que se produzca el reintegro, a un descuento punitivo”.

Por su parte, la representante de Colpensiones ¹² sostuvo: *“estoy de acuerdo con lo presentado el día de hoy ante usted”.*

Del desarrollo de la audiencia es claro que, como cláusula del preacuerdo, se mencionó que nada se pactaría frente al reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva establecida en el canon 401 de la Ley 599 de 2000, pues, por corresponder a un derecho, su reconocimiento correspondería al fallador y no a las partes.

Las cláusulas del preacuerdo, en esos términos, son válidas. Desde el momento en el cual la Fiscalía enunció los términos de la negociación, se dijo que el único beneficio ofrecido a cambio de la aceptación de responsabilidad, consistía en la imposición de la pena correspondiente al cómplice y bajo ese entendido, se definió la fijación de 84 meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses.

Se sostuvo que el Juez Colegiado, en su autonomía, sería quien dispusiera lo concerniente a las circunstancias

¹² Récord 32:05 a 32:20

de atenuación punitiva establecidas en el mencionado artículo 401 del Código Penal, en el entendido que no se trataba de un aspecto de libre negociación por cuenta de las partes e intervinientes, precisamente, porque la premisa normativa hace mención a un fenómeno post delictual, que como tal, tiene cabida una vez se determine la pena – bien sea producto del preacuerdo o de la individualización conforme lo dispone el artículo 61 ibidem –.

Desde luego, también era factible, pero no por consecuencia del acuerdo y sus beneficios anejos, sino en estricto cumplimiento de la función del Fiscal, que le impone adecuar los hechos a su correcta delimitación típica, también era factible que en ese espacio se corrigiese o adicionase la acusación, para advertir presente el fenómeno en cuestión, dada su objetividad.

Desde luego, la verificación de su materialidad corresponde al administrador de justicia, a fin de determinar que no se trata de un doble beneficio embozado, sino de la efectiva materialización de una circunstancia objetiva con cabal definición normativa, en calidad de atenuante de pena, para este tipo de ilicitudes.

En aras de ilustrar el debate, importante resulta destacar el contenido del artículo 401 de la Ley 599 de 2000, que preceptúa:

“Artículo 401. Circunstancias de atenuación punitiva. Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte”.

Como viene de verse, dicha premisa normativa establece un tratamiento punitivo más favorable para el autor del delito de peculado que de forma voluntaria, directamente o a través de terceras personas, repare lo dañado o reintegre lo apropiado, en el entendido que con tal proceder se mitiga el daño ocasionado al patrimonio público y se rescata, en cierta forma, el deber funcional de lealtad quebrantado con la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

Así, la Corte se ha pronunciado sobre este instituto,

“Al respecto, ha de precisarse que (...) tal acto debe emanar de la voluntariedad del procesado. (...)

Esa misma filosofía inspiradora del beneficio se preservó con el mencionado artículo 401 de la Ley 600 de 2000, advirtiéndose que más allá de propender por la recuperación de los dineros indebidamente apropiados, se busca rescatar el deber funcional de lealtad quebrantado a través de un acto voluntario del procesado que suponga su arrepentimiento (...).

La jurisprudencia de la Corte ha sido explícita y clara que la teología de la norma busca proteger no solo la lesión patrimonial al Estado, sino que, como lo dice el Ministerio Público, va más allá, es decir, el deber de fidelidad y respeto de los funcionarios con la administración pública, de suerte que, correlativamente, el beneficio punitivo se otorga en virtud de un acto de arrepentimiento que aminora la ofensa al deber de probidad que le correspondía cumplir al servidor público” (subraya fuera de texto)”¹³.

En el mismo sentido, sostuvo en posterior oportunidad:

“La atenuación punitiva es de diferentes proporciones, según el momento del reintegro y el monto de lo restituido, conforme a las siguientes reglas incluidas en la preceptiva citada (...)

iii) Si el reintegro es parcial, se puede disminuir la pena hasta en una cuarta parte, en proporción al monto de lo reintegrado¹⁴.

La reducción de la sanción por reintegro no genera la modificación de los extremos de la sanción, pues se trata de un acto post delictual, cuya aplicación se produce una vez tasada la pena¹⁵.

Ahora bien, conforme a las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, la aprobación de los preacuerdos respecto de aquellos delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del

¹³ Cfr. CSJ SP, 21 Mar 2012. Rad. 33101.

¹⁴ CSJ SP, 12 Dic 2012, Rad. 37390. Se dijo sobre el reintegro parcial: “de acuerdo con la postura de la Sala Mayoritaria, cuando la reparación o el reintegro no es total, **el descuento punitivo debe ser proporcional al monto de lo reparado sin que exceda de la cuarta parte indicada en la norma.** Esta interpretación fue recogida en el canon 25 de la Ley 1474 de 2011, al incluir la palabra “hasta” con lo cual se zanja cualquier duda que pudiese existir sobre la necesidad de ponderar la rebaja de cara al porcentaje de lo reintegrado”.

¹⁵ Cfr. CSJ SP, 12 Dic 2012. Rad. 37390.

mismo, estará supeditada al reintegro al menos de la mitad de lo percibido y al aseguramiento del recaudo del remanente.

La norma en cita, debe precisarse, comporta un evidente matiz procesal, que no impacta de manera directa en el monto de pena a imponer, en calidad de mecanismo necesario que habilita la posibilidad de acudir a los medios de terminación anticipada del proceso, en los casos en los que el delito es fuente de enriquecimiento o acrecimiento patrimonial para quien lo ejecuta.

Esto para delimitar, respecto de la discusión planteada por la representación de la víctima, que se trata, la habilitación procesal para acudir a la justicia premial y la rebaja de pena por reintegro parcial, de dos figuras ontológica y jurídicamente distintas, que también comportan efectos diferentes.

Descendiendo al caso de la especie, como consecuencia de la comisión del delito de peculado, CORREA OLAYA obtuvo un incremento patrimonial de \$312.998.868, de los cuales devolvió el 50%, mediante consignación efectuada el 22 de mayo de 2019 en el Banco Agrario a nombre de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

El valor restante, es decir el otro 50%, lo garantizó mediante la imposición de un gravamen al bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria número 080-85161, ubicado en la ciudad de Santa Marta. La propiedad fue afectada con garantía real de embargo y se determinó que su valor es superior al dinero cuya entrega aún se encuentra pendiente¹⁶.

A partir de lo anterior, erigido en exigencia expresa de la ley – aunado al análisis de los demás presupuestos de obligatorio cumplimiento –, el a quo determinó la viabilidad de aprobar el preacuerdo.

Ello no es óbice para que se estimase procedente, una vez impuesta la pena preacordada, esto es, 84 meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses, realizar el descuento punitivo consagrado en el canon 401 *ibídem*, por cuanto, dicha preceptiva consagra una situación favorable para el declarado penalmente responsable que de forma voluntaria,

¹⁶ Audiencia del 9 de octubre de 2019. Socialización de preacuerdo. Récord 12:05. Sostuvo el delegado Fiscal: “Se solicitó ante Juez de Control de Garantías – audiencia de solicitud de medidas cautelares – y así se ordenó por la judicatura, el embargo del 50% de los derechos de propiedad del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 08085161 y ubicado en la ciudad de Santa Marta. Frente al otro 50% de ese inmueble, ordenó el embargo de la posesión que JUAN CARLOS CORREA OLAYA tiene sobre el otro 50% del inmueble, posesión que adquirió por entrega que le hiciera la señora Ibeth Beatriz Núñez el 18 de septiembre del presente año cuando firmaron la promesa de compraventa”.

antes de dictarse sentencia de segundo grado, cese en el mal uso del bien público, repare lo dañado, corrija la aplicación oficial diferente o reintegre total o parcialmente lo apropiado o su valor equivalente.

Se trata de un beneficio *cuyo reconocimiento depende de la demostración del supuesto de hecho que origina la disminuente punitiva*, esto es, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, producto de la voluntad del procesado. Por ende, constituye una circunstancia de atenuación de la pena, cuya concesión no depende de la alegación o consenso de las partes, pues, incluso debe ser decretada de manera oficiosa cuando se verifique su materialización.

Para el recurrente no es posible considerar el reintegro parcial de lo apropiado, como medio para impulsar una terminación anticipada del proceso, y al mismo tiempo, beneficiarse por idéntica razón, con una rebaja adicional a título de atenuante, precisamente porque ese presupuesto – el reintegro – ya fue valorado para el primer fin mencionado.

Pasa por alto el profesional del derecho, como se anotó antes, que ambos institutos, el de los preacuerdos y los

fenómenos post delictuales¹⁷, poseen una naturaleza disímil e independiente: mientras que el reintegro, conforme lo dispone el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, es un presupuesto que condiciona la viabilidad de negociar, la devolución de que trata el canon 401 de la Ley 599 de 2000, alude a comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, que reflejan una situación *objetiva* de disminución punitiva como reconocimiento a la atenuación del daño causado al erario público, cuya incidencia se presenta frente a la sanción ya individualizada, ante la reparación del perjuicio, en porcentaje variable según se trate de reintegro parcial o total y de acuerdo con el momento procesal en el cual se verifique, “*siendo viable colegir que la diminuyente se refiere a todas las sanciones previstas para el tipo penal en cuestión, incluida la multa*”¹⁸.

Agréguese a lo anterior, que la censura trae como punto de partida una apreciación equivocada, referida a la idea según la cual, un aspecto o presupuesto solo puede ser valorado desde una única perspectiva.

En efecto, el reintegro, además de constituir requisito *sine qua non* para viabilizar una sentencia anticipada, bien

¹⁷ CSJ SP, 8 Abr 2003. Rad. 16778: “*Los fenómenos post-delictuales, como comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, por no guardar ninguna relación con la modalidad de la conducta punible, no son factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada en concreto*”.

¹⁸ Ídem.

sea por la vía del preacuerdo, ora por la aceptación unilateral de cargos, es un aspecto que nuevamente es susceptible de valoración para la individualización de la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente, en los eventos en los cuales no se haya pactado de manera definitiva la pena a imponer; incluso, desde otra arista, su análisis confluye en el estudio de la prisión domiciliaria, por cuanto, la reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38b del Código Penal.

El reproche, de acuerdo con lo expuesto, carece de vocación de prosperidad.

5.3.2. El monto de la rebaja por el reconocimiento de la atenuante del artículo 401 de la Ley 599 de 2000

Alega subsidiariamente el representante de Colpensiones, que como lo reintegrado fue una suma parcial, del 10% del *“global de lo defraudado, su rebaja proporcional sería del 5%”*.

De la lectura de la premisa no se sigue lo que el recurrente opina, es decir, que la reducción por reintegro parcial deba hacerse sobre la base de la mitad consagrada en el inciso primero.

Sobre este tópico, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, significando que la rebaja de pena por la

atenuante del artículo 401, lo será dependiendo del porcentaje de la apropiación, sin superar el límite impuesto en el inciso 3° de la norma, esto es, de una cuarta parte en los eventos de restitución parcial.

Veamos:

*“Por tanto, el reintegro hecho suma \$ 29.316.443,50, que frente a \$ 203.413.223,31, que los jueces demostraron, y la defensa no controvierte, fue la suma apropiada indebidamente, equivale aproximadamente a un 15%, **desde donde consulta criterios de equidad y razonabilidad que el descuento punitivo sea igual al 15% del tope máximo del artículo 401 (una cuarta parte)**, que debe aplicarse a los 72 meses de prisión y \$ 203.413.223,31 de multa, que fueron las sanciones establecidas para el peculado, llegándose a 69 meses 9 días y \$ 195.785.227,43,”¹⁹.*

En ese entendido, siguiendo la teleología de la norma, como aquí el reintegro se efectuó de manera parcial y no hay discusión sobre el monto de lo apropiado por CORREA OLAYA – 10% del desfalco total que ascendió a \$3.129.988.680 –, la Sala advierte que el correcto ejercicio de dosificación consiste en otorgar como descuento punitivo por la atenuante en cita, el 10% del tope máximo del inciso tercero de la norma – una cuarta parte –.

¹⁹ CSJ SP, 13 Oct 2004, Rad. 22778

En ese aspecto, erró el Tribunal al aplicar *“la diminuyente en cita en una décima parte de la pena impuesta dado que la devolución parcial solo fue del diez por ciento de lo apropiado y la disminución punitiva por mandato del legislador debe ser proporcional a lo restituido”*.²⁰

Así las cosas, como la cuarta parte de 84 meses equivale a 21 meses, el 10% de ese monto corresponde a 2 meses y 3 días de prisión. Valga aclarar que, los 84 meses corresponden a la pena tasada por virtud del preacuerdo en relación con los cuatro delitos cometidos por CORREA OLAYA, pero como la rebaja establecida en ese artículo 401 del Código Penal sólo opera respecto del peculado –en tanto de los cuatro punibles cometidos, es el único delito susceptible de reintegro patrimonial de lo apropiado–, se concederá sólo el 2.5% de rebaja, resultado de dividir el 10% total en los cuatro crímenes.

Eso arroja un total de 15 días, es decir, por la circunstancia de atenuación verificada, la pena impuesta en definitiva corresponde a **83 meses y 15 días de prisión**. Igual corrección deberá realizarse en relación con la pena de multa y la de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, las cuales, efectuada idéntica operación, se fijan en **5.068 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 111 meses y 15 días**.

²⁰ Folio 25. Sentencia de segunda instancia. Carpeta digital.

En este sentido se modificará la sentencia impugnada.

5.4. Prisión domiciliaria por virtud de la calidad de padre cabeza de familia.

En relación con el reparo de la defensa, la Sala se encargará de examinar si se reúnen los requisitos establecidos en la ley para sustituir la pena intramural por prisión domiciliaria, por virtud de la calidad de padre cabeza de familia.

El artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. *Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero*

permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

En la sentencia SU-388 de 2005, la Corte Constitucional señaló:

*(...) para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; **(v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.** (negrilla fuera del texto).*

Por su parte, el artículo 1° de la Ley 750 de 2002²¹, en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

²¹ Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

(...)

Del contenido de las normas transcritas es palmario que la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia, opera cuando la persona condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

Ahora, respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha señalado:

El debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabezas de familia la constatación de la simple condición de tal, convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos. (CSJ, SP, 15 Mar, 2006. Rad. 45322).

Así las cosas, la defensa argumentó que CORREA OLAYA es padre de cuatro hijos, dos de ellos menores de edad y los dos mayores sin capacidad económica para el sostenimiento de aquéllos, pues se dedican exclusivamente a estudiar.

Agregó que la madre de sus descendientes, Claudia Bonet Márquez, se encuentra con estrés post traumático y traumas en el estado de ánimo, acreditados por medio de valoración psicológica, los cuales, según el dictamen, la imposibilitan temporalmente para asumir el cuidado de sus hijos.

Es decir, el defensor planteó, por una parte, la existencia de una incapacidad síquica o mental por parte de

la madre de los menores y, por otra, la deficiencia sustancial de ayuda por parte de otros familiares.

Contrario a lo manifestado en la alzada, los requisitos de necesaria acreditación no fueron demostrados, así como tampoco emergió desvirtuada la argumentación que expuso el *a quo* para no reconocer al procesado la calidad de padre cabeza de hogar.

En efecto, no se acreditó la ausencia permanente o el total abandono por parte de sus parientes cercanos. En contrario, de acuerdo con el peritaje psicológico aportado por la defensa, la familia de Correa Olaya la integran: su esposa Claudia Bonet, dos hijos mayores de edad de matrimonio anterior del implicado, un hijo mayor de edad de Claudia Bonet y dos hijas menores de edad, fruto de la unión de estos. Contrario a lo afirmado por la defensa, uno de los hijos mayores de edad, estudia y también trabaja²².

De los elementos incorporados por la defensa se extrae que ambos descendientes adultos se encuentran en capacidad de suministrar el afecto y cuidado que necesitan sus hermanas menores, pues, no se acreditó situación alguna que les impida brindar el soporte necesario mientras su madre supera los trastornos que presenta, transitorios de acuerdo a lo concluido por la experta.

²² Folio 9 Peritaje Psicólogo Forense. Así lo sostuvo Rafael Correa, hijo de Juan Carlos Correa Olaya, actualmente de 27 años de edad.

Así mismo, en el informe de visita domiciliaria, realizado el 24 de octubre de 2019 por la Trabajadora Social Nelsy Pérez Manjarrez, se plasma que la compañera sentimental de CORREA OLAYA *“dejó de trabajar hace varios años y recibe una pensión que no alcanza para cubrir todas las necesidades familiares”*²³, sin que se hubiese indagado sobre el monto de la prestación social percibida en forma mensual.

En ese mismo sentido, Fabián Torralba, hijo de Claudia Bonet, aludió a la pensión que su madre percibe con ocasión del homicidio de su padre, quien en vida fue integrante de la Policía Nacional.

Por otro lado, se señaló por la defensa que las menores tienen familiares -tíos- que viven en la ciudad de Bogotá, pero que, por una eventual revictimización, se aconseja no trasladarlos de lugar, dada la situación traumática en la que se encuentran.

Al punto, de acuerdo con la pericia, la menor D.C.B²⁴ posee un trastorno de ansiedad por separación; sin embargo, la psicoterapia y la terapia ocupacional constituyen el

²³ Folio 28. Carpeta digital traslado defensa.

²⁴ De 10 años para la fecha de la experticia.

tratamiento adecuado para superarlo, conforme lo sugirió la psicóloga Laura Rueda Carreño en su peritaje²⁵.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye: i) no existe una dependencia exclusiva, desde el punto de vista económico, en relación con JUAN CARLOS CORREA OLAYA; ii) no se demostró una deficiencia sustancial de ayuda, pues, las niñas cuentan con sus hermanos y tíos, quienes pueden contribuir con sus gastos de manutención sin necesidad de extraerlos del entorno familiar que, se reitera, está compuesto por los hermanos mayores de edad y la madre, quien padece estrés post traumático como patología transitoria; y iii) los familiares aludidos son los llamados a seguir velando por el bienestar y protección de las menores, por virtud del principio de solidaridad.

En los anteriores términos, se negará al procesado JUAN CARLOS CORREA OLAYA el sustituto de la prisión domiciliaria, al no concurrir los requisitos establecidos en la ley.

5.5. Asunto final

Por último, la Sala debe hacer un llamado de atención al Tribunal Superior de Barranquilla para que ajuste la

²⁵ Página 30. Peritaje Psicólogo Forense.

manera como imparte aprobación a los preacuerdos celebrados entre las partes.

Ello por cuanto los eventos culminados por esa vía de terminación anticipada, no eximen a la judicatura de la obligación de verificar en debida forma los presupuestos habilitantes para la aplicabilidad de la figura en comento y, en ese orden, resultaba imperativo demostrar que el dicho de JUAN CARLOS CORREA OLAYA acerca de que lo apropiado por él fue sólo el 10% del valor total de la defraudación, encontraba respaldo en otros medios de convicción.

Sin embargo, al Tribunal de primer grado le bastó la afirmación del acusado en ese sentido sin propender por una adecuada y necesaria acreditación del asunto. Por tal razón, es razonable exigir a los funcionarios encargados de revisar la legalidad de las actuaciones, que realicen su labor con la diligencia debida, con estricto apego a la normatividad, para que así se garanticen los derechos de los procesados, se salvaguarden los intereses de la víctima y, finalmente, se satisfaga la aspiración de la ciudadanía a que se imparta justicia de manera pronta y eficaz.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: **Modificar** la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 4 de diciembre de 2019, en el sentido de imponer a JUAN CARLOS CORREA OLAYA las penas principales correspondientes a ochenta y tres (83) meses y quince (15) días de prisión, multa de cuatro mil novecientos setenta y cuatro (5.068) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ciento once (111) meses y quince (15) días.

Segundo: **Confirmar** en lo demás la decisión impugnada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del proveído.

Notifíquese y cúmplase.


GERSON CHAVERRA CASTRO

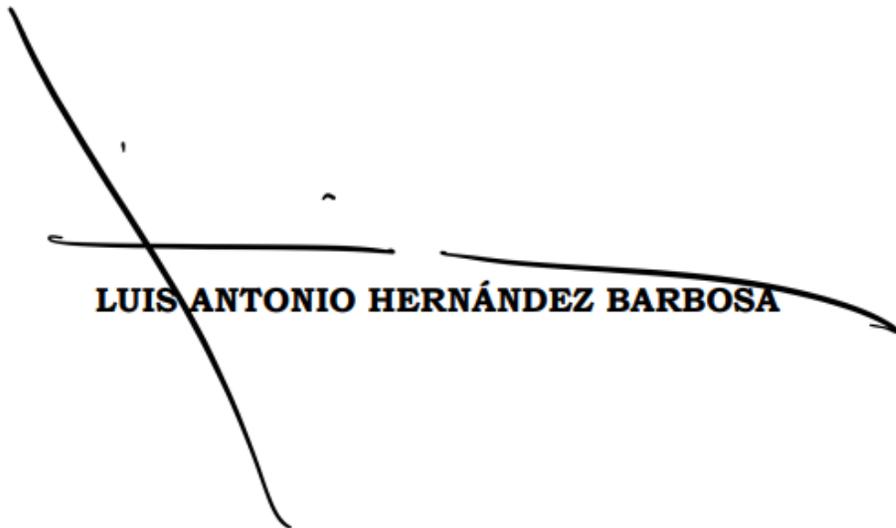

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



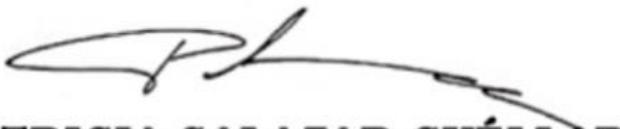
FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria