

**Comentario a la Sentencia de la Corte
Suprema de Justicia, Sala de Casación
Penal del 24 de julio de 2017, radicado 41749,
SP10741-2017, M.P.**

José Francisco Acuña Vizcaya

**Principio de congruencia. Derecho a
la no autoincriminación, a no declarar contra
los parientes**

Commentary on the Judgment of the Supreme
Court of Justice, Criminal Cassation Chamber of
July 24, 2017, file 41749, SP10741-2017, M.P. José
Francisco Acuña Vizcaya

Principle of congruence. Right to not self-incrimination,
to not declare against relatives

DANIEL RAMÍREZ RAMÍREZ¹

En la sentencia radicado 41749 la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el recurso extraordinario casación propuesto por la defensa de los procesados B, C y D, quienes fueron absueltos por el Juzgado Único Penal del Circuito de conocimiento de Envigado, pero posteriormente condenados por el Tribunal Superior de Medellín como autores del delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art.454B del CP), pese a que la Fiscalía los había acusado del delito de encubrimiento por favorecimiento (art.446 CP). Contra la sentencia de segunda instancia que se interpuso el recurso de casación que dio origen a la sentencia que ahora se comenta.

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
Contacto: dramir62@eafit.edu.co.

1. Hechos

El 30 de junio de 2009 en las horas de la tarde debido a una discusión, A le disparó con un arma de fuego a su padrastro, lo cual le causó su muerte inmediatamente. Posterior a esto y sin acuerdo previo, arribaron al lugar de la consumación del delito los hermanos del autor, B y C y su tío D.

Tal como lo expresa la Corte: "Entre todos, recogieron el cadáver, lo envolvieron en una bolsa plástica, lo transportaron en un automóvil hasta el río San Juan y allí lo arrojaron. Se deshicieron además del arma y procuraron borrar los rastros de sangre y toda evidencia que diera cuenta de la ejecución del delito". Más tarde, cada uno de ellos proclamó la desaparición del padrastro de A, mientras que C se encargó de denunciar la supuesta desaparición ante las autoridades.

2. Demanda de casación

Ante el fallo judicial, la defensa de los procesados, procedió mediante el recurso extraordinario de casación a presentar cargos, alegando la violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 9 y 12 del código penal.

En relación con el artículo 9 del código penal el abogado defensor hizo hincapié en la culpabilidad, la cual es requerimiento para que la conducta sea punible. De acuerdo con su línea argumentativa el juez no lo había tomado en cuenta a la hora de juzgar al procesado, ya que al ser familiares próximos de A no les era exigible una conducta distinta a la desplegada, debido a que, tras conocer el delito cometido por parte de su familiar, estos buscaron proteger la libertad del mismo a toda costa.

No obstante que el Juzgado Único Penal del Circuito de Conocimiento de Envigado tomó en consideración el argumento expuesto por el abogado, en criterio de la Corte Suprema, el juez de primera instancia cometió un error de interpretación al mencionar que la ponderación debía hacerse entre la tranquilidad de la familia del autor y la familia de la víctima, debido a que en el delito de encubrimiento el bien protegido es la *correcta administración de justicia* y por tanto, el análisis se debía encaminar a ponderar entre "... [la] cohesión familiar, la libertad de su hermano y sobrino, y el interés del Estado en la persecución de los delitos"

En efecto, según el juez de primera instancia, la absolución se imponía debido a que la situación por la cual pasaron los familiares del autor del homicidio es exculpante, en tanto que su cohesión familiar no les permitió actuar de una manera diferente. Expresa que los hermanos eran huérfanos, situación que para el juez de turno fue determinante, ya que su vínculo afectivo se vio aumentado por tal circunstancia, lo que en definitiva hace que la conducta desplegada por los procesados no supere el juicio de reproche de culpabilidad.

3. Consideraciones del Tribunal Superior de Medellín

Por su parte, el juez de segunda instancia, revocó la decisión tomada por el juzgado Único penal del conocimiento de Envigado, y en su lugar decidió condenarlos, no por el delito por el cual fueron acusados por la Fiscalía, sino por el delito de ocultamiento alteración o destrucción de elemento material probatorio, lo que implicaba entonces de una variación de la calificación jurídica contenida en la acusación.

El Tribunal comienza haciendo un recuento sobre todo lo mencionado anteriormente y, como aspecto relevante, hace alusión a que el artículo 33 de la Constitución Política no solo permite la abstención de declarar en contra de sí mismo o de sus familiares cercanos, sino que autoriza, en cierta medida, a los familiares a emprender conductas solidarias con el sujeto que realizó el delito, así por ejemplo “cuando se le da refugio o se le provee de medios económicos aun cuando los requiera para huir.” Las anteriores consideraciones del *ad quem* le sirven de base para explicar que el hecho de no emprender las acciones ya mencionadas equivale a la incriminación del familiar, por lo cual el art 33 de la Constitución Política, debe entenderse en sentido amplio. Por ello el Tribunal expresa que a los procesados no se les podía exigir la incriminación de su familiar, e incluso, no se les podía reprochar en caso de que estos hubieran desplegado las conductas solidarias mencionadas anteriormente.

Sin embargo, argumenta que la actuación de los familiares de A resulta inadmisibles ya que desaparecer un cadáver, limpiar la escena del crimen y deshacerse del arma con la cual se ejecutó el delito, no son conductas de mera solidaridad y no están amparadas bajo este principio, ya que además de atentar contra los intereses del Estado para la correcta administración de justicia, al desaparecer el cadáver, los familiares del homicida afectaron directamente a la familia de la víctima al no permitirle a estos conocer el lugar donde se encontraba el padastro de A, por lo cual se desestima por completo el amparo de dicha conducta en el principio constitucional de solidaridad entre familiares.

Ya expresado esto, es evidente que la realización de otra conducta era posible y para demostrarlo el Tribunal Superior de Medellín recurre a la figura del hombre medio, manifestando que en las circunstancias analizadas a un hombre medio se le podía exigir una conducta diferente a la realizada por los procesados y que estos por el contrario optaron por elegir la más gravosa, afectando así derechos ajenos y menoscabando el bien jurídico de la correcta administración de justicia. Además de esto toma en cuenta el tiempo que tuvieron los familiares entre el arribo al lugar y la desaparición del cadáver, para concluir que estos tuvieron tiempo para pensar y deliberar sobre sus planes y que finalmente optaron por la conducta de mayor gavedad.

Por consiguiente, para juez de segunda instancia las conductas realizadas por los familiares de A se subsumen al tipo penal previsto en el artículo 454B, el cual expresa que “El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Adviértase, que según el Tribunal Superior de Medellín fue un error imputarles el delito de encubrimiento por favorecimiento y también téngase presente que revoca la decisión dictada por el Juzgado Único Penal del Circuito de conocimiento de Envigado, y como ya se dijo, condena a los procesados por el delito previsto en el artículo 454B del código penal.

4. El trámite de la demanda en la Corte Suprema de Justicia

4.1 La audiencia de sustentación

La postura de la defensa

La defensa reiteró los argumentos presentados en la demanda y idicados al comienzo de este escrito.

El concepto del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público, comienza el análisis sobre el problema jurídico, y expresa que aunque el artículo 33 de la Constitución Política exime del deber de declarar en contra de los familiares cercanos, ello no les autoriza a actuar de la forma en la que lo hicieron, atentando indebidamente contra la Administración de Justicia. En su opinión, no actuaron conforme a derecho cuando intentaron engañar mediante repetidas conductas a la justicia, con el fin de que el delito de homicidio quedara impune, por lo cual su comportamiento cabe dentro de la conducta tipificada en el artículo 454B del código penal.

La postura de la Fiscalía General de la Nación

En la misma línea, el delegado de la Fiscalía hace un análisis frente a la no exigibilidad de otra conducta y trae a colación los numerales 8 y 9 del art 32 del código penal, los cuales expresan que habrá ausencia de responsabilidad penal cuando el sujeto haya actuado bajo insuperable coacción ajena y miedo insuperable. Frente a esto argumenta que no se crea una situación exculpante, en tanto que a

los familiares no les era exigible la denuncia de su familiar, pero estos sobrepasaron la conducta permitida e intentaron dificultar la correcta administración de justicia, mediante la alteración y destrucción del material probatorio.

4.2 Consideraciones de la Corte

No exigibilidad de otra conducta a los familiares de A

Frente a lo alegado por el abogado defensor la Corte Suprema expresa que la culpabilidad es una categoría constitucional consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política que establece: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.”

A partir de la norma constitucional citada se ha entendido que no basta con que el delito le sea imputable objetivamente al procesado para que haya responsabilidad penal, ya que este debe haber actuado con culpabilidad, es decir que al procesado le sea exigible una conducta diferente a la desplegada

La Corte Suprema, citando una providencia anterior de la misma Corporación, precisa además: “[si] por inexigibilidad de otra conducta se entiende toda situación en que la actividad del sujeto agente no es objeto de punibilidad porque en las circunstancias en que la ejecutó no le era exigible actitud distinta, debe convenirse que en cada una de las causales de inculpabilidad subyace la no exigencia de comportamiento diverso al que se tuvo, pues para reconocer que alguien ha actuado en condiciones de fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena o por razón de una convicción errada e invencible, debe admitirse que en cada una de tales causales al sujeto no le era demandable otra conducta, que al agente no le quedaba más por hacer que vulnerar el bien jurídico tutelado.”

Precisa la Corte Suprema que no se le puede obligar a una persona a declarar en contra de su pariente, ya que se estaría cayendo en una “traición familiar” y no se le puede exigir a un sujeto tal conducta. Protegiendo así a la institución familiar en tanto que el pariente no debe hacer la ponderación entre declarar contra su propia familia y ser condenado penalmente por la comisión de un delito.

Pese a lo anterior la Corte Suprema aclara que “el derecho de no incriminación concede tan solo la dispensa especial de *no ser obligado* a declarar, cuando dicho deber entra en pugna con el principio de respeto a la solidaridad íntima, sin que ello implique que el testigo quede liberado de la obligación de rendir el testimonio, solo que no se le puede obligar a prestarlo”. Pero otra cosa distinta es que al amparo del art. 33 constitucional se “ejecuten comportamientos ilícitos destinados a defraudar, impedir, desviar o frustrar la actuación de la administración de justicia”, pues de ser

así, aclara la Corte Suprema []“...se llegaría al absurdo de considerar inculpable, por ejemplo, a quien para evitar que la justicia alcance a su familiar, decida matar los testigos del crimen cometido por éste; o a los parientes del secuestrador que lo ayudaren a ocultar y retener a la víctima.”

Por último, referente al tema y en consecuente con su línea argumentativa la Corte Suprema menciona que en caso de que el pariente tome la decisión de declarar, se le exigirá tal como prevé la ley el no faltar a la verdad o callar total o parcialmente, fundamentando esto último a partir del artículo 95 de la Constitución Política el cual menciona que algunos de los deberes de los ciudadanos “[son] respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad, y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.”

En efecto para la Corte: “[la] garantía implica el derecho a no ser obligado a declarar, pero si libremente resuelve hacerlo y en el curso de la diligencia ante funcionario competente, falta a la verdad o la calla total o parcialmente, puede verse enfrentado a la pena prevista para el delito de falso testimonio, toda vez que, se repite, lo que asegura la Carta en el artículo 33, es el **derecho a no ser obligado**, en forma directa o indirecta, o por cualquier medio, a declarar contra sí mismo ni contra los parientes cercanos, no el derecho a obstaculizar la recta administración de justicia”

Dice la Corte que los deberes de los ciudadanos responden a los intereses generales del estado propuestos en la Constitución Política los cuales en palabras de la Corte Suprema de Justicia, se resumen pertinentemente en que “Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad, que propende por el cumplimiento de diversos fines, como los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, propósitos sobre los cuales gravita la actividad funcional de las autoridades y los servidores públicos del Estado.”

5. Variación de la calificación jurídica

Como se mencionó anteriormente el Tribunal consideró que la conducta cometida por los familiares de A se enmarca en el tipo ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. Condena que se encuentra en disonancia con la imputación inicial por parte de la Fiscalía la cual les imputó en la audiencia respectiva el delito de encubrimiento por favorecimiento el cual se encuentra regulado en el artículo 446. Decide entonces valerse de la variación de la calificación jurídica, haciendo antes ciertas precisiones.

La Corte decide entonces pronunciarse frente a esta institución procesal – el principio de congruencia- y expresa que como los delitos de encubrimiento y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio atentan contra el mismo bien jurídico en tanto que ambos están destinados a alterar, destruir o modificar los medios de prueba dificultando así la administración de justicia, haciendo la aclaración de que el segundo es de naturaleza especial ,ya que en la subjetividad del delito tal como lo expresa la Corte este “está dirigido a impedir o evitar que se usen como medios de conocimiento en la investigación o como prueba en el juicio oral”.

En segundo lugar, determina que la variación jurídica le es permitida al juez debido la nueva conducta punible es benéfica para los procesados en tanto que la pena prevista para el tipo es de menor cuantía , por consiguiente los principios de in dubio pro reo por un lado y por el otro el de congruencia entre la acusación de la Fiscalía y la condena impuesta por Tribunal no se ven violados, ya que como ha entendido la doctrina de la Corte Suprema de los últimos año, el juez puede de manera excepcional variar la calificación jurídica siempre y cuando se cumpla con los dos requisitos previamente expuestos.

Por lo cual decide finalmente condenar como autores a B, C y D por el delito dispuesto en el art 454b del código penal; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio.

6. Opinión personal

Sobre el deber de declarar

En principio el fallo de la Corte Suprema fue apropiado, ya que durante toda la sentencia optó por una línea argumentativa bajo la cual no le dio un sentido amplio a la interpretación del derecho a la excepción a declarar, por el contrario, lo delimitó. Esto se hace evidente en el momento que al tomar las consideraciones en el sentido de que la excepción a declarar no le quita al testigo su obligación a rendir testimonio, solo le imposibilita al Estado obligarle a declarar.

Sin embargo es claro para la Corte Suprema que el testigo que decide declarar y al momento de hacerlo, lo hace mediante engaños u ocultando la verdad, su conducta ya no será conforme al derecho debido a que estas conductas ya no son amparadas por el principio de solidaridad entre parientes.

Sobre la variación de la calificación jurídica

Como ya se dijo el juez de segunda instancia varía la calificación jurídica, condenando a los procesados no por encubrimiento por favorecimiento, sino por ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. Ello debido a que considera que, la fiscalía cometió un error al imputarles el delito tipificado en el artículo 446 del código penal colombiano, ya que los sujetos desplegaron conductas mediante las cuales destruyeron y ocultaron el material probatorio, por lo cual decide condenarlos por el delito previsto en el artículo 454B y expresa que esto es permitido ya que la pena prevista del nuevo delito es de menor cuantía y que ambos delitos atentan contra el mismo bien jurídico.

Esto en principio es correcta ya que ambos delitos atentan contra la correcta Administración de Justicia y no se advierte que los hechos hayan variado, es decir existe congruencia desde el punto de vista fáctico y desde el punto de vista jurídico, la variación del delito no implica en mi criterio una afectación del derecho de defensa, pues los hechos de los que se defendieron los procesados son exactamente los mismos que sirven de base la variación de la calificación, como bien lo dice la Corte Suprema ambos delitos protegen la correcta administración de justicia.

Precisiones en la sentencia

Frente al tipo de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, la Corte precisa las características de este tipo y manifiesta que es un delito de mera conducta, que tiene una característica subjetiva especial, la cual permite que por momentos pueda ser tratado como un delito de resultado. Argumenta que el sujeto al realizar la conducta lo hace bajo la intención de que el elemento material probatorio no pueda ser usado en el juicio oral o como medio cognoscitivo en la investigación, por lo cual toma la decisión de destruirlo, alterarlo u ocultarlo, es decir, que al momento del sujeto realizar la conducta lo hace bajo un móvil especial y por consiguiente el cumplimiento del interés es el resultado que se puede predicar del delito.

La Corte Suprema expresa que al ser un delito de mera conducta pero que a la vez puede ser tratado como un delito de resultado debido a su aspecto subjetivo especial. Así las cosas, la modalidad de tentativa sería admisible en este tipo, debido a que de acuerdo con la línea argumentativa de la Corte, si este aspecto subjetivo especial no es alcanzado por el sujeto por situaciones ajenas a su voluntad, el delito será imperfecto y se configurará una tentativa.

Ya mencionadas las afirmaciones hechas por la Corte Suprema de Justicia al tipo que se encuentra en el artículo 454B, según el cual:

El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de...."cabe precisar que la está hizo una interpretación errada sobre el artículo, la cual se explicara a continuación.

En primer lugar, la Corte hace alusión a que el delito de ocultamiento alteración o destrucción de elemento material probatorio es un delito de mera de conducta lo que implicaría que no admite tentativa.

Esto no es cierto, ya que el tipo cuenta con tres verbos rectores, de los cuales dos son de mera conducta, a saber ocultar y alterar. En este aspecto acierta la Corte Suprema, pero frente al verbo "destruir" quedan dudas sobre si en realidad se trata de un verbo rector que configure un delito de mera conducta ,ya que para que una cosa se pueda considerar como destruida, debe desaparecer por completo, o reducirse en pedazos hasta el punto de perder su naturaleza. Por lo cual es un verbo rector que exige un resultado separable espacio temporalmente de la acción. Así por ejemplo el que quisiera destruir un arma para que esta no fuera utilizada en un juicio oral como evidencia física, deberá desaparecerla por completo, o reducirla a pedazos tan pequeños que esta pierda su naturaleza al punto de no ser reconocida

Entendido esto, se podría afirmar entonces que es un delito que admite la modalidad de tentativa, pero solo frente al verbo rector destruir y que tanto el verbo rector alterar como ocultar no admiten este dispositivo amplificador del tipo.

En segundo lugar, cabe aclarar que la aunque la Corte Suprema concluye que el aspecto subjetivo especial que contiene el tipo es la razón por la que debe ser tratado como un delito de resultado no es correcto, pues en realidad es irrelevante, ya que esta característica solo responde al aspecto subjetivo del tipo, es decir a la intención que tiene el agente lo que en nada condiciona la consumación de delito, pues esa intención es concurrente con el momento en el que el sujeto ejecuta el verbo rector y eso es suficiente para que se entienda realizado el delito.