



*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**  
**Magistrado ponente**

**SP13938-2014**

**Radicado N° 41253.**

Aprobado acta No. 337.

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014).

**V I S T O S**

Derrotado, en los argumentos que lo sustentan, el proyecto presentado por la Magistrada a quien le correspondió el asunto por reparto, entra la Sala, con un nuevo ponente, a proferir fallo con ocasión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **Leyla Yolima Ordóñez Mera** contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la



absolutoria dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, condenó a la procesada a las penas principales de 100 meses de prisión y 140 salarios mínimos legales mensuales de multa y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso fijado para la privativa de la libertad, al declararla autora penalmente responsable del delito de rebelión. A la sentenciada se le negaron los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

## **A N T E C E D E N T E S**

El aspecto fáctico fue fijado en las instancias como se transcribe a continuación:

*Dadas las investigaciones adelantadas por la Policía Judicial de este País, en cabeza del intendente JAIME HUMBERTO LIZARAZO PIDIACHE, se pudo (sic) establecer los vínculos entre LEYLA YOLIMA ORDÓÑEZ MERA alias “MANUELA” o “MARIELA”, con la organización terrorista de las FARC, quien desplegaba actividades a favor de ésta desde España, para lo cual recibía respaldo y apoyo de integrantes de la Comisión Internacional de las FARC, vínculos éstos que se podrían establecer en el tiempo desde el 2005 al 2008, aunque otras comunicaciones de igual manera pudieron establecer que antes y después de esa fecha (sic) la referida dama estuvo vinculada a ese grupo terrorista.*

*Que parte de esas actividades estuvieron relacionadas con la búsqueda de recursos a través de la venta de la revista*



*resistencia internacional de las FARC (medio impreso de la organización, donde se publican diferentes comunicados y exponen artículos de sus integrantes), participación en eventos de naturaleza izquierdista, actividades propagandísticas y de creación de organizaciones bajo el paraguas de ONG o de solidaridad sobre derechos humanos, para alcanzar objetivos preestablecidos por la dirigencia de la comisión internacional de las FARC.*

*De igual manera se pudo establecer la nota diplomática presentada por Colombia, al gobierno de Lisboa, Portugal, a través del embajador colombiano de ese país, dada la presencia de portavoces de las FARC repartiendo la revista RESISTENCIA de esa organización, durante las fiestas del partido comunista de Portugal, mismo que se realiza el primer fin de semana del mes de septiembre durante tres días denominada AVANTE, a la cual asisten delegaciones del mundo entre ellas Colombia.*

*Por su parte y como consecuencia de la solicitud elevada por Colombia a través de carta rogatoria dirigida a España, las autoridades judiciales de ese país hicieron diligencia de allanamiento a la residencia de la dama LEYLA YOLIMA ORDÓÑEZ MERA y allí incautaron elementos y materiales probatorios (computadores), donde se encontraron correos, enviados y recibidos, entre otros que comprometen su responsabilidad en los hechos aquí investigados.*

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

En vista de que no fue posible lograr la comparecencia de **Leyla Yolima Ordóñez Mera**, a pesar de que en su contra se expidió una orden de captura y fue incluida en la circular azul de la Interpol, el 23 de junio de 2010, el Fiscal 14 Especializado de la unidad nacional contra el terrorismo,



solicitó del Juzgado 59 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, el emplazamiento de la indiciada. La señora Juez 34 Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad la declaró persona ausente el 26 de noviembre de 2010, designándole un abogado adscrito a la Defensoría Pública.

Acto seguido, se le formuló imputación como coautora responsable a título de dolo del concurso de delitos de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y concierto para delinquir agravado, definidos en el Código Penal, artículos 345 (mod. art. 16 L. 1121/2006), concretamente por promover, apoyar, financiar, recolectar, aportar, recibir, administrar y organizar directa o indirectamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas; y, 340, inciso 2, (mod. art. 19 L. 1121/2006), éste en consideración a que el concierto tenía la finalidad de administrar recursos relacionados con actividades terroristas.

La Fiscalía presentó el escrito de acusación el 22 de diciembre de 2010, por los mismos delitos imputados.

El conocimiento se le asignó al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que celebró la audiencia de formulación de acusación durante los días 7



de abril y 20 de septiembre de 2011, oportunidad para que la Fiscalía adicionara al escrito otros elementos materiales probatorios, evidencia física e informes.

La audiencia preparatoria se desarrolló entre el 13 de octubre y el 4 de noviembre de 2011. La Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en la audiencia de juicio oral y público, a la que se dio inicio el 1 de agosto de 2012 y se culminó el día 13 del mismo mes. En esta última fecha se anunció que el fallo sería absolutorio.

La lectura de la sentencia se llevó a cabo el 29 de agosto de 2012, de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia.

La decisión de primera instancia fue impugnada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación y por el representante del Ministerio Público y, mediante fallo del 28 de febrero de 2013, revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a la procesada como autora de rebelión. Es esa la sentencia objeto del recurso extraordinario.

## **LA DEMANDA**

Dos cargos postuló el demandante contra la sentencia de segunda instancia, al amparo de la causal segunda de



casación, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

**Primer cargo.** Acusa al Tribunal de desconocer la estructura del debido proceso y la garantía debida a la defensa, por violación del principio de congruencia.

En desarrollo del reproche advierte que la Fiscalía acusó a la procesada por los delitos de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y concierto para delinquir agravado, pese a lo cual el Tribunal de Bogotá, al conocer en segunda instancia por razón del recurso de apelación promovido por el Ministerio Público, revocó la sentencia absolutoria proferida por el *A quo* y condenó a la implicada como autora de la conducta punible de rebelión.

Considera que con el pronunciamiento del *Ad quem* se violó el principio de congruencia consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 y, de paso, el derecho de defensa de la acusada, pues a ésta no se le dio oportunidad de ejercer esa garantía en relación con el delito de rebelión, porque se le impidió demostrar que no realizó los elementos típicos de esa conducta.

Señala que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, es factible condenar por un delito diverso al contemplado en la acusación, siempre que se cumplan las exigencias a las que se refiere la sentencia del 21 de marzo



de 2012 (Rad. 38256), las cuales no se satisfacen en este caso, específicamente porque el fiscal no solicitó expresamente la variación de la calificación.

Así mismo, explica que no se cumple el presupuesto que obliga a que la nueva imputación verse sobre un delito del mismo género. Agrega que la expresión «*mismo género*» alude al bien jurídico; entonces, la variación sólo resulta procedente en relación con un punible perteneciente al mismo título, situación que no acontece en este evento, puesto que la rebelión corresponde a los delitos contra el régimen constitucional y legal, mientras que las conductas por las cuales se acusó hacen parte de los delitos contra la seguridad pública.

Estima que el cambio en la calificación jurídica no le reportó ningún beneficio a la procesada –tercer requisito exigido por la jurisprudencia–, porque ella fue absuelta en primera instancia, mientras el Tribunal la condena por la conducta punible de rebelión, de la que no tuvo oportunidad de defenderse.

Afirma que no se respetó el núcleo fáctico de la imputación, si se tiene en cuenta que los hechos constitutivos de los delitos por los cuales se acusó y pidió condena por parte de la Fiscalía son en extremo diferentes al de rebelión, de manera que con la modificación efectuada por el Tribunal, recalca, se afectó el derecho de defensa de



la procesada, cuyo representante judicial concentró todos sus esfuerzos para desvirtuar los punibles materia de acusación, sin tener oportunidad de controvertir su pertenencia a una organización armada contraria al régimen constitucional y legal *«ni de demostrar que sus actividades en movimientos de izquierda y defensores de derechos humanos, legalmente reconocidos en España no tienen nada de delictivos, que la relación que persona alguna pueda tener con otras que delinquen no la hacen incurso en los delitos de éstos, que es francamente ilegal que un presunto testigo técnico tome partido por la causa y sea quien descalifique a una de las partes del proceso...»*

Reitera que se desconoció el principio de congruencia, debido a la variación de la calificación jurídica, vulnerando así el debido proceso y el derecho de defensa. Sustenta esa posición en la sentencia de esta Corporación del 28 de marzo de 2012 (Rad. 36621) y la dictada dentro del radicado 26468, así como en la C-02 de 2010 de la Corte Constitucional, decisiones que –aduce– fueron citadas por el Tribunal en forma descontextualizada.

Solicita de esa manera casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad a efectos de proferirse *«un fallo que atendiendo a la acusación y respetando el principio garantista de la congruencia y con él el debido proceso, se restablezca el derecho de defensa quebrantado.»*



**Segundo cargo.** Subsidiario. Igualmente acusa al Tribunal de haber violado el debido proceso, porque permitió que el representante del Ministerio Público se arrogara la competencia de la Fiscalía General de la Nación, al acoger la pretensión que expuso el procurador delegado en el recurso de apelación, tendiente a que se degradara la acusación condenando por el delito de rebelión.

Considera el defensor que con esa petición el Ministerio Público excedió las facultades que le otorgan la Constitución y la ley, inmiscuyéndose en las funciones de la Fiscalía, previstas en los artículos 251 y 252 de la Constitución Política y 286, 336 y 339 del Código de Procedimiento Penal, entre otros; lo que implicó que el Tribunal, al acoger la solicitud, vulnerara el principio de congruencia y del debido proceso.

La irregularidad –añade– es transcendente, porque al condenarse por el delito de rebelión no se le dio oportunidad a la procesada de ejercer el derecho de defensa en relación con esa específica conducta punible; se le impidió introducir explicaciones y pruebas encaminadas a desvirtuar su ocurrencia y controvertir los argumentos esgrimidos por el juez de segunda instancia.

Solicita casar la sentencia impugnada por estar viciada de nulidad.



## AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

### 1. El demandante

Luego de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal, explica que la procesada fue acusada por las conductas punibles de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y concierto para delinquir, delitos contra la seguridad pública, por los que se pidió que fuera condenada, sin que el fiscal hubiese variado la calificación por el delito de rebelión, como se lo solicitó el Ministerio Público.

Afirma que el fiscal en el juicio oral pidió condena con fundamento en las pruebas recaudadas, de las que no formaban parte las memorias USB y los discos duros incautados en desarrollo de la operación “Fénix”, porque la juez de conocimiento ordenó su exclusión y el Tribunal confirmó esa decisión.

Agrega que en primera instancia fue absuelta **Leyla Yolima Ordóñez Mera**, en consideración a que las pruebas practicadas en el juicio no demostraban la configuración de los dos delitos por los que se le acusó.

Sin embargo, la Fiscalía interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, insistiendo en que se condenara a su defendida por esas conductas punibles; al



igual que por el Ministerio Público, que pidió condena por rebelión.

A juicio del defensor, el Tribunal vulneró el debido proceso al acoger la pretensión del delegado de la Procuraduría, porque desconoció el principio de congruencia al que se refiere el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, que debe existir entre la acusación y la sentencia.

Argumenta también que el Juez Colegiado se equivocó al tratar de aplicar el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema, porque es claro que en este caso no concurren los requisitos para dictar condena por un delito distinto a los que contiene la acusación.

Destaca que no hubo oportunidad de referirse a los tipos objetivo y subjetivo del delito de rebelión, puesto que la situación fáctica imputada no corresponde a esa conducta.

Tampoco pudo demostrar que la procesada no forma parte de un grupo que se hubiese alzado en armas para suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. Mucho menos pudo solicitar pruebas para desvirtuar esa acusación, ni dispuso de la garantía de la doble instancia.



Refiriéndose a la segunda censura, reitera que se vulneró el debido proceso ante el desconocimiento de su estructura, porque la Fiscalía es la titular del *ius puniendi* y la única facultada para formular acusación; en este caso, el Ministerio Público la sustituyó, al solicitar condena por un delito distinto al de la acusación; y, el Tribunal toleró esa irregularidad, violando de paso el principio de congruencia.

## **2. La Fiscalía**

Se refiere al artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que consagra el principio de congruencia y explica que de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que contiene la sentencia del 21 de agosto de 2013 (Rad. 40982), en el actual sistema penal el Juez no puede modificar la calificación jurídica para deducir consecuencias punitivas más gravosas en detrimento del enjuiciado, aún a instancias de la Fiscalía.

No obstante, destaca que en la sentencia del 12 de marzo de 2014 (Rad. 36108), la Sala de Casación Penal señaló que los jueces, de manera excepcional, pueden distanciarse de la calificación jurídica atribuida por la Fiscalía, siempre y cuando la nueva respete el núcleo fáctico de la acusación, verse sobre un delito del mismo género y corresponda a una conducta de igual o menor entidad.



Agrega que precisamente lo que ocurrió en este caso, fue que se condenó a la procesada por el delito de rebelión, que pertenece al mismo género de los delitos por los cuales se le acusó, pues concurre la estructura ontológica común a las infracciones penales en cuestión. Asimismo, la condena se profirió por una conducta más benigna, y se conservó el núcleo fáctico de la acusación, pues se ha mantenido el juicio de reproche sobre el comportamiento de la procesada por pertenecer a una organización al margen de la ley y por el despliegue de las mismas actividades señaladas en la acusación.

Concluye que no se desconoció el principio de congruencia y, en consecuencia, el cargo no debe prosperar.

También aludió a la segunda censura, explicando que de acuerdo con el artículo 277-7° de la Constitución Nacional, entre las facultades del Ministerio Público se consagra la de intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, siendo esas las funciones que en general destaca el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), al erigirlo en garante de esos derechos en procura de cumplir los cometidos de verdad y justicia.

Considera que el representante del Ministerio Público puede solicitar la condena o la absolución dentro de un



proceso penal, y si el juez resuelve en forma contraria a su pretensión goza de interés para recurrir, máxime si encuentra que la decisión transgrede los principios de legalidad y tipicidad, como lo evidenció en el presente caso, sin que tal circunstancia pueda considerarse ajena a sus funciones o desborde el equilibrio entre las partes.

Solicita desestimar el cargo subsidiario.

## **C O N S I D E R A C I O N E S**

Afirma el demandante que la sentencia impugnada viola el principio de congruencia, porque no se dictó en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

La Ley 906 de 2004 no consagra la causal de casación relacionada con la incongruencia entre la acusación y la sentencia, que está expresamente prevista en la Ley 600 de 2000 y en otras codificaciones, pero es indiscutible que cuando el Juez profiere un fallo desconociendo los parámetros de la acusación, afecta las reglas del debido proceso en su estructura básica y las garantías debidas a las partes, por lo que el yerro es demandable por vía de la causal segunda (art. 181 L/906).



En efecto, el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal consagra:

*«El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.»*

Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es que, la formulación de acusación materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, contiene los límites –fáctico y jurídico– dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se reflejan esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a



los cargos formulados de los cuales, por supuesto, no se defendió.

Así lo explicó detalladamente la Corte, a partir del concepto de congruencia, en la providencia CSJ SP, 25 sept. 2013, Rad. 41290:

*Esa doble connotación del principio de congruencia implica, de un lado, que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver; y del otro, que la acusación marca un límite para el arbitrio de las partes e intervinientes, e incluso el funcionario judicial, en tanto, no es posible, en la generalidad de los casos, pedir condena o proferir la misma por una conducta punible distinta a la que fuera objeto de elevación de pliego de cargos y, en todo caso, nunca por unos hechos diferentes.*

*En extenso estudio referido a la evolución del principio en cuestión y los orígenes de la norma que ahora lo consagra en la Ley 906 de 2004, la Sala refirió<sup>1</sup>:*

*“La Corte tiene dicho que en materia penal la congruencia consiste en la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia, siendo la acusación el marco referente, principio que ha sido objeto de diferentes avances y precisiones por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Con motivo del Acto Legislativo 3 de 2002 y los desarrollos legales del mismo, la congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del Sistema Acusatorio colombiano. (...)”*

---

<sup>1</sup> CSJ SP, 25 abril 2007, Rad. 26309.



*La legislación procesal que implementa el sistema acusatorio colombiano, señala en su artículo 448 que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. (...)*

*Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación<sup>2</sup>.*

*La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de*

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido CSJ SP, 28 feb. 2007, Rad. 26087.



*la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad.*

Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad:



*Por ejemplo, en CSJ AP, 28 mar. 2012. Rad. 36621 puntualizó la Corporación al respecto:*

*“Necesario es señalar, en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto<sup>3</sup>, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia<sup>4</sup>” (subrayas fuera de texto).*

*A su vez, en decisión CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, proferida meses antes de la presentación de la demanda de casación se concluyó:*

*“La doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr.*

Resulta evidente que en este asunto no concurren todos los presupuestos anteriores, porque la Fiscalía anunció los mismos aspectos fácticos e idénticas

---

<sup>3</sup> “...la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado”. Cfr. Sentencia del 27 de julio de 2007. Rad. 26468.

<sup>4</sup> Cfr. CSJ SP, 7 sep. 2011. Rad. 35293.



definiciones jurídicas, desde la audiencia de formulación de imputación y las conservó en el escrito de acusación, en la formulación acusación –cuando incluso frente a una solicitud del Ministerio Público para que variara la calificación de concierto para delinquir por la de rebelión, respondió que decidía «*mantener incólume el contenido de la acusación...*»– y en los alegatos conclusivos; postura que no modificó en lo más mínimo al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia.

Valga decir que la Fiscalía siempre aseguró que la procesada se dedicaba a la «*venta y distribución de la revista resistencia internacional*» y a realizar propaganda, «*...evidenciándose el desarrollo de actividades a favor de la organización terrorista desde España, relacionados (sic) con la búsqueda de recursos...*», al igual que la acusó por adelantar actividades «*...especialmente en España y en consecuencia el acuerdo de voluntades directo entre la imputada y los integrantes de la organización terrorista de las FARC para la comisión de delitos que giran en torno a la financiación de una organización considerada y declarada como terrorista...*» y adecuó esos comportamientos a las conductas punibles de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y concierto para delinquir agravado, definidos en el Código Penal, artículos 345 (mod. art. 16 L. 1121/2006), concretamente por promover, apoyar, financiar, recolectar, aportar, recibir, administrar y organizar; y, 340, inciso 2, (mod. art. 19 L.



1121/2006), éste en consideración a que el concierto tenía la finalidad de administrar recursos relacionados con actividades terroristas.

En consecuencia, el delegado de la Fiscalía General de la Nación nunca demandó del juzgador el proferimiento de un fallo por un delito diferente.

Y, si bien la Sala en anteriores oportunidades consideró que el ente instructor debía solicitar de manera expresa la condena por un delito distinto al formulado en la acusación, lo cierto es que en la providencia CSJ SP, 16 mar. 2011, Rad. 32685, esta Corporación precisó que esa exigencia merecía *«...ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado...»*.

No obstante, la labor emprendida por el Tribunal tampoco se aviene al resto de los postulados.

Es indiscutible que la nueva calificación jurídica adoptada por el Tribunal versa sobre un delito para el que



se consagra una sanción menor, empero corresponde a un género distinto, porque el concierto para delinquir y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, forman parte del Título XII del Código Penal «*DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA*», al paso que la rebelión corresponde al Título XVIII ídem «*DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL*».

Entonces, aun cuando los jueces pueden apartarse de la imputación jurídica, es claro que tal evento sólo tiene cabida cuando se trate de variar la calificación por otro delito del mismo género y de menor entidad, «...entendiéndose que aquél [mismo género] no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris...»<sup>5</sup>

**Leyla Yolima Ordóñez Mera** –se insiste– fue llamada a responder en juicio por los delitos de concierto para delinquir agravado y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

Los tipos penales que definen esas conductas (art. 340 y 345 L. 599/2000), amparan el bien jurídico de la seguridad pública y cada uno se refiere a un ámbito

---

<sup>5</sup> CSJ SP, 16 mar. 2011, Rad. 32685.



específico de protección que impide confundirlos entre sí y con otros tipos penales, como el de rebelión (art. 467 L. 599/2000. «*De los delitos contra el régimen constitucional y legal*»).

Pues bien, el artículo 340 del Código Penal, señala que se incurre en concierto para delinquir «*Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos*» y que la pena prevista para esa conducta se incrementa «*Cuando el concierto sea para cometer delitos de (...) administración de recursos relacionados con actividades terroristas...*», entre otros.

Por su parte, el artículo 345 ibídem, dispone que quien «*...directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas...*», incurre en financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada.



Ahora, es necesario referirse a los elementos típicos que contienen esas definiciones, para corroborar la imposibilidad de confundirlos con el género al que corresponde el delito de rebelión.

El concierto para delinquir contiene tres elementos esenciales: la concurrencia de varias personas organizadas con vocación de permanencia que acuerdan lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; que la pertenencia a la organización sea para lograr el objetivo acordado; y, que la expectativa de las actividades que se proponen, ponga en peligro o altere la seguridad pública.

El delito de administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tiene dos elementos que aluden, en general, a la gestión de intereses económicos de grupos armados al margen de la ley. Se trata de un tipo penal autónomo, de conducta alternativa, que describe en la primera parte múltiples modalidades comportamentales referidas a fondos, bienes y recursos de grupos armados al margen de la ley; y en la segunda parte alude específicamente al apoyo económico que por cualquier otro medio se les preste a esas organizaciones delincuenciales, a sus actividades o a sus miembros. En consecuencia, para desarrollar esos objetivos debe concurrir alguno de los siguientes elementos:



Un sujeto activo, singular o plural, que se dedique a proveer, recolectar, entregar, recibir, administrar, aportar, custodiar o guardar directa o indirectamente bienes o recursos de grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas; o, por cualquier otro medio un sujeto activo, singular o plural, se dedique a promover, organizar, apoyar, mantener, financiar o sostener económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas.

De otro lado, la conducta punible de rebelión está definida en el artículo 467 del Código Penal en los siguientes términos: *«Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión...»*

Descripción de la que se desprenden claramente tres elementos: un sujeto activo plural; el empleo de las armas; y, la intención de derrocar al Gobierno Nacional, o de suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigentes.



A lo que debe agregarse que la rebelión es un delito autónomo, para cuya configuración se requiere la constatación del ánimo de derrocar al Gobierno Nacional o de suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente a través del empleo de las armas.

Con prescindencia de que el elemento normativo «*empleo de las armas*» se entienda literalmente como el acto de empuñar las armas con los propósitos mencionados; o que esa expresión abarque conductas como las de desarrollar labores de reclutamiento, adoctrinamiento, capacitación, financiamiento, ideología, planeación, milicia urbana o rural, comunicaciones, publicidad, infiltración, asistencia médica, logística, aprovisionamiento de armas, medicamentos, víveres, ropa, uniformes, celulares, etc., como lo ha explicado esta Corporación, lo cierto es que ni ese aspecto ni los que aluden al derrocamiento del Gobierno Nacional, o a la supresión o modificación del régimen constitucional o legal vigentes, fueron objeto de debate y controversia durante el juicio oral.

La introducción de esos elementos para adecuar las conductas imputadas al tipo de rebelión significa, ni más ni menos, que variar el núcleo fáctico de la acusación, siendo ese un proceder, como se ha dicho, proscrito desde todo punto de vista.

Es que ninguno de aquellos elementos que estructuran el atentado contra el régimen constitucional y legal, forman parte de las conductas punibles por las que fue acusada **Leyla Yolima Ordóñez Mera**; es decir, del concierto para delinquir y de la administración de recursos relacionados con actividades terroristas, circunstancia que por supuesto le impidió ejercer a plenitud su derecho a la defensa, porque era imposible que solicitara pruebas tendientes a controvertir hechos que no se le imputaron ni fáctica ni jurídicamente y que tampoco se pueden tener como sobrentendidos, mucho menos porque ni siquiera forman parte de una conducta punible del mismo género de las que se debatieron.

La conclusión es clara. El Tribunal no respetó el núcleo fáctico de las conductas punibles imputadas en la acusación; condenó a la procesada por un delito de género diferente; y, por esas razones, desconoció el principio de congruencia, afectando las reglas del debido proceso en su estructura básica y la garantía de defensa que concierne a la acusada.

A diferencia de lo que sostuvo el delegado de la Fiscalía en esta sede, es muy distinto que en la acusación le atribuyera a la procesada haberse concertado con otros para cometer delitos de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y la efectiva gestión de esos recursos –por los que fue absuelta en primera



instancia– a que el Tribunal argumente que esos comportamientos no tuvieron ocurrencia, porque –desde su particular perspectiva– lo que fácticamente se imputó y se debatió fue el empleo de las armas con la pretensión de derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.

En consideración a que la Fiscalía no pudo persuadir al Tribunal acerca de los delitos que imputó y de la responsabilidad penal de la acusada, pero tampoco pidió condena por la conducta punible de rebelión que el Ad quem estimó demostrada, se deberá acoger la argumentación principal de la demanda en la necesidad de casar el fallo recurrido para, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia por la que se absolvió a **Leyla Yolima Ordóñez Mera** de los cargos de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y concierto para delinquir agravado.

La confirmación de la sentencia de primera instancia obedece a que la causal de casación afecta exclusivamente la sentencia demandada. Además, porque la Sala ha sostenido que

*[S]ería del todo improcedente disponer la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, para que la fiscalía adoptara una nueva calificación jurídica, pues ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado,*



*encaminado a corregir su incapacidad para llevarle al juez de conocimiento el convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste –luego de agotado el trámite procesal– una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión y, además, es evidente que en este caso no se configura ninguna de las causales que permitan la invalidación del juicio.<sup>6</sup>*

La prosperidad del cargo principal, releva a la Corte de pronunciarse acerca del cargo subsidiario.

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

## **R E S U E L V E**

**1. CASAR** la sentencia impugnada.

**2. CONFIRMAR**, por los motivos expuestos, el fallo de primera instancia en virtud del cual se absolvió a **Leyla Yolima Ordóñez Mera**.

---

<sup>6</sup> CSJ SP, 3 jun. 2009, Rad. 28649.



**3. CANCELÉNSE**, por parte de la Secretaría de la Sala de Casación Penal, las órdenes de captura emitidas en contra de la señora **Ordóñez Mera** y, por parte del fallador de primera instancia, líbrense las comunicaciones de ley.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

***I m p e d i d o***

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**



**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**Nubia Yolanda Nova García**

Secretaria



## **SALVAMENTO DE VOTO**

Con la consideración de siempre, me permito a continuación exponer las razones que me llevaron a salvar voto respecto de la providencia proferida el 15 de octubre de 2014, en donde la Corte de manera mayoritaria decidió absolver a la procesada *LEYLA YOLIMA ORDÓÑEZ MERA*, por razón de los delitos por los cuales la Fiscalía General de la Nación la acusó.

El fundamento de mi disenso no puede ser otro distinto a la motivación que consigné en la ponencia que presenté en su momento dentro del presente proceso, no aceptada por la Sala al considerar inviable la variación jurisprudencial allí propuesta.

En dicha motivación expresé las bondades del cambio jurisprudencial y las razones del por qué la condena por el delito de rebelión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá no supuso la alteración del núcleo esencial de la imputación fáctica, no obstante que la acusación jurídica versó respecto de los punibles de administración de recursos relacionados con actividades terroristas y concierto para delinquir agravado.

Como los argumentos ofrecidos en la decisión mayoritaria no revisten la capacidad para mudar mi criterio, pertinente resulta, por tanto, reproducir los



fundamentos de la ponencia derrotada a manera de cimientamiento de la inconformidad que exterioricé en su oportunidad:

“En el orden propuesto por el actor, la Sala se pronunciará sobre los dos cargos propuestos en la demanda.

*PRIMER CARGO. Principal. Nulidad.*

Predica el demandante la vulneración del principio de congruencia porque el Tribunal varió la calificación jurídica para condenar a la procesada por el delito de rebelión, a pesar de que la acusación la formuló la Fiscalía por los punibles de financiación de actividades terroristas y concierto para delinquir con fines terroristas, variación efectuada sin concurrir en este caso los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para el efecto.

Como ya ha tenido oportunidad de precisarlo esta Corporación, el principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente



a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

En la Ley 906 de 2004 dicho principio está consagrado en el artículo 448 cuando establece: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena”*.

Sobre el alcance de la precitada disposición, la Sala ha señalado que su quebranto se produce por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en la audiencia de formulación de la acusación<sup>7</sup>.

Es necesario anotar, sin embargo, que desde la SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468, la Sala viene admitiendo la

---

<sup>7</sup> Cfr. Sentencias del 6 de abril de 2006, radicación 24668, del 28 de noviembre de 2007, radicación 27518 y del 8 de octubre de 2008, radicación 29338.



posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta.

Sobre el particular, se señaló en la reseñada decisión que el fiscal bien puede *“solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes”* y sin que además no se haga más gravosa la situación del acusado.

De acuerdo con el aludido precedente, por tanto, para efectuarse la variación de la calificación jurídica, era necesario que concurrieran los siguientes presupuestos:

- 1) Que obre solicitud expresa del respectivo fiscal.
- 2) Que el nuevo delito corresponda a uno del mismo género del contemplado en la acusación.
- 3) Que el cambio recaiga sobre un punible de igual o menor entidad.
- 4) Que se conserve el núcleo fáctico de la imputación. Y



5) Que no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

El criterio jurisprudencial en mención lo ha mantenido la Corte hasta la fecha, aun cuando en posterior decisión se le introdujo una importante variación, al considerarse en SP, 16 de marzo de 2011, rad. 32685 que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la Fiscalía. Sobre el particular, textualmente señaló la Sala:

*“Si bien en el precedente citado por el defensor de NELSON ENRIQUE GALVIS ROJAS<sup>8</sup>, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie*

---

<sup>8</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia junio 3 de 2009, radicado 28.649.



*distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado”* (Se subraya, en esta oportunidad).

Esa nueva postura es la que prevalece actualmente. Por tanto, no es cierto, según lo aduce el casacionista, que en CSJ AP, 21 de marz. 2012, rad. 38256, se haya retornado al criterio revaluado para exigir nuevamente la necesidad de obrar petición expresa de la Fiscalía como condición para proceder a la variación de la calificación jurídica.

Como se razonó en CSJ SP, 15 de agost. de 2013, rad. 40093, si bien en la providencia citada por el actor se aludió a la referida exigencia, lo cierto es que allí nunca se hizo una manifestación expresa sobre la voluntad de recoger el criterio que a partir de la sentencia de casación del 16 de marzo de 2011 se viene ratificando pacíficamente, tanto que ni siquiera se reflexionó con mayor profundidad sobre el requisito específico en mención, por cuya razón bien puede afirmarse que dicho precedente apenas contiene un comentario aislado de un antecedente que, en punto de la exigencia de solicitud expresa de la Fiscalía para proceder al cambio de la calificación jurídica en la sentencia, ya no tenía vigencia alguna, como no lo tiene en la fecha.



Comprueba lo anterior el hecho de que en posteriores determinaciones para nada se hizo alusión al mencionado requisito. Así en CSJ AP, 28 de marz. de 2012, rad. No. 36621, en la cual se citaron decisiones anteriores, la Sala expresó:

*“Necesario es señalar, **en pos de consolidar una línea jurisprudencial sólida frente a tal temática**, que con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha superado la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto<sup>9</sup>, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia<sup>10</sup>:*

*“...Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve,*

---

<sup>9</sup> “...la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado”. Cfr. Sentencia del 27 de julio de 2007. radicación número 26468.

<sup>10</sup> Cfr. sentencia del 7 de septiembre de 2011, radicación 35293.



*siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes”.*

Por su parte, en CSJ AP, 3 de jul. de 2013, rad. 33790 se dijo lo siguiente:

*“Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo...”.*

Más recientemente, en CSJ SP, 12 de mar. de 2014, rad. 36108, sostuvo la Corporación:

*“... la doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos por el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica, siendo posible, de manera excepcional, que el juez se aparte*



*de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, así por ejemplo en CSJ SP, 27 Jul. 2007, rad. 26468 de 2007, CSJ SP, 3 Jun. 2009, 28649/09, CSJ AP. 7 Abr. 2011, rad. 35179 de 2011 y CSJ SP, 24 Jul. 2012, rad. 32879”.*

Obsérvese cómo en la primera de las decisiones remembradas, según así también se destacó en la providencia del 15 de agosto de 2013, la Sala ratificó su propósito de consolidar una línea jurisprudencial sólida que dejara atrás ese concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la Fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes.

En tales condiciones, no está llamado a prosperar el argumento del censor, acorde con el cual el Tribunal no podía variar la calificación jurídica porque no medió petición en ese sentido de la Fiscalía.



Ahora bien, en la sentencia del 27 de julio de 2007 arriba citada también se estableció como requisito para viabilizar el cambio en la adecuación típica aquel según el cual el nuevo delito debe corresponder a uno del mismo género del contemplado en la acusación. El libelista sostiene que la expresión “*mismo género*” significa que los dos punibles, es decir, el nuevo y el original, han de pertenecer a igual título, esto es, afectar idéntico bien jurídico.

Sobre el particular, encuentra la Sala que, en realidad, cuando la Corte habló en el citado fallo de *igual género* quiso decir mismo capítulo. Al respecto, repárese cómo en la precitada decisión se tomó como parámetro la regulación establecida en los estatutos procesales que precedieron a la Ley 906 de 2004, destacándose que mientras en el contemplado en el Decreto 2700 de 1991 se permitía, según así lo prohijó la jurisprudencia, condenar por un delito diverso y de menor rango, siempre y cuando perteneciera al mismo capítulo del precedente, de manera que el juez podía “*cambiar el delito en cuanto a su especie, pero no en lo referente al género*”, en el previsto en la Ley 600 de 2000, por su parte, no existe límite alguno para el efecto en cuanto a título o capítulo del Código Penal, por cuya razón la variación puede recaer respecto de cualquier punible.

Ese es, precisamente, el alcance dado en la sentencia del 16 de marzo de 2011, rad. 32685 a la expresión *igual género*, en cuanto allí se señaló que su entendimiento “*no se*



*circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris”.*

Conservar el mismo *nomen iuris* significa entonces que si la acusación se formula por homicidio agravado, podrá variarse por homicidio simple, homicidio por piedad, homicidio culposo, etc. O, que si la acusación lo es por peculado por apropiación, la sentencia podría dictarse por peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente, etc.

Es decir, en la sentencia del 27 de julio de 2007 se optó por establecer, para el caso de los procesos seguidos bajo la ritualidad regulada en la Ley 906 de 2004, la misma restricción que la jurisprudencia había impuesto con ocasión de la vigencia del Decreto 2700 de 1991. Sin embargo, no se advirtió que frente a este último se procedió en ese sentido porque la resolución de acusación, conforme al requisito previsto en su artículo 442, numeral 3º, debía contener “*la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente al Código Penal*” (subraya la Sala).

Exigencia de esa índole, empero, no está establecida en la Ley 906 de 2004, que sólo demanda, según el mandato del



artículo 337, numeral 2º, expresar en el escrito de acusación *“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”*.

Considera, por tanto, la Corte que no existe jurídicamente razón atendible para exigir que el cambio de la denominación jurídica corresponda a un delito de igual género. Para ello lo trascendental es conservar el núcleo esencial de la imputación fáctica, no agravar la situación punitiva del procesado y no afectar los derechos de los demás intervinientes. Es decir, los tres restantes presupuestos que hasta ahora ha exigido la jurisprudencia.

Manteniendo el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar. En cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que procede efectuarse de manera definitiva en el respectivo fallo.

Sobre el particular, no debe olvidarse que en la sistemática regulada en la Ley 906 de 2004 la calificación



jurídica realizada por la Fiscalía también es provisional, según así lo ha dicho, igualmente, esta Corporación, adquiriendo el carácter de definitiva sólo aquella consignada en el fallo. En ese sentido se pronunció en el AP, 3 de jul. de 2013, rad. 33790, cuando expresó la Sala:

*“De esa manera surge claro, que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio, que el Fiscal puede solicitar la condena y el Juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación.*

*En este sentido no puede dejarse de considerar que sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas”.*



En consecuencia, la Corte recoge su precedente criterio para sostener ahora que la variación de la calificación jurídica la puede efectuar el juez hacia cualquier delito contemplado en el Código penal, siempre y cuando (i) se conserve el núcleo esencial de la imputación fáctica, (ii) no se agrave la situación punitiva del procesado y (iii) no se afecten los derechos de los demás intervinientes. Por tanto, si se cambia la denominación jurídica, así sea dentro del mismo capítulo, habrá vulneración del principio de congruencia si no se respeta alguna de las condiciones que se acaban de mencionar.

Esos presupuestos, es de advertir, se cumplieron en el caso materia de análisis. En efecto, a *LEYLA YOLIMA ORDÓÑEZ MERA* la Fiscalía la acusó porque desplegó actividades en busca de recursos para las FARC, como la venta de la revista “*Resistencia Internacional*”, así como por realizar acciones propagandísticas y crear organizaciones para alcanzar los objetivos trazados por la dirigencia perteneciente a la comisión internacional de la mencionada agrupación alzada en armas.

Dicho supuesto fáctico la Fiscalía consideró que se enmarcaba en el tipo penal denominado financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y además en el de concierto para delinquir. Esos mismos hechos, sin embargo, el Tribunal de Bogotá los adecuó con acierto en el delito de rebelión, pues,



como ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte, este último no sólo lo comete quien es combatiente, porta armas y se enfrenta a la Fuerza Pública, sino todo aquel que, comprometido con el ideario político de la organización alzada en armas, realiza actividades idóneas para el mantenimiento, fortalecimiento y funcionamiento de dicha agrupación.

En ese sentido, en SP, 16 de sept. de 2010, rad. 26680, expresó la Sala:

*“Con fundamento en criterio interpretativo pacífico, la Sala recordó que cuando existe un acuerdo común por parte de los rebeldes, y entre ellos existen personas dedicadas a las relaciones políticas del grupo insurgente (es decir, actores **no** armados) que se presentan ante la sociedad con diferente matrícula (rol) en la actividad insurgente (como la de financiadores del grupo ilegal, o quienes obtienen investiduras públicas para luego utilizar la facultad decisoria para desviar el dinero oficial a la subversión, etc.), no hacen cosa diferente que fortalecer la actividad del grupo insurgente y desde luego, la imputación que debe hacerse lo es a título de **autor** y no de cómplice.*

*Precisó la Sala en aquella oportunidad, cuando varió la forma de participación en la imputación por rebelión, que no es autor solamente el promotor armado en el conflicto, pues cuando se trata de organizaciones complejas –reconocidas como aparatos de poder u*



*organizaciones de poder estructuradas, jerárquicamente afianzadas, con división de tareas, etc.-, a los actores que hacen parte del ala política, de la estructura económica y financiera del grupo (dedicados a labores de planeación, instrucción, adoctrinamiento, apoyo económico, financiero, publicidad, relaciones internacionales, infiltración, suministro, asistencia médica, logística), también se les considera **autores** del delito, en la medida que la naturaleza del aporte es fundamental en el éxito de la misión ilícita. En suma, porque financiar la rebelión es de la esencia de la coautoría”.*

De esa manera, no surge la menor duda que los hechos atribuidos a la procesada **ORDÓÑEZ MERA** se subsumen en el tipo penal de la rebelión, no así en aquellos por razón de los cuales se le acusó, pues la aludida realizó labores de fortalecimiento de la agrupación guerrillera a la cual pertenecía.

De otra parte, la rebelión comporta un punible de menor entidad respecto del de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas e, incluso, del de concierto para delinquir con fines terroristas. Obsérvese cómo mientras el primero de ellos, considerando el aumento de pena ordenado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, está sancionado con prisión de 8 a 13.5 años y multa de 133,33 a 300 salarios



mínimos legales mensuales (art. 467 C.P.), el segundo tiene prevista prisión de 13 a 22 años y multa de 1.300 a 15.000 salarios de la misma especie (art. 347 C.P., modificado por el art. 16 de la Ley 1121 de 2006). Por su parte, el inciso segundo del artículo 340 del estatuto punitivo, modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, reprime el concierto para delinquir con fines terroristas con prisión de 8 a 18 años y multa de 2.700 a 3.000 salarios de la naturaleza en mención.

Al respecto, es de precisar que la base para medir la entidad del delito lo es aquel atribuido en la acusación por la Fiscalía, de suerte que no resulta de recibo el argumento del casacionista, acorde con el cual la variación efectuada por el Tribunal devino en perjuicio de los intereses de la procesada porque en primera instancia obtuvo fallo de carácter absolutorio.

Finalmente, en cuanto se refiere al tercero y último de los requisitos en cuestión, la Sala no advierte que con la variación se hubieran afectado los derechos de las demás partes e intervinientes.

En ningún yerro, por consiguiente, incurrió el Tribunal de Bogotá cuando condenó a *LEYLA YOLIMA ORDÓÑEZ MERA* por el atentado contra el régimen constitucional y legal en mención.



No prospera el cargo.

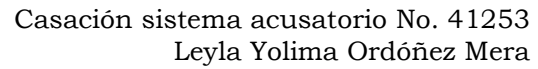
*SEGUNDO CARGO. Subsidiario. Nulidad:*

Según el actor, el Tribunal vulneró el debido proceso cuando accedió a la petición del Ministerio Público orientada a degradar la acusación, cuyo agente invadió de esa manera la competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación.

Como bien lo destaca el Procurador Delegado, entre las funciones que la Constitución Política atribuye al Ministerio Público está la prevista en el numeral 7° de su artículo 277, a cuyo tenor el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados puede “*(i)ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*”.

El artículo 109 de la Ley 906 de 2004 reitera la norma superior al establecer que el “*ministerio público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos o garantías fundamentales*”.

Esta Corporación se ha referido a las funciones que ostenta el Ministerio Público en el marco del sistema penal acusatorio contemplado en la precitada Ley 906 de 2004, y es así como en SP, 5 de oct. de 2011, rad. 30592 señaló que se



trata de un “*órgano propio*” al cual dicha normativa lo autoriza hacer presencia dentro del proceso penal “*para convalidar o legitimar los actos que afectan las garantías fundamentales; faculta su intervención frente a la disposición y el ejercicio de la acción penal; permite su participación activa en la realización de las audiencias; le concede cierta participación en la dinámica probatoria; le encomienda de manera especial y específica la protección de los intervinientes procesales; le otorga capacidad de injerencia en lo relacionado con la privación de la libertad; le encarga la protección de la legalidad de las decisiones judiciales; y, lo erige como garante de la imparcialidad, de la independencia judicial y del juez natural; para lo cual dispone frente a esos cometidos constitucionales de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento*” (se subraya, en esta oportunidad).

En punto a la facultad de intervención para proteger el orden jurídico, es necesario recordar que la Sala ha sido reiterativa en expresar que una de las formas de garantizar el respeto del principio de legalidad, manifestación del debido proceso, es asegurando en el fallo respectivo que el delito corresponda a los hechos atribuidos en la acusación.

Así en CSJ SP, 29 de ene. de 2004, rad. 14240, se señaló: *“La legalidad del fallo también depende de que el recaudo probatorio sea consecuente con los cargos imputados al procesado, que la adecuación de los hechos sea la correcta y, en fin, que se haya respetado el debido proceso”*. En el



mismo sentido, CSJ AP, 6 de abr. de 2006, rad. 24096; también, CSJ AP, 3 de abr. de 2008, rad. 28998.

Si, entonces, el principio de legalidad exige efectuar en el fallo una acertada subsunción de los hechos, en manera alguna es dable considerar que el Ministerio Público invade competencias ajenas cuando solicita al sentenciador variar la calificación jurídica para hacerla corresponder con el supuesto fáctico contemplado en la acusación. Cuando así procede, contrariamente, no hace sino ejercer una de las facultades que constitucional y legalmente ostenta, es decir, actuar en defensa del orden jurídico.

Más aún, no puede pasarse por alto que el artículo 111 de la Ley 906 de 2004 otorga al Ministerio Público, en desarrollo del mandato superior, la facultad para, como representante de la sociedad, solicitar condena o absolución de los acusados [numeral 2º, literal b)]. Es claro que esa atribución comprende la de pedir condena por el delito que se adecúe realmente a los hechos imputados.

Sólo así se podría materializar otra de las potestades que el precitado artículo defiere a dicho organismo, cual es *“(p)rocurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia”* [numeral 1º, literal c)], desde luego, sin afectar las garantías del procesado, pues no estaría dentro de sus facultades pretender la condena por un delito más grave al imputado en la acusación.



En consecuencia, como el segundo reproche tampoco está llamado a prosperar, la Corte no casará la sentencia objeto de impugnación”.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con toda atención,

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

Magistrada

*Fecha ut supra.*