



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP197-2021

Radicación N° 55371

Aprobado acta N° 20.

Bogotá D.C., tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación presentado en nombre de AURA FANNY SALAS HIGUITA, contra la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2018 por el Tribunal Superior de Medellín que confirmó, modificó y revocó la condena que le impuso el Juzgado Treinta Penal del Circuito de dicha ciudad luego de declararla responsable por las conductas punibles de concierto para delinquir, cohecho propio y cohecho impropio, las dos últimas en concurso homogéneo.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. Entre 2014 y 2015, AURA FANNY SALAS HIGUITA como servidora pública de la Alcaldía de Medellín, se concertó con otros funcionarios para cometer delitos relativos a otorgar rebajas, prescripciones y reducir el monto de deudas que contribuyentes tenían sobre los impuestos predial, de industria y comercio, y otras obligaciones urbanísticas.

Para ello, había distribución de funciones. AURA FANNY SALAS HIGUITA solía conseguir el estado de cuenta de las deudas, brindaba asesoría a los contribuyentes interesados y elaboraba documentos y derechos de petición que radicaba en la Secretaría de Hacienda de Medellín para ser resueltos por el encargado de gestionar los actos administrativos dentro de la Alcaldía. Todo esto lo hacían los integrantes de esa empresa criminal a cambio de dinero, que repartían según la importancia del rol desempeñado en la defraudación.

2. Por los anteriores sucesos, ante la Juez Séptima Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, del 31 de diciembre de 2015 al 2 de enero de 2016, se llevó a cabo diligencia en la que la Fiscalía General de la Nación obtuvo la legalización de la captura de AURA FANNY SALAS HIGUITA, previa orden de aprehensión emitida en su contra¹.

¹ C. 7, fl. 8.

En el mismo acto la fiscal delegada le imputó a SALAS HIGUITA y a otras cinco (5) personas los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y cohecho impropio (los dos -2- últimos en concurso homogéneo), según lo previsto en los artículos 340 inciso 1°, 405 y 406 de la Ley 599 de 2000, respectivamente, con las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en los numerales 10° y 17 del artículo 58 del Código Penal, sin que los procesados aceptaran dichos cargos.

Al tiempo la representante de la fiscalía solicitó que AURA FANNY SALAS HIGUITA fuera privada de la libertad en establecimiento carcelario, pedimento que le fue aceptado².

3. Como los demás atribuidos realizaron preacuerdos con la Fiscalía³, esta acusó a AURA FANNY SALAS HIGUITA el 26 de noviembre de 2016, tras aclarar que el grado de participación en el delito de concierto para delinquir era como autora, y que realizó veintidós (22) cohechos propios (casos 27, 29, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 42, 51, 53, 56, 57, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 70, 72 y 73) y seis (6) impropios (casos 28, 32, 39, 49, 54 y 63), todos a título de determinadora. De igual modo, le endilgó las causales de mayor punibilidad señaladas en los numerales 9°, 10° y 17 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000⁴.

² Fs. 16-25 del cuaderno de audiencias preliminares.

³ A excepción de Luis Javier Marín Gil, que dentro de esta misma actuación también fue condenado. Sin embargo, como la demanda de casación presentada a su nombre no fue admitida, resulta impertinente e innecesario hacer referencia a los cargos que le fueron endilgados y por los que fue declarado penalmente responsable.

⁴ C. 2, fs. 14 y 15.

4. El juicio oral lo llevó a cabo el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Medellín, despacho que el 6 de marzo de 2018 adoptó las siguientes decisiones⁵:

4.1. Absolver a AURA FANNY SALAS HIGUITA de hechos y cargos por diecinueve (19) cohechos propios (casos 27, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 42, 51, 53, 57, 61, 64, 65, 66, 67, 70, 72 y 73) y cuatro (4) cohechos impropios (casos 32, 39, 49 y 54).

4.2. Condenar a AURA FANNY SALAS HIGUITA por un (1) delito de concierto para delinquir, tres (3) cohechos propios (casos 29, 56 y 62) y dos (2) cohechos impropios (casos 28 y 63) a ocho (8) años y diez (10) meses de prisión e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, al igual que 86,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa⁶.

4.3. Negarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria.

5. Apelado el fallo por la defensa, la Fiscalía, el Ministerio Público y el apoderado de la víctima (en cabeza de la Alcaldía del municipio), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 5 de diciembre de 2018, resolvió⁷:

⁵ C. 2, fs. 233-293.

⁶ Para la tasación de la pena la juez de conocimiento no tuvo en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad que le fueron atribuidas a la procesada, al considerar que las mismas no fueron probadas.

⁷ C. 4, fs. 243-348.

5.1. Confirmar la condena contra AURA FANNY SALAS HIGUITA por el delito de concierto para delinquir.

5.2. Confirmar la condena contra SALAS HIGUITA en el caso 56, con la modificación de que no se trata de un delito de cohecho propio sino de cohecho impropio que llevó a cabo como coautora sin tener la calidad especial que requiere el tipo para el sujeto agente.

5.3. Confirmar la condena contra AURA FANNY por los dos (2) cohechos impropios (casos 28 y 63), con la modificación de que la agente obró como coautora sin reunir las calidades especiales exigidas por el tipo penal.

5.4. Confirmar la absolución de AURA FANNY SALAS HIGUITA por diecisiete (17) cohechos propios (casos 27, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 42, 51, 57, 61, 64, 65, 66, 67, 72 y 73) y por los cuatro (4) cohechos impropios (casos 32, 39, 49 y 54).

5.5. Revocar la condena contra SALAS HIGUITA por dos (2) delitos de cohecho propio (casos 29 y 62) para, en su lugar, absolverla.

5.6. Revocar la absolución a favor de AURA FANNY por un (1) delito de cohecho propio (caso 53) y, en consecuencia, condenarla por un (1) delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (artículo 421 del Código Penal).

5.7. Revocar la absolución a favor de SALAS HIGUITA por un (1) delito de cohecho propio (caso 70) para, en su lugar, condenarla por uno (1) de cohecho impropio a título de coautora sin tener las calidades especiales del tipo.

5.8. Condenar, por tanto, a AURA FANNY SALAS HIGUITA por un (1) delito de concierto para delinquir, cuatro (4) cohechos impropios (casos 28, 56, 63 y 70) y uno (1) de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (caso 53) a cinco (5) años, once (11) meses y veintitrés (23) días de prisión, 213,44 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y 29,3 salarios mínimos de unidad multa, así como a la pérdida del empleo y a seis (6) años, once (11) meses y catorce (14) días de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas.

5.9. Y confirmar el fallo de primera instancia en todo lo que no fue objeto de revocatoria o modificación.

6. Contra la decisión de segunda instancia, los abogados de AURA FANNY SALAS HIGUITA y Luis Javier Marín Gil promovieron, así como sustentaron, el recurso extraordinario de casación.

7. Mediante auto de 6 de agosto de 2019 (AP3178-2019), la Sala resolvió no admitir las demandas de casación presentadas por las defensas de AURA FANNY SALAS HIGUITA y Luis Javier Marín Gil, excepto los cargos primero y tercero (aunque solo en lo relacionado con el caso 70) de la demanda a nombre de SALAS HIGUITA que se declaró ajustada a derecho.

8. Se fijó el 17 de marzo de 2020 como fecha para llevar a cabo la audiencia de sustentación, diligencia que no se realizó toda vez que, en virtud del Acuerdo PCSJA20-1157 de 15 de marzo de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se dispuso la suspensión de términos judiciales a partir del 16 del mismo mes y año, debido a la declaratoria de emergencia sanitaria en todo el país.

Como consecuencia de ello, en auto de 31 de julio de 2020, y de conformidad con el señalado en el Acuerdo de la Sala de Casación Penal No. 20 de 2020, se dispuso correr el término común de 15 días para que las partes e intervinientes presentaran sus alegatos de sustentación y refutación por escrito.

II. LA DEMANDA

1. La defensa sustentó los dos cargos admitidos así:

El primero (principal), al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 (“*[d]esconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o la garantía debida a cualquiera de las partes*”) alegó la violación del principio de congruencia entre acusación y fallo.

Afirmó que el Tribunal vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa de AURA FANNY SALAS HIGUITA cuando revocó la absolución por el caso 53, en el que ella

había sido acusada por un delito de cohecho propio, para condenarla por uno de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, conducta punible que era querellable para el 2015, época en que ocurrieron los hechos, sin que en este asunto se presentara la respectiva querrela y se agotara la audiencia de conciliación, razón por la que no era posible dar curso a la acción penal.

Y, en el segundo (subsidiario), fundado en la causal tercera de casación, (*“desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba”*), señaló que, en torno al caso 70, en la sentencia de segundo grado se cometió un falso juicio de identidad por tergiversación, pues se extrajo de una única prueba (interceptación telefónica) la existencia de una remuneración a favor de la procesada que allí no obra. También, indicó que el Tribunal incurrió en un falso juicio de existencia *“por adición”*, por cuanto a partir de ese medio de convicción consideró probados todos los elementos que integran el artículo 406 del Código Penal.

2. En consecuencia, solicitó a la Corte, en relación con el primer cargo, decretar la nulidad. Y, respecto del segundo, adoptar las decisiones que en derecho correspondan.

III. SUSTENTACIÓN DE LOS CARGOS

1. En la exposición escrita, la defensora ratificó los cargos y argumentos expuestos en la demanda de casación. Sin embargo, en torno a la segunda censura

admitida, precisó que el error del Tribunal no se trató de un falso juicio de existencia “*por adición*”, sino de un falso juicio de identidad, por cuanto supuso “*que existe prueba en el juicio que demuestra todos los elementos del tipo penal de cohecho impropio*”⁸ en el denominado caso 70.

2. El Fiscal Delegado ante la Corte solicitó casar parcialmente el fallo recurrido. Afirmó que, contrario a lo sostenido por la demandante en el primer cargo, no se desconoció el principio de congruencia, pues si bien SALAS HIGUITA fue acusada frente al caso 53 como determinadora del delito de cohecho propio por el que fue absuelta en primera instancia, el Tribunal consideró que el delito perpetrado, sin variar el núcleo fáctico, correspondía al de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, que para la fecha de los hechos (año 2015) era querellable.

En punto de los requisitos de procedibilidad de la acción penal frente al ilícito de asesoramiento ilegal, refirió que la actuación seguida contra la procesada se inició con la denuncia instaurada por la funcionaria correspondiente a nombre de la Alcaldía de Medellín, lo cual permite entender como suplida la querella.

Sin embargo, respecto de la diligencia de conciliación reconoció que la misma no se surtió. Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, adujo que se vulneró el debido proceso y que, por

⁸ Fl. 3 de la sustentación escrita del recurso de casación.

ello, debe decretarse la nulidad parcial de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación.

En lo concerniente al segundo reproche admitido, señaló que no está llamado a prosperar, como quiera que en el juez plural tuvo por demostrado que la condenada recibió dinero o dádiva en el caso 70, no solo a partir de la cuestionada interceptación telefónica, sino en virtud a que se acreditó la existencia de una organización criminal creada al interior de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín de la cual ella formaba parte, cuya finalidad era obtener descuentos o exoneración del pago de impuestos sin soporte legal a cambio de dinero.

Finalmente, añadió que el Tribunal no incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, por cuanto el medio de conocimiento sustento de la condena proferida en contra de la implicada por la conducta punible de cohecho impropio sí fue debidamente incorporado al proceso.

3. El apoderado de la víctima pidió a la Corte casar la sentencia del Tribunal por el primer cargo formulado. Sostuvo que, realmente no se vulneró el principio de congruencia entre la acusación y el fallo, puesto que el cambio de calificación jurídica se orientó frente a un delito de menor entidad que conservó el núcleo fáctico de la imputación, sin embargo, al emitirse condena, revocando la absolución por una conducta punible que para la época requería de la querella, se afectaron las garantías de la acusada, pues se ve compelida a la sanción por un tipo

penal respecto del cual la acción penal no podía iniciarse, como se debió declarar en el fallo recurrido.

Frente al cago admitido por el caso 70, alegó que en la sentencia de segundo grado no se presentó ningún yerro en la valoración probatoria, razón por la cual ruega a la Sala mantener la condena emitida por ese evento en los términos que fueron referidos por la Sala Penal de Tribunal Superior de Medellín.

4. Por último, el representante de la Procuraduría General de la Nación avaló la petición de nulidad que la demandante realizó en el primer cargo. En respaldo de su criterio resaltó que la Fiscalía erró en la calificación jurídica de la conducta, pues los hechos relacionados con el evento 53 se ajustaban claramente al delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, y no al de cohecho propio que se le endilgó a la implicada.

Refirió que, aunque ambos ilícitos protegen el mismo bien jurídico y existe identidad fáctica, respetándose el núcleo básico de imputación, lo cierto es que al advertir que la conducta punible por la que fue condenada SALAS HIGUITA se trata de un delito querellable, sin que se hayan superado los presupuestos de procedibilidad de la acción penal que demanda la Ley 906 del 2004, es procedente casar parcialmente la sentencia de segunda instancia para retrotraer la actuación hasta la audiencia de imputación.

Respecto del segundo cargo admitido, le dio la razón a la recurrente. Adujo que, siendo una interceptación

telefónica la única prueba que acompaña al caso 70, de la misma solo se podía inferir la existencia de un acuerdo previo, más no la real y efectiva entrega de un pago o dinero a la procesada, y menos aún, la aceptación o el recibimiento de una dádiva para la ejecución de sus funciones.

Concluyó que, al no demostrarse la materialización del delito de cohecho impropio, SALAS HIGUITA no podía ser condena por el mismo. Por tanto, deprecó se case la sentencia y en su lugar se absuelva a la procesada por el evento identificado con el número 70.

IV. CONSIDERACIONES

1. Precisiones preliminares

Como la demanda presentada a nombre de AURA FANNY SALAS HIGUITA fue declarada (desde un punto de vista formal) ajustada a derecho respecto de los cargos primero y tercero (aunque solo en lo relacionado con el caso 70), la Sala tiene el deber de resolver de fondo los temas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con los fines de la casación, y prescindiendo de cualquier consideración respecto de las exigencias técnicas del recurso extraordinario.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las aserciones empleadas por sus interlocutores, de modo que tomará cada postura desde la

perspectiva más coherente y racional posible, sin perder de vista en el presente asunto que el fallo del Tribunal, en la medida en que en los casos 53 y 70 revocó la absolución emitida por el juzgado de circuito, constituye la primera condena contra la acusada y, por lo tanto, a ésta le asiste el derecho a hacer efectiva la garantía a la doble conformidad judicial, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2018.

2. Cuestión de fondo

2.1 Primer cargo. Nulidad por violación del principio de congruencia

Para la demandante existe incongruencia entre la acusación y el fallo, debido a que el Tribunal cuando revocó la absolución por el caso 53, en el que AURA FANNY SALAS HIGUITA había sido acusada por un delito de cohecho propio, para condenarla por uno de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, no tuvo en cuenta que dicha conducta punible era querellable para el 11 de febrero de 2015 (fecha de los hechos), y que por ello debió presentarse la respectiva querella y agotarse la audiencia de conciliación, sin que en efecto estos presupuestos se cumplieran.

Este planteamiento de la defensa, como se extrae, no se relaciona con un eventual desconocimiento del principio de congruencia establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, según el cual el procesado no podrá

ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, sino de afectación del debido proceso por la inobservancia de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal descritos en los artículos 70 y 522 de la Ley 906 de 2004, al ser el asesoramiento ilegal un delito querellable.

Al margen de lo anterior, no sobra advertir que la procesada no fue condenada por hechos distintos a los expuestos en la acusación, solo que el Tribunal encontró que los mismos se adecuaban típicamente a la conducta punible descrita en el artículo 421 del Código Penal.

Ciertamente, desde la audiencia de formulación de imputación, los hechos jurídicamente relevantes que comprendieron el caso 53 fueron narrados por la fiscal delegada así⁹:

“El 11 de febrero de 2015, AURA FANNY SALAS HIGUITA sostuvo conversación con una mujer Nury NN, donde le indica que habló el día anterior con Luir Javier Marín Gil, a fin de saber si habían salido los trámites y aquella le indica que los devolvieron porque faltaban cosas”.

Dicha situación fáctica fue calificada por el ente acusador como un cohecho propio, siendo en estos mismos términos que presentó el aludido evento 53 en la formulación de acusación y por los que solicitó la condena de la implicada en los alegatos conclusivos.

⁹ Récord 01:24:30 a 01:24:45 minutos (audio 4) de la audiencia de formulación de imputación celebrada el 1º de enero de 2016.

En la sentencia de primera instancia, se absolvió a la procesada por el caso 53 en consideración a que si bien, quedó debidamente acreditado que la acusada era servidora pública para la fecha de los hechos y que ejecutó actos contrarios a sus deberes oficiales, pues no era de su resorte prestar asesorías a particulares sobre si sus solicitudes cumplían o no los requisitos que la administración les exigía, lo cierto es que no se demostró que por esa actividad haya recibido dinero u otra utilidad, o simplemente aceptara promesa remuneratoria.

Por su parte, para el Tribunal, cuando SALAS HIGUITA le elaboró a “NURY NN” una solicitud para que presentara ante la administración municipal de Medellín, incurrió en la conducta punible de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, delito que no exige para su materialización el haber recibido dinero previamente o aceptar promesa remuneratoria, supuestos que no fueron probados.

La Corte ha clarificado frente a hipótesis como la presente que nada obsta para que se varíe la calificación jurídica objeto de imputación con el lleno de ciertos presupuestos que, desde luego, permitan dicha modificación preservándose las garantías esenciales de debido proceso y defensa¹⁰.

En este caso, en principio, resultaba dable que el Tribunal declarara a AURA FANNY SALAS HIGUITA

¹⁰ CSJ, SP6354, 25 may. 2015, rad. No. 44287.

penalmente responsable del delito de asesoramiento ilegal, pese a que el fiscal delegado la acusó y solicitó su condena por el de cohecho propio, como quiera que dicha variación además de no generar ningún perjuicio para la procesada, pues para efectos punitivos incluso el primero de estos ilícitos no tiene establecida una pena privativa de la libertad a diferencia del segundo de ellos, los supuestos que se le atribuyeron desde el inicio de la actuación -que como servidora pública de forma ilegal gestionó y brindó asesoría en asunto administrativo- son los mismos que se fijaron en el fallo de segundo grado.

No obstante, frente al panorama creado por la correcta tipificación de la conducta, la Sala encuentra que no se satisficieron dentro del trámite adelantado los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el delito de asesoramiento ilegal, esto es, la presentación de una querella y el agotamiento de una diligencia de conciliación, de acuerdo con los artículos 70 y 522 de la Ley 906 de 2004.

La querella ha sido entendida de ataño por la Corte¹¹ como una acción que el Estado otorga al sujeto pasivo de ciertos delitos, clasificados por el legislador como de bajo impacto social o de poca lesividad a los bienes jurídicos, y a quienes tengan legitimidad para ejercerla en nombre de aquél.

Según el artículo 71 de la Ley 906 de 2004, como regla general la querella únicamente puede ser presentada

¹¹ CSJ, SP, 23 sep. 2008, rad. 39446.

por la víctima de la conducta punible, bajo las siguientes reglas:

- (i) Si es persona natural y capaz: debe formularla directamente o, a través de apoderado con facultad especial para ello.
- (ii) Si es persona natural e incapaz: debe presentarla su representante legal.
- (iii) Si es persona jurídica: también debe obrar por intermedio de quien ejerza su representación legal.
- (iv) Si la persona natural falleció: les corresponde a sus herederos.

Así mismo, la disposición en cita señala que el Defensor de Familia, el Agente del Ministerio Público y los perjudicados directos están autorizados a instaurar la querella *“cuando la víctima estuviere imposibilitada para formular la querella, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o partícipe de la conducta punible”*. A su vez, indica que el Procurador General de la Nación podrá formularla cuando se afecte el interés público o colectivo.

De esta forma, la querella se ejerce cuando *“el perjudicado (o quienes se encuentran legalmente autorizados para representarlo) acuden a las autoridades competentes para poner en conocimiento la conducta por cuyo medio resultó lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del cual es titular, caso en el cual el Estado asume las correspondientes labores de investigación, acusación y juzgamiento, pues tal ha sido la voluntad del querellante”*.¹²

¹² CS, AP, 23 may. 2007, rad. 26831.

La identificación de la querella como requisito de procedibilidad de la acción penal significa que el Estado solo podrá dar inicio y desarrollar una actuación penal respecto de ciertas conductas punibles taxativamente establecidos en la ley, cuando cuente con la expresa manifestación y aquiescencia del perjudicado o del facultado para ello, al punto que, éste tiene la posibilidad de disponer de la acción penal mediante el desistimiento de la querella (artículo 76 de la Ley 906 de 2004).

Además, no basta con la manifestación de tal voluntad, sino que la misma debe ser exteriorizada en el término perentorio que establece la ley (artículo 73 del Código de Procedimiento Penal).

De ahí, surge la caducidad de la querella, que es el decaimiento de la facultad de poder intentarlo, por vencimiento del término legalmente previsto para hacerlo, el cual ha sido fijado por el legislador en seis (6) meses contados a partir de la ocurrencia del delito, o desde la fecha en que desaparecieron las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que le impidieron enterarse de la comisión de la conducta punible, sin que entre la fecha de la realización de la conducta y la presentación de la querella haya transcurrido más de un (1) año¹³.

Entonces, para que el aparato judicial pueda ponerse en marcha en estos casos, es necesario que medie queja, y que la misma sea presentada por la persona legitimada para hacerlo, dentro del término legalmente establecido,

¹³ CSJ, AP-3639-2019, 27 ago. 2019, rad. 54994.

pues de lo contrario, ese hecho (caducidad de la querella) se erige en causal de extinción de la acción penal¹⁴.

En este asunto, la procesada fue condenada por el delito asesoramiento ilegal tipificado en el artículo 421 de la Ley 599 de 2000, conducta punible que para la fecha en que ocurrieron los hechos relativos al caso 53 (11 de febrero de 2015) tenía la calidad de querellable, pues el artículo 74 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, erigió a tal categoría *“aquellos [delitos] que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad”*, disposición modificada posteriormente con la Ley 1826 de 2017, la cual en su artículo 5° reiteró que eran querellables los ilícitos que no tenían prevista pena privativa de la libertad, *“con excepción de: (...) Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C. P. artículo 421)”*.

Ahora, ciertamente desde el 23 de enero de 2014, Erika Navarrete Gómez, como Subsecretaria de Ingresos de la Alcaldía de Medellín, denunció varias irregularidades que se venían presentando en la ejecución del proyecto de fortalecimiento para el control de la evasión y elusión tributaria de la alcaldía de Medellín, consistentes en otorgar rebajas, prescripciones y reducir el monto de deudas que contribuyentes tenían sobre los impuestos predial, de industria y comercio, y otras obligaciones urbanísticas.

¹⁴ ARTICULO 77. **“Extinción.** La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, **caducidad de la querella**, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la ley”.

Así, fue a partir de esa noticia criminal que se activó la acción penal y la fiscalía adelantó la respectiva investigación, logrando identificar, entre otros, el denominado caso 53.

Para la Sala, y contrario a lo referido por el Fiscal Delegado ante esta Corporación, claro deviene que Erika Navarrete Gómez, como Subsecretaria de Ingresos de la Alcaldía de Medellín, no estaba legitimada para fungir como querellante.

En efecto, el municipio de Medellín fue reconocido como víctima en esta actuación al ser el titular del interés jurídicamente protegido (administración pública) con los tipos penales endilgados a la procesada. Como persona jurídica de derecho público en el nivel territorial¹⁵, en los términos del artículo 314 de la Constitución Política, su presentación legal debe ser ejercida por el alcalde, que en este caso debió acudir, directamente o a través de un delegado, ante las autoridades competentes para informar los hechos delictivos que estaban afectando a la administración municipal.

Sin embargo, ello no ocurrió en este asunto. No se evidencia prueba alguna de que el alcalde de Medellín denunciara los hechos objeto de investigación y juzgamiento y, tampoco, que Erika Navarrete Gómez, en su calidad de Subsecretaria de Ingresos de la Alcaldía de

¹⁵ El artículo 80 de la Ley 153 de 1887, dispone que son personas jurídicas, la Nación, los departamentos, **los municipios**, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública; y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley.

Medellín, fuera facultada para ello, por tanto, no era la persona con interés jurídico para poner en movimiento el aparato jurisdiccional.

En este orden, no se satisfizo el presupuesto de procedibilidad de la acción penal relativo a la querella, como límite al ejercicio de la acción penal que por regla general es de índole oficiosa, pues la denunciante realizó tal actuación como Subsecretaria de Ingresos de la Alcaldía de Medellín, mas no, como representante legal de ese municipio, es decir, hay ausencia de querellante legítimo.

Tampoco, se cumplió con el presupuesto de procedibilidad de la acción penal relacionado con la diligencia de conciliación, pues no existe evidencia de que la misma se haya intentado.

Como lo señala el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal *“La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables (...)”*.

El agotamiento de ese requisito faculta al funcionario público, cuando los supuestos se encuentran reunidos, a ejercer la acción penal, mas no excluye la posibilidad *que las partes acudan al mecanismo de la mediación*, es decir que logren dirimir, a través de la autocomposición, las desavenencias que motivaron la interposición de la querella.

Es la audiencia de formulación de imputación, el momento procesal adecuado para adelantar el control judicial de los presupuestos de procedibilidad de la acción penal en las conductas punibles que requieren querella. Sin embargo, como en este caso, la adecuación típica de los hechos de una conducta punible de investigación oficiosa, a una que ostentaba para la fecha de los hechos la condición de querellable se realizó en sede de apelación de la sentencia de primer grado, dicho examen le correspondía hacerlo al juez plural. Así, lo ha precisado esta Sala a saber:

“En todo caso, en procesos como el que aquí es objeto de examen, en el que se permitió que el mismo avanzara más allá de la acusación sin que hubiese certidumbre sobre la concurrencia de las condiciones de procesabilidad; tal verificación corresponderá hacerla al juez de conocimiento, de primera o de segunda instancia -inclusive a este tribunal de casación-, apenas se advierta su omisión, obviamente, con el respeto debido a las formas propias de cada una de las etapas del proceso, así como a la igualdad de armas, a la publicidad y a la contradicción. Si el resultado de ese examen es el cumplimiento de los presupuestos de la actuación, se tendrá por válida para todos los efectos; de lo contrario, se determinarán las consecuencias jurídicas que correspondan de acuerdo a lo ya expuesto”.¹⁶

Bajo este entendido, la condena proferida en contra de AURA FANNY SALAS HUGUITA por el delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, de naturaleza querellable, vulnera el debido proceso, conforme lo determina el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en cuanto

¹⁶ SP-7343-2017, 24 may. 2017, rad. 47046

no se agotaron los presupuestos de procesabilidad y de legitimidad, sin los cuales el trámite no debió ser adelantado.

2.2. Conclusión

Según las consideraciones expuestas, se casará parcialmente la sentencia de segunda instancia; sin embargo, no en el sentido de anular la actuación como lo solicitó la recurrente sino de precluir la investigación, conforme lo establecido en el numeral 1° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, por la imposibilidad de iniciarse la acción penal, ante la ausencia de querella presentada antes de su caducidad por quien tenía legitimidad para hacerlo, pues los hechos datan del 11 de febrero de 2015, sin que por lo menos un año después de los mismos el representante legal de la Alcaldía de Medellín hubiera denunciado.

Por tanto, la Sala decretará la preclusión de la investigación, pero única y exclusivamente respecto del caso 53. En consecuencia, ordenará la exclusión de las penas que le fueron impuestas a la acusada por el delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (evento 53). Es decir, 29,3 salarios mínimos de unidad multa y la pérdida del cargo, deducidas por el Tribunal.

2.3. Segundo cargo. Violación de hecho por falso juicio de identidad

Según la demandante, el Tribunal tergiversó y

adicionó el contenido de la interceptación telefónica que se incorporó al proceso como prueba del caso 70, ya que a partir de la misma tuvo por demostrado cada uno de los ingredientes normativos que estructuran el delito de cohecho impropio por el que fue condenada AURA FANNY SALAS HIGUITA, cuando de dicho medio probatorio no se deriva ello.

Pues bien, como sustento probatorio del caso 70, la fiscalía a través del testimonio de la servidora de Policía Judicial CTI de Medellín, Ana Eugenia González, allegó a la actuación el informe de investigador de campo FPJ-11 de 15 de junio de 2015, en el que se le fijó como objetivo adelantar labores de monitoreo y análisis a las comunicaciones obtenidas del número telefónico 3107348938 de propiedad de SALAS HIGUITA, entre las que se resalta la siguiente¹⁷:

“ID 0365011 del 17-03-2015, hora 06:18 pm: MIRYAM reclama a FANNY porqué le volvió a llegar al hermano lo mismo de impuesto con el mismo precio – FANNY responde que JAVIER no le contesta y le va a mandar un correo, lo que pasa cuando se le dijo que llevara los documentos él no los llevó a tiempo y hay mucha carga, pero ya los pasaron para que los descarguen – MIRYAM pregunta ¿ya él la llamó a usted? – FANNY responde desde la semana pasada él me llevó las constancias y ya con eso le descargan la obligación, yo tengo el radicado 01201500322383 del 23 de enero de 2015 que ya lo estaban analizando para hacerle el ajuste a la resolución y ya una vez lo arreglen pueden arreglar una cosa abajo, porque la semana pasada estaban solicitando el aval para que lo dejaran arreglar ahí y yo no sé para que lo estaban necesitando porque me puso

¹⁷ Fs. 45 y 46 del cuaderno de pruebas.

un mensaje que necesitaba el radicado – MIRYAM dice porque Cámara de Comercio hay que renovarlo porque si no me cobran una multa. Usted no tiene WhatsApp para yo ponerle mensajes porque mi teléfono es 3012828324”.

El Tribunal, al aludir al contenido de la citada interceptación telefónica, y al estudiar el referido caso 70, señaló¹⁸:

“El soporte probatorio del caso se encuentra en el ID 0365011, del 17 de marzo de 2015, hora, 6.18 P.M. de la que percibe la juez la realización de un reclamo de quien ya había hecho un arreglo previo con la acusada a efectos de que el impuesto bajara, pese a lo cual continuaba igual.

Pues bien, a juicio de la Sala en este caso se logra percibir no solo el reclamo sino la expectativa de que bajara el impuesto y el modo como se hace, permite establecer una relación de cierto posicionamiento que solo puede explicarse por tratarse de una actividad remunerada, de modo que el contexto y el modus operandi establecido en el concierto obtiene un engarzamiento con el caso en concreto de manera que queda suficientemente indicado para entender que Aura Nury (sic) realizaba una gestión paga y el conocimiento del radicado de la gestión, así no fuera exitosa, revela que había hecho gestión por mínima que fuera, de modo que se procederá a revocar la absolución por este caso y se condenará por cohecho impropio, ya que no consta que se hubiera actuado en contra del derecho con la rebaja de impuestos. Atendiendo a que el hecho se ejecuta como coautora, sin las calidades exigidas para el sujeto activo calificado, como se ha decantado en los casos anteriores de condena, se procederá a considerar de ese modo para fijar las consecuencias punitivas a que haya lugar.

¹⁸ C. 4, fs. 332 y 333.

El contexto de la actuación muestra el actuar doloso y antijurídico de la procesada, por lo que la Sala queda relevada de extenderse, pues de la misma naturaleza de la conducta se percibe en el caso, el agotamiento de los requisitos que estructuran el delito”.

Entonces, de la revisión objetiva de la sentencia de segundo grado se tiene que la queja de la recurrente no tiene fundamento. El Tribunal no encontró acreditados los elementos del tipo penal de cohecho impropio a partir, exclusivamente, de la citada interceptación telefónica. Fue en virtud de las circunstancias fácticas demostradas que rodearon la materialización del delito de concierto para delinquir, por el que también fue condenada SALAS HIGUITA, las que le permitieron al juez plural inferir que la actividad que realizó la acusada en el caso identificado con el número 70, como integrante de esa empresa criminal, fue paga.

Justamente, en la sentencia de segundo grado se valoró la evidencia representativa contenida en los registros de varias conversaciones telefónicas de la aquí implicada, estableciéndose el *modus operandi* de esa organización delictiva orientada a vender la función pública y a defraudar la administración municipal, y el rol que desempeñaba cada uno de sus integrantes. Así, según el Tribunal, se logró demostrar:

“[L]a existencia del acuerdo entre varias personas para realizar delitos en la Secretaría de Hacienda de Medellín, bajo la modalidad de obtener dinero de los usuarios a cambio de rebajar el monto de los tributos debidos, con o sin razón jurídica para ello, en el cual la acusada AURA FANNY, así trabajara en

dependencias distintas, se encargaba de conversar con el acusado Luis Javier Marín para determinar la procedencia de la reclamación y el monto en el que se podía ver disminuida la obligación de la que se trataba, lo que se utilizaba para saber si se cobraba por la gestión y su valor, encargándose la acusada de hacer las solicitudes respectivas para que el interesado las presentara (...)

La indeterminación de los delitos cuya realización fue concertada se corrobora porque los integrantes del concierto estaban abiertos a las oportunidades ilícitas que surgieran, como lo indica la incertidumbre de la realización de cada delito, la que apenas se desvanecía si se verificaba que pudieran obtener descuentos o exoneraciones pues, lógicamente se infiere, los usuarios accederían a remunerarlos si a la vez obtenían mayores beneficios (...)"¹⁹.

Bajo este entendido, la decisión del juez plural obedeció a la valoración conjunta de todos los medios de prueba, de manera que aquellos elementos del tipo penal de cohecho impropio que no estaban contenidos en la referida interceptación telefónica (individualmente considerada) los derivó racionalmente de la apreciación de las demás pruebas que se recaudaron durante el juicio oral. No hubo, entonces, falsos juicios de identidad por tergiversación ni adición del contenido material de una determinada prueba. Las conclusiones del Tribunal, simplemente, obedecieron a una valoración integral de los medios de conocimiento.

Situación diferente es que la recurrente, al igual que el representante del Ministerio Público, se opongan a las conclusiones derivadas del proceso valorativo judicial en

¹⁹ C, 4, fs. 292 y 293.

torno a la prueba referida en el desarrollo del cargo y a la aportada por la vista fiscal como sustento de la acusación, con la pretensión de imponer sus criterios de lo que permitía sostener la misma, sin tener en cuenta que de manera insistente la Corte ha señalado cómo, debido a la naturaleza excepcional de la casación, la crítica a la apreciación probatoria realizada por los jueces solo es procedente si se constata que arribaron a conclusiones irrazonables, por desconocimiento de las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. En esa eventualidad sería dable el ataque por la vía del error de hecho por falso raciocinio y no por falsos juicios de identidad.

En consecuencia, el error de estimación probatoria denunciado por la demandante en torno al caso 70 resulta infundado.

3. Ahora, la Corte encuentra, al hacer un escrutinio tanto de las pruebas de cargo como de descargo en ejercicio de su competencia para hacer efectiva la garantía de doble conformidad judicial, que la valoración de los elementos de persuasión por parte fallador de segundo grado fue integral, fidedigna y con observancia de los postulados de la sana crítica.

Así, a la procesada se le halló penalmente responsable por realizar un aporte esencial en una conducta que estructuró el tipo de cohecho impropio por del denominado caso 70. Esto es, por aceptar ofertas económicas a cambio de gestionar una solicitud de reducción de un impuesto que debía cancelar el hermano

de “MIRYAM”, según se extrae de la conversación telefónica identificada con el número ID 0365011.

Además, como se trataba de una coautora que no reunía las calidades especiales del sujeto activo requeridas por la norma (servidor público y tener dentro de sus funciones el acto que a cambio de dinero aceptó llevar a cabo), de forma acertada, el juez plural la condenó como tal, con la rebaja que según el último inciso del artículo 30 del Código Penal esa situación conlleva.

En este caso, no mereció reproche alguno el hecho de que la acusada era partícipe en una empresa criminal orientada a vender la función pública y a defraudar la administración municipal, en la que intervinieron desde sus roles, tanto funcionarios públicos directamente vinculados con la Secretaría de Hacienda de Medellín, encargados de gestionar actos administrativos relacionados con el cobro de diversas obligaciones urbanísticas, como otros servidores de la alcaldía municipal ajenos a dicha función, entre estos, AURA FANNY, de allí que en esta condición se haya definido el reproche penal en su contra en calidad de interviniente como forma de participación criminal.

Se ha entendido jurisprudencialmente que el sujeto activo que no tiene la calidad especial exigida en el tipo —*extraneus*—, pero concurre a su realización, es coautor del delito junto con el sujeto que reúne la condición establecida —*intraneus*—, pues “la atribución de un delito a título de interviniente supone la existencia de un autor quien reúne

las calidades especiales que exige el tipo penal, verbi gratia, el servidor público, que en forma mancomunada se asocia con otros autores o personas que no reúnen esas condiciones —interviniente o extraneus— para cometer el delito especial”²⁰.

De esta forma, el interviniente en los delitos especiales o de sujeto activo calificado responde como coautor, siempre que se demuestren los elementos propios de esa figura jurídica, esto es, acuerdo, división de funciones y trascendencia del aporte²¹.

Esa condición de *extraneus* se reconoció a la procesada. AURA FANNY SALAS HIGUITA para la fecha en la que se materializó el caso 70 (17 de marzo de 2015) fungía como servidora de la alcaldía municipal de Medellín, en calidad de profesional universitaria, adscrita al equipo de promoción de autonomía económica de la Subsecretaría de Derechos de la Secretaría de Mujeres²², y dentro de sus funciones no se encontraba la gestión de cobros de impuestos, hecho este que fue objeto de estipulación probatoria.

Adicionalmente, resulta dable inferir, como lo hizo el Tribunal, que debido a la pertenencia de la acusada a la referida red criminal, no solo conocía el trámite a seguir para obtener beneficios tributarios, sino que sabía cómo, para garantizar el éxito de la gestión acordada, las solicitudes para ello debían ser asumidas por los funcionarios de la Secretaría de Hacienda de Medellín

²⁰ SP-15015-2017, 20 sep. 2017, rad. 46751.

²¹ CSJ SP-3874-2019, 12 sep. 2019, rad. 52816. En el mismo sentido, SP-15015-2017, 20 sep. 2017, rad. 46751.

²² Fs. 387 y 388 del cuaderno de pruebas.

comprometidos con la organización ilegal, lo cual se obtenía, logrando que a éstos se les asignara el conocimiento de dichas peticiones.

En efecto, en el caso 70 se advierte como la implicada estaba al tanto del trámite para la reducción de la obligación tributaria del hermano de “MIRYAM”. Fue así como, le informó a “MIRYAM”, que “Javier” (quien en virtud de la investigación se logró identificar que se trataba de Luis Javier Marín Gil, también condenado por el delito de concierto para delinquir), encargado de gestionar los actos administrativos dentro de la Alcaldía, ya tenía en su poder los documentos para descargar la obligación, al punto que le indicó como radicado de esa gestión el número 01201500322383 del 23 de enero de 2015, y le avisó que ya se estaban analizando para hacer el respectivo ajuste a la resolución.

De este modo, aunque SALAS HIGUITA no era quien realizaba directamente los arreglos de las obligaciones tributarias, en cuanto, no se trataba de la funcionaria encargada de adelantar esa tarea, necesariamente conoció y participó, como integrante del grupo delictivo, en el amplio entramado que, con visos de necesidad, obligaba adelantar tareas previas de solicitudes y entrega de documentos, uno de cuyos casos, no el único, se encuentra el denominado evento 70, a efectos de que se otorgara una rebaja en un impuesto, en cumplimiento del acuerdo previo celebrado para ello.

Por tanto, sí fue claramente definido que la acusada hacía parte principal de esa agrupación ilícita, que

actuaba con criterio de permanencia y no apenas en casos aislados o coyunturales; y si, además, no se discute que esa banda partía por ofrecer sus servicios a contribuyentes morosos, consistentes en obtener rebajas o prescripciones de sus obligaciones tributarias, es claro que a la acusada cabe atribuirle responsabilidad penal en el caso 70, pues su aporte al injusto consistió en gestionar a través de un funcionario de la Secretaría de Hacienda de Medellín, un descuento para un impuesto, a cambio de una oferta económica para la realización ese acto, como fin este propio de la empresa criminal.

En consecuencia, la Corte no casará el fallo impugnado respecto del caso 70, el cual se mantendrá incólume con todas las consecuencias señaladas en el fallo recurrido.

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

RESUELVE

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 5 de diciembre de 2018, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECRETAR LA PRECLUSIÓN de la investigación en lo referente al delito de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (caso 53).

TERCERO: EXCLUIR las penas que le fueron impuestas a AURA FANNY SALAS HIGUITA por la conducta punible de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (caso 53). Es decir, 29,3 salarios mínimos de unidad multa y la pérdida del cargo, deducidas por el Tribunal Superior de Medellín.

CUARTO: PRECISAR que la decisión del Tribunal Superior de Medellín se mantiene incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación ni invalidación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

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

Sala Casación Penal 2021