



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

AEP 00124-2021
Radicación N° 00234
Aprobado mediante Acta No. 83

Bogotá D.C., ocho (08) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión elevada por el Fiscal Quinto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en favor de JULIO CÉSAR GUERRA TULENA, con fundamento en los numerales 5 y 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, el primero como principal y en el segundo como subsidiario, por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado y, por existencia de una causal que excluye la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal. La

última, además, con base en los numerales 10 u 11 del artículo 32 del Código Penal, por error de tipo o error de prohibición, respectivamente.

HECHOS

Se adelanta la actuación en contra de JULIO CÉSAR GUERRA TULENA quien ejerció como Gobernador de Sucre entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.

Por razón de sus funciones, el acusado intervino en el trámite del contrato 70-001 de 8 de marzo de 2012 por valor de \$1.535.980.000, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales y, en su celebración, sin verificar el cumplimiento de los mismos. El contrato fue suscrito entre el departamento y la firma Los Tres Editores S.A.S. y su objeto consistió en la dotación de material bibliográfico de evaluación de competencias y estándares para los estudiantes de los grados 1 a 11 de treinta y seis instituciones educativas, y centros educativos oficiales de cinco municipios del Departamento de Sucre.

La negociación del contrato se llevó a cabo meses antes de su celebración en reunión sostenida entre William Macea Avilés, en su condición de distribuidor autorizado de la firma Los Tres Editores S.A.S., en la secretaría de educación del departamento en la cual el distribuidor exhibió el análisis de resultados del año 2009 de las pruebas ICFES Saber 11°, presentadas por los alumnos de las instituciones educativas oficiales de Sucre y el portafolio de libros que ofrecía su editorial para el mejoramiento del desempeño de los estudiantes en dicha prueba.

Finalizada la reunión, Macea Avilés mediante comunicación telefónica fue informado por parte de la secretaria de educación, de que su portafolio de libros había sido seleccionado y se procedería a sustentar su necesidad y a inscribirlo en el banco de proyectos.

Una vez inscrito le pidieron presentara formalmente su propuesta junto con los soportes que la justificaban. Días después le fue entregado el texto del contrato para la firma del representante legal de Los Tres Editores S.A.S. y dio inicio a la ejecución con la entrega de los libros.

Con dicha actuación en el trámite y celebración del contrato 70-001 de 8 de marzo de 2012, se vulneraron los principios de transparencia, planeación y selección objetiva consagrados en los artículos 209 de la Carta y 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993.

Como irregularidades en el trámite la Fiscalía señaló: (i) El proyecto que dio origen al contrato “de manera supuesta” se registró en el banco de proyectos el 27 de febrero de 2012, nueve días antes de su celebración. (ii) Los estudios previos carecen de fecha de tramitación y no cumplen con las exigencias previstas en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, en cuanto los estudios y documentos previos deben estar integrados *“por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones”*, ya que: (a) La necesidad de celebrar el contrato se definió en el sentido de realizar un proyecto educativo a fin de ubicar a las instituciones del Departamento de Sucre en las más altas categorías, porque de

acuerdo con los resultados del ICFES 2009 los promedios fueron muy bajos, proyecto que ya se había ejecutado entre los años 2008 a 2011 mediante tres contratos suscritos entre el Gobernador de la época, Jorge Carlos Barraza Farak y la firma Los Tres Editores S.A.S. (b) El objeto a contratar se definió en la dotación de textos escolares sin revisar las diferentes causas que influían en los resultados del ICFES y otras alternativas de solución. (c) Las especificaciones técnicas del suministro se discriminaron por el título de los libros que ofrecía la editorial Los Tres Editores S.A.S. y no por la necesidad de mejorar el nivel educativo, análisis necesario para determinar por qué eran estos los que se debían adquirir y no los ofrecidos por otras editoriales que comercializan textos. (d) Los fundamentos jurídicos que sustentaron la modalidad de contratación optaron por la directa, inobservando el Decreto 0069 de 25 de enero de 2012 de la Gobernación que disponía la licitación pública para los contratos superiores a \$368.355.000, con lo cual se vulneró el principio de transparencia previsto en el ordinal 1° del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. (e) Se justificó la contratación directa con base en la excepción del literal g del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por no existir pluralidad de oferentes en el mercado toda vez que la editorial seleccionada tenía registrados los derechos de autor de las obras que se iban a adquirir, circunstancia que se autoriza solamente cuando no existe más de una persona inscrita en el registro único de proponentes o cuando solo hay un proveedor titular de los derechos de propiedad industrial o de autor o por ser proveedor exclusivo de acuerdo con el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008, condiciones que no se acreditaron en los estudios previos, puesto que para el año 2012 existían inscritas en el registro de

proponentes once editoriales más para proveer los textos requeridos. *(f)* No se consultó el censo estudiantil de los planteles educativos para determinar la cantidad de libros a adquirir ni la opinión de los rectores de los colegios sobre la calidad del material educativo y su uso. *(iii)* Por resolución 0693 de 8 de marzo de 2012, el Gobernador GUERRA TULENA ordenó celebrar el contrato 70-001 de la fecha por contratación directa por inexistencia de pluralidad de oferentes. *(iv)* Los Tres Editores S.A.S. presentó propuesta con fecha “febrero 2012” que definió la necesidad, el objeto, las especificaciones técnicas de suministro y el presupuesto con los mismos argumentos esgrimidos en los estudios previos.

Como irregularidades en la etapa de la celebración, la Fiscalía determinó: *(i)* El Gobernador GUERRA TULENA suscribió el contrato de suministro 70-001 de 2012 por contratación directa, arguyendo que la firma contratista era propietaria de los derechos de autor de los elementos objeto de suministro, sin verificar que en los estudios previos no se probó la condición de único proveedor del mercado. *(ii)* Con la celebración del contrato se permitió de manera injustificada la apropiación por parte del representante legal de Los Tres Editores S.A.S. de dineros públicos destinados a la educación provenientes de cobrar \$70.000 por cada libro de “El tesoro del saber en las competencias para los grados 1 a 8”, edición 2009, y \$45.000 por el libro “El tesoro del saber en las competencias grado 9 tomo I” y, “El tesoro del saber en las competencias grado 9 tomo II” cuando dicho material bibliográfico para 2012 fue cotizado a \$38.000 y \$30.000, respectivamente. Aunado a lo anterior que en enero de 2010 la Gobernación de Sucre,

mediante contrato 70-001-0-01-10 con la misma editorial adquirió los libros “El tesoro del saber en las competencias grados 1 a 8”, a razón de \$60.000 cada uno.

Por auto de 18 de diciembre de 2013, proferido en la indagación 072 de 2013, la Contraloría Delegada para el Sector Social de la Contraloría General de la República ordenó la apertura de proceso de responsabilidad fiscal porque pudo determinar un sobrecosto de \$725.202.000, en el precio de los libros y la pérdida de 2.163 textos por un valor de \$103.695.000 para un detrimento total de \$828.897.000.

GUERRA TULENA consignó en la cuenta 110050001205 de la Dirección del Tesoro Nacional, las sumas de \$828.897.000 y \$24.097.583 por concepto del detrimento patrimonial tasado preliminarmente, por lo que la Contraloría mediante auto de 14 de enero de 2014 dispuso la cesación de la acción de responsabilidad fiscal, decisión confirmada por vía de consulta el 21 de febrero de 2014, por la Contralora General de la República.

ANTECEDENTES

El 4 de junio de 2019 ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá con Función de Control de Garantías, la Fiscalía Quinta Delegada ante esta Corporación formuló imputación a JULIO CÉSAR GUERRA TULENA, en su condición de Gobernador del Departamento de Sucre como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

(art. 410 Ley 599 de 2000 modificado por la Ley 890 de 2004) y peculado por apropiación (art. 397 *ibidem*).

El 30 de octubre de 2019 la Fiscalía Quinta Delegada radicó escrito de acusación en contra de JULIO CÉSAR GUERRA TULENA, en calidad de autor de los delitos que le fueron imputados.

El 24 de febrero de 2021, antes de la segunda fecha señalada para adelantar la diligencia de formulación de acusación, la misma Fiscalía Delegada solicitó retiro del escrito de acusación y programación de audiencia de preclusión en favor de GUERRA TULENA.

Como sustento de su petición adujo en primer lugar que, revisada la experticia rendida por el Grupo de Psiquiatría de Instituto de Medicina Legal pudo concluir que el procesado tuvo seriamente comprometidas sus facultades mentales desde antes de los hechos, lo que al momento de los mismos le impidió comprender *“las operaciones básicas de su economía y tampoco las gestiones funcionales como mandatario seccional, por lo cual siempre necesitó que otras personas lo guiaran en sus quehaceres”*. Es decir, al momento de los hechos tuvo comprometidas sus capacidades de comprensión y autodeterminación por un diagnóstico clínico de síndrome demencial que en términos forenses se denomina trastorno mental permanente.

En esa primera solicitud invocó como fundamento de la preclusión las causales 2 y 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, como principal y subsidiaria, en su orden.

La primera, por existencia de una causal que excluye la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal, y, la segunda, por atipicidad del hecho investigado.

El pasado 23 de mayo de 2021 se llevó a cabo la diligencia de audiencia de preclusión ante esta Sala Especial de Primera Instancia en la que la Fiscalía reiteró su petición pero, esta vez la fundamentó en la causal 5 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, como principal, por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; y en la causal 2 del mismo artículo, como subsidiaria, por existencia de una circunstancia que excluye su responsabilidad de conformidad con los numerales 10 u 11 del artículo 32 del Código Penal, esto es, por error de tipo o de prohibición.

LA PETICIÓN

Luego de individualizar al imputado abordó el asunto del fuero constitucional para concluir que esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de este proceso, por virtud de lo previsto en el numeral 5 del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó el artículo 235 de la Carta.

A continuación reseñó los hechos jurídicamente relevantes de la actuación y seguidamente abocó el estudio de fondo de la solicitud, principiando por realizar una exposición acerca del estado de salud mental del procesado JULIO CÉSAR GUERRA TULENA antes, durante y después de los hechos, para concluir que de tiempo atrás éste padece de un síndrome de deterioro

mental que lo condujo a un estado de discapacidad que para el momento de los hechos le impidió *“comprender y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión”*.

Para arribar a dicha conclusión en primer lugar se apoyó en un dictamen pericial de psiquiatría forense¹ del que infirió que el procesado ya en el año 2012, primero de su mandato, sufría de una patología mental que le impedía comprender su rol funcional y atender adecuadamente los asuntos de su economía personal, por lo cual requirió de la ayuda, supervisión o influencia de terceros para el ejercicio de acciones como las que refiere el presente proceso.

En segundo lugar, en testimonios de personas allegadas al ex-Gobernador que le permitieron inferir que ante su “incapacidad práctica” para atender los asuntos de la administración departamental, terceros “intervinieron en forma abiertamente ilegal y delictiva” hasta lograr que tuviera una figuración nominal, esto es, “firmara actos administrativos, sin comprensión alguna de la relevancia de los mismos”.

Subrayó que a pesar de lo anterior, por tratarse la inimputabilidad de una categoría jurídica, su declaratoria radica exclusivamente en los jueces de la República como lo ha expresado la Sala de Casación Penal², por lo tanto pide, en primer lugar, se declare que al tiempo de los hechos, JULIO CÉSAR GUERRA TULENA era una persona inimputable.

¹ Cfr. Instituto Nacional de Medicina Legal - Regional Bogotá - Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense – BOG-201800619500003 de 30 de noviembre de 2018 c. original Fiscalía núm. 2, “Elementos Materiales Probatorios”, a folios 33 y ss.

² Cfr. CSJ. SP-1417-2021, rad. 51814.

Agregó que esta declaratoria resulta relevante no sólo para el asunto materia de esta actuación, “sino también para que la Fiscalía General de la Nación pueda continuar adelantando de una manera correcta el método de *articulación investigativa* con otras fiscalías delegadas, donde cursan averiguaciones contra el mismo aforado constitucional”

En punto de los argumentos de su solicitud preclusiva invocó que, dada su condición de inimputabilidad, el señor GUERRA TULENA fue instrumentalizado por terceras personas (*hombres de atrás*), quienes aprovechando su precaria condición de salud mental lo utilizaron para ejecutar las acciones que dieron lugar a la comisión de los ilícitos.

Según la Fiscalía el estado de insania no le permitió planificar ni ejecutar sus acciones y menos controlarlas o supervisarlas, por tanto, terceros lo instrumentalizaron “como una persona sin capacidad de dolo ni actuar culposo”.

Dichos terceros se clasifican jurídicamente como “autores mediatos o personas de atrás” que, en criterio del ente fiscal, son los verdaderos responsables de lo ocurrido en la contratación del departamento.

Son personas cercanas a la administración departamental y parientes próximos que en lugar de impedir que el procesado asumiera el cargo o se retirara, aprovecharon su situación de enajenación para inducirlo a error “y, de esa manera, le hicieron creer que todo estaba correctamente diligenciado, al punto que dichos terceros lograron manejar la contratación del

Departamento del Cesar (sic) a su antojo”, de tal manera que si hipotéticamente pudiera suprimirse la injerencia de los terceros no se hubiera dado el resultado lesivo, es decir, la suscripción de actos administrativos de impulso al proceso contractual y al contrato.

En dicha hipótesis quien ejecuta materialmente la conducta es instrumentalizado ya que en la producción de ésta no intervienen ni su voluntad ni su conciencia. Es decir, “el hombre de atrás” utiliza a una persona carente de voluntad conciente para la comisión de un punible, de tal manera que aquél es el verdadero autor (mediato) y no éste (instrumento)³.

En suma, para la Fiscalía las personas que intervinieron en calidad de autores mediatos aprovecharon el deterioro cognitivo del procesado GUERRA TULENA de tal manera que éste “procedió en virtud de la manipulación y el engaño, en el sentido de que eso era lo correcto, hasta firmar el contrato de adquisición de textos escolares, por el que fue investigado”, lo que lleva a la convicción de que el procesado “pese a ser considerado *inimputable* no tiene responsabilidad penal y, de contera, no puede ser afectado con una medida de seguridad”, por carencia de peligrosidad como presupuesto de aquella.

En este caso la potencialidad de dañar a la comunidad no radica en el implicado sino “en los hombres de atrás” y, en consecuencia, no se advierte razón alguna para persistir en este

³ Para ilustrar sus aserciones cita: CSJ. Radicado 23898 de 30 de enero de 2008; 29221 de 2 de septiembre de 2009; y, 32085 de 23 de febrero de 2010.

proceso penal por cuanto GUERRA TULENA no podría ser afectado con una medida de seguridad.

La voluntariedad del inimputable constituye el nexo psicológico necesario para predicar que desplegó la acción. Si bien existen personas inimputables de quienes sí es predicable la acción, también hay otras respecto de las cuales no es posible por ausencia de voluntad, pues no existe acción sin ésta, como cuando el sujeto no ha querido algo, o cuando su voluntad ha sido anulada por una fuerza irresistible o por inconciencia.

En la concepción *funcionalista* de la responsabilidad penal, si el agente carece de facultades para orientar su conducta en contra de la vigencia del orden jurídico, el resultado sería para él inevitable. En este caso no habría acción como conducta antinormativa porque lo relevante para la vida en sociedad es que los individuos se abstengan de realizar cosas frente a las cuales ignoren sus consecuencias.

En ese orden, no despliega acción (en sentido normativo) el inimputable que es sumergido en estado de inconciencia por inducción de “los hombres de atrás” puesto que no existe nexo psicológico entre él y el resultado, y en dicha hipótesis es viable la preclusión por ausencia absoluta del elemento subjetivo del delito, tal como ocurre en este caso en el que GUERRA TULENA “no tenía la capacidad mental para identificar el ardid que lo llevó a su actuación objetiva; y que por lo tanto no comprendía lo que iba a hacer ni las consecuencias jurídicas; es decir, no desplegó acción (*en sentido normativo*) orientada a desacatar los mandatos de la ley”.

Para la Fiscalía esta circunstancia de inimputabilidad implica a su vez el reconocimiento de ausencia de responsabilidad, “siempre y cuando se acredite que el imputado actuó dentro de algún motivo específico de no responsabilidad”.

Esto es precisamente lo que en su opinión pasa en el caso del procesado GUERRA TULENA, quien debido a su incapacidad de comprensión y de autodeterminación fue manipulado e influenciado por terceros que lo indujeron a error haciéndole “creer que todo estaba correctamente elaborado y ajustado a la ley, inclusive la firma del contrato con la Empresa Los Tres Editores S.A.S.”.

Respecto de él, sería aplicable una de las causales (10 u 11) de ausencia de responsabilidad del artículo 32 del Código Penal, respectivamente: error invencible de tipo o de prohibición. En opinión del ente fiscal en la actuación existen suficientes elementos para asegurar que con el nivel de disminución de la capacidad mental del imputado no tenía posibilidad de vencer dichos errores “en el sentido de lograr algún grado de conciencia de antijuridicidad o actualizarla”.

Consecuente con su argumentación solicitó la Fiscalía se decrete la preclusión a favor de GUERRA TULENA “por alguno de los motivos principales o subsidiarios” que propone, bajo el entendido de no ser necesario en este caso la etapa del juicio para concluir que éste, no obstante su inimputabilidad, no implica peligrosidad social y por ende no podría ser declarado penalmente responsable ni afectado con medida de seguridad.

En el evento en que la Sala estime infundadas las causales de preclusión invocadas, pero exista otra probada por el ente instructor, solicita se aplique la causal que corresponda, según lo autoriza la Sala de Casación Penal en sentencia de 15 de julio de 2009, radicado 31780, sin que ello afecte el debido proceso.

Advirtió que se trata de una postulación “consultada institucionalmente” en la seguridad de que la preclusión es una decisión legalmente viable y “materialmente justa” que encauzará la investigación hacia los verdaderos responsables.

Como causal o motivo principal de preclusión invocó, entonces, la prevista en el numeral 5 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esta es: ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, en este caso, por no haber desplegado acción en sentido jurídico, o, como lo explicó antes, por carencia de facultades o voluntad para determinar su conducta.

Al efecto recordó que el procesado por su deficiente condición mental no desplegó acción alguna que evidenciara su voluntad (nexo psíquico) respecto del contrato cuestionado y por consecuencia debe inferirse que no intervino en los delitos imputados, pues desde la *teoría funcionalista* no es viable predicar acción porque no estaba en condiciones de “concebir y discernir sobre alguna finalidad, propósito o meta” al contratar como lo hizo. Desde dicha teoría solamente se entiende la acción como el despliegue de la conducta humana que no se evita a pesar de desconocer sus consecuencias y conlleva sanción penal cuando de sus consecuencias derive lesión o puesta en peligro

del bien jurídico, en contraposición a la idea de acción meramente causalista, ya desechada por la dogmática universal.

Desde esa perspectiva, GUERRA TULENA, dada su insania y consecuente inimputabilidad, además de la indebida influencia de terceros, *“no incurrió en acción funcionalmente relevante, porque ninguna reflexión podía efectuar acerca de la vulneración del orden jurídico por lo que iba a hacer y menos sobre la evitabilidad”*. Aquí puso énfasis entonces en la evitación de la *“acción”* y no del *“resultado”* cosa que tampoco podía hacer por su inconciencia sobre el curso causal de la conducta.

Remató reiterando que, no obstante la condición de salud mental del procesado, no es un individuo potencialmente peligroso o capaz de poner en riesgo bienes jurídicos relevantes penalmente, por lo que no debe ser declarado responsable ni sometido a medida de seguridad, erigiéndose la preclusión en la solución correcta para el cumplimiento de los fines superiores del Estado.

A modo de primera causal subsidiaria de preclusión, en defecto de la principal, invocó la circunstancia prevista en el numeral 2 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esta es, la existencia de una causal que excluye la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, en este caso, por haber obrado con error invencible de que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo).

Justificó su solicitud subsidiaria con el argumento de que los autores mediatos al conocer el estado de inimputabilidad del

procesado, lo indujeron a pensar que el asunto de la contratación estaba de conformidad con la ley, manteniéndolo en error sobre la existencia de los elementos estructurales de los tipos penales imputados, que no podía vencer dada su precaria aptitud mental.

Como segunda causal subsidiaria de preclusión en defecto de las anteriores, invocó la prevista en el mismo numeral 2 del artículo 332 *ibidem*, es decir, por obrar con error invencible de la licitud de su conducta (error de prohibición), también inducido por los autores mediatos de los delitos al *“hacerle creer que en este caso sí le estaba permitido contratar de espaldas a esa normatividad”* ante la necesidad de mejorar los resultados de las pruebas ICFES de los estudiantes de los colegios del departamento, error también invencible dada la condición de salud mental de GUERRA TULENA pues no tenía la capacidad de actualizar su conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta.

Tanto es así, continúa, que el manejo de sus negocios particulares fue cedido a su esposa desde antes de comenzar su periodo como Gobernador, de tal manera que si no podía gestionar sus asuntos personales mucho menos los del departamento, entre estos, el contrato cuestionado.

Finalmente, reafirmó su solicitud de que se declare inimputable al procesado JULIO CÉSAR GUERRA TULENA y se decrete la preclusión de la investigación por una de las razones invocadas.

ALEGATOS DE LOS INTERVINIENTES

Apoderado de la víctima. El departamento.

En términos generales y apoyado en los mismos presupuestos teóricos y fácticos de la Fiscalía coadyuvó la solicitud preclusiva, deprecando adicionalmente se compulsen copias al representante legal de la firma Los Tres Editores S.A.S., para que sea investigado por los mismos delitos que le fueron imputados al procesado GUERRA TULENA.

Ministerio Público

Comienza por señalar que su intervención la hace en defensa del orden jurídico.

En su opinión la sistemática que debe emplearse para resolver el problema jurídico propuesto por la Fiscalía es examinar primero la figura de la preclusión y de sus causales en tanto que el concepto de inimputabilidad cobra importancia al momento en que el juez profiere el fallo adverso para efectos de decidir si lo que se impone es una pena o una medida de seguridad.

Recordó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del Corte ha puesto énfasis en que para que proceda la preclusión de la investigación debe estar demostrada en grado de certeza la causal que se invoca como fundamento de la

solicitud preclusiva, salvo el caso de la causal enlistada en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Su primer motivo de disenso radica en que la Fiscalía se ha valido de lo que denominó “dictamen del médico legista” que no puede considerarse como tal según los art. 413 y 415 de la Ley 906 de 2004, se trata simplemente de una evidencia pericial y no un dictamen.

A partir de allí se ha construido el argumento según el cual el procesado para la época de los hechos requería de apoyo o ayuda de terceros para desempeñar el cargo. Esta es una afirmación que se pretende sustentar en algunos elementos como entrevistas, documentos o testimonios de los cuales lo que puede inferirse es que en los negocios privados el ex-Gobernador necesitaba de la ayuda o apoyo permanente de su contador particular. Sin embargo, para él la verdad es que a lo largo del discurso argumentativo tanto la Fiscalía como el apoderado del departamento refirieron a unos terceros “autores mediatos” y “hombres de atrás”, no obstante, se pregunta: ¿quiénes son o fueron esos hombres de atrás? Si existieron, deberían estar investigados o imputados, incluso condenados, porque no basta que se esgrima una evidencia que afirme que el procesado fue instrumentalizado por “hombres de atrás” que lo indujeron a error de tipo o a error de prohibición, porque, entre otras cosas, en la solicitud de la Fiscalía todo parecía indicar que otra de las causales invocadas era la que tiene que ver con el numeral 8 del artículo 32 del Código Penal, esta es, la insuperable coacción ajena.

Entonces, de acuerdo con el artículo 9 del Código Penal lo primero que tendría que probarse, independientemente de la condición de inimputabilidad, es la existencia de causales de ausencia de responsabilidad y en este caso las argüidas por la Fiscalía están huérfanas de ese respaldo probatorio exigido por la ley porque apenas se hizo referencia a unas evidencias que pueden tener vocación de prueba pero que precisamente debe ser en el juicio oral donde se practiquen y se vuelva prueba pericial el informe, porque además la doctrina y jurisprudencia han sido reiterativas en el sentido de que las causales de ausencia de responsabilidad a las que se refiere el artículo 332 en el numeral 2 son de aquellas de las que se puede demostrar que se cumple a cabalidad con el aspecto objetivo. Sin embargo, las que ameriten una valoración subjetiva deben ser debatidas en el juicio que es el escenario propicio para llevar a cabo esa confrontación a través de las pruebas que han sido descubiertas, solicitadas y decretadas para ser valoradas allí.

La inimputabilidad no es la inmadurez, ni el trastorno, ni la diversidad sociocultural sino la incapacidad de comprender y de determinarse por cualquiera de esas causas, de donde se desprende que el trastornado y el inmaduro pueden ser penalmente responsables cuando el hecho no sea producto de las mencionadas causas o estas no se hubieran reflejado o expresado en el comportamiento. Así, si un paranoico mata porque cree que lo persiguen será inimputable pero si gira un cheque sin provisión de fondos será imputable y por tanto pasible de pena. Y aquí lo que hizo el ex-Gobernador fue suscribir “unos contratos”.

Ahora, un inmaduro o trastornado puede no ser responsable penalmente por obrar al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, pero ésta debe ser plenamente demostrada.

Finalmente, concluyó que son estas las razones que lo mueven a oponerse a que se decrete la preclusión en favor del imputado JULIO CÉSAR GUERRA TULENA.

Defensa de GUERRA TULENA

En relación con el argumento de fondo de la petición de la Fiscalía, comienza por expresar la necesidad de hacerle algunos reparos.

En primer lugar considera que no es la oportunidad procesal pertinente para plantear el debate sobre la condición de inimputabilidad del procesado, puesto que la ley tiene previsto para este propósito la audiencia de formulación de acusación y es al juez de conocimiento a quien en la respectiva sentencia le corresponde hacer dicha declaración.

Se trata de un asunto complejo que implica determinar además, si GUERRA TULENA para el año 2012 era inimputable, circunstancia que no se puede dar por probada con un dictamen médico legal y, menos, con el testimonio de unas personas que pueden tener intereses.

En su opinión JULIO CÉSAR GUERRA TULENA para el año 2012 era una persona con plenitud de facultades para ejercer el cargo que desempeñó.

Para la defensa sí se debe precluir la investigación contra su representado pero no por las causales 2 y 5 sino por la causal 4, es decir, por atipicidad del hecho investigado porque de acuerdo con la teoría del delito el ingrediente normativo del dolo "*se analiza en sede de tipicidad*" y en ese orden se estaría ante la imposibilidad de determinar si el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se cometió dolosamente.

Finalmente, como quiera que en su opinión las causales invocadas por la Fiscalía no deben atenderse al estar sustentadas en el dictamen de medicina legal, solicita a la Sala haga un análisis de todas las causales y se estudie si "más bien" sea posible decretar la preclusión por la causal 4 por atipicidad del hecho, en cuanto no se puede verificar si la conducta fue realizada con dolo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

En las diligencias se halla demostrada la calidad de Gobernador del Departamento de Sucre para la época de los hechos de JULIO CÉSAR GUERRA TULENA.

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Carta Política y el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, compete a esta Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte juzgar a los Gobernadores por los delitos que se les imputen. No obstante, *“cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”*.

Aunque en la actualidad el imputado no ostenta el cargo de Gobernador, por recaer esta investigación sobre conductas relacionadas con las funciones desempeñadas en dicho cargo el fuero se mantiene, por lo tanto, la Sala es competente para conocer de estas diligencias⁴.

De la preclusión

A tenor de lo reglado por los artículos 331 a 335 del estatuto procesal de 2004, la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal a instancia de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las hipótesis contempladas en el canon 332 *ibidem*.

El análisis y fundamentación presentados por el Fiscal para este propósito deben ser específicos y detallados, atendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión invocada, sino los que

⁴ Cfr. Parágrafo art. 235 Constitución Política.

integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir ausencia de mérito para continuar con la persecución penal.

Ciertamente, la solicitud de preclusión de investigación comporta, para quien la propone, presentar los elementos materiales probatorios y la evidencia física respectiva para probar la causal aducida, es decir, que se trate de una proposición jurídica completa a disposición de la judicatura para verificar la solidez de su estructuración.

En ese sentido, *“exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera **cierta** o, lo que es igual, que respecto de la misma **no exista duda** o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)”*⁵

Si la causal postulada fue debidamente demostrada, el juez de conocimiento debe decretarla *“aun cuando considere que la terminación del proceso procede por una diferente a la planteada”*⁶, en atención a que se ha garantizado a la parte ofrecer su análisis sobre su actualización y a la contraparte la oportunidad de presentar sus consideraciones.

Ahora, si la Fiscalía alega una causal, pero los elementos materiales de prueba acreditan otra, se puede precluir, ya que *“la pretensión no puede ser desechada o respondida negativamente sólo porque el funcionario se equivocó en la postulación de la causal, pues, sólo*

⁵ CSJ. SCP. Rad. 51049 de 31 de enero de 2018.

⁶ CSJ. SCP. Rad. 44698 de 6 de abril de 2016.

basta con que se verifique si esos hechos, las pruebas que los respaldan y el argumento jurídico, se corresponden o no con alguna de las varias causales consagradas en la norma.”⁷. Sin embargo, esto es posible siempre y cuando la nueva causal se sustente en las mismas pruebas y razones invocadas por el ente fiscal.

Además, si los elementos materiales de prueba cimentan una causal de preclusión eminentemente objetiva –numeral 1 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004–, que reenvía al artículo 77 *ibidem*, ello trae como consecuencia la extinción de la acción penal porque impide continuar con el diligenciamiento.

En términos de la Sala de Casación Penal⁸ la decisión de preclusión es competencia del juez de conocimiento, pues corresponde al ejercicio de la función jurisdiccional de la cual fue despojada la Fiscalía General de la Nación en el esquema procesal oral acusatorio, además, implica la materialización del derecho a la justicia cuando dispone la cesación de la acción penal, concluyendo así un conflicto sometido al conocimiento del aparato judicial de forma definitiva, con igual fuerza de cosa juzgada que la sentencia, haciendo efectiva la inocencia del indiciado.

Es presupuesto de la preclusión de la investigación acreditar en grado de certeza la causal invocada, pues tal decisión implica la extinción de la acción penal y por consecuencia la culminación del proceso en forma anticipada e irreversible.

⁷ CSJ. SCP. Rad. 34919 de 17 de noviembre de 2010.

⁸ Cfr. CSJ. AP1399-2021, rad. 54522 de 21 de abril de 2021.

La Sala de Casación Penal en radicado 43797 de 18 de junio de 2014, señaló:

“Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22855:

Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal”⁹

En todo caso, la petición de preclusión debe soportarse en evidencias y elementos materiales de prueba allegados en el curso de la actividad investigativa, que lleven el convencimiento del juzgador sobre la estructuración de la causal que se invoca.

Como la solicitud de preclusión de la investigación es una exteriorización del derecho de postulación de la parte que la invoca, no puede el juez resolver la pretensión por causal distinta a la propuesta, pues esto vulneraría el principio de imparcialidad judicial. Excepcionalmente, por economía procesal, resulta viable decretar la preclusión cuando habiéndose esgrimido una determinada causal, la argumentación y fundamentación probatoria se dirija hacia otra¹⁰.

⁹ En este mismo sentido: Cfr. CSJ. Rad. 29344 de 24 de junio 2008; CSJ AP. Rad. 34177 de 27 septiembre de 2010; y CSJ. Rad. 41604, AP de 24 de julio 2013, entre otros.

¹⁰ Cfr. CSJ. AP1880-2018. Rad. 52169.

Sin embargo, esto último no es posible cuando, como en este caso, la causal invocada por la Fiscalía como principal (art. 332-5) difiere completamente de la que propone la defensa se estudie, esta es, la *atipicidad* de la conducta (art. 332-4 L. 906 de 2004), especialmente porque las circunstancias de hecho que esgrime la una y la otra son bien distintas. Mientras la Fiscalía aduce una ausencia de acción jurídica que se ubicaría en la atipicidad objetiva y como subsidiaria un supuesto error de tipo que, de probarse, afectaría el dolo y eliminaría el tipo subjetivo y por contera haría atípica subjetivamente la conducta; la defensa sostiene la imposibilidad de determinar si el imputado actuó con dolo.

Para la Sala de Casación Penal¹¹ viola “*el debido proceso, la imparcialidad, la contradicción y el derecho de defensa de las parte e intervinientes*” el precluir la investigación por una causal desemejante a la propuesta y controvertida invocando argumentos de distinta índole no discutidos.

Sobre este respecto señaló esa Colegiatura:

*“Por lo anterior, si para el Juez de Primera Instancia la conducta desplegada por **AOM** era atípica del delito de calumnia, debió, como en efecto lo hizo, negar la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía General de la Nación, al no encontrar reunidos los requisitos de la causal de exoneración de responsabilidad alegada; pero, se destaca, le estaba vedado precluir la investigación con fundamento en la supuesta atipicidad de la conducta, con fundamento en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en tanto dicha causal no fue invocada por el Fiscal, ni mucho menos se deducía de los planteamientos esbozados por él al momento de formular la solicitud; en contrario, se repite, para el acusador la conducta desplegada por el implicado era típica del delito de calumnia”*

¹¹ Cfr. CSJ. AP2768-2021. Rad. 56236 de 7 de julio de 2021.

Para la Corte dicha decisión contravino el debido proceso y el *sistema acusatorio* que supone la separación de funciones entre el acusador y el fallador. A la par vulneró el *principio de imparcialidad* frente a las partes, los hechos y las evidencias del proceso, que produjo un desequilibrio al inclinarse hacia el interés de una parte. Y, por último, afectó el *principio de contradicción*, porque al pronunciarse sobre tópicos no argumentados y debatidos, se negó a partes e intervinientes la posibilidad de controvertir los aspectos abordados por fuera del debate¹².

Por todo esto, resulta inviable la petición de la defensa en cuanto a que se estudie la posibilidad de precluir esta investigación por una supuesta atipicidad de la conducta (art. 332-4 Ley 906 de 2004), no propuesta por la Fiscalía, al menos en los términos planteados por la defensa.

Tampoco de los planteamientos propuestos por el ente fiscal es posible inferir o deducir la existencia de otra causal que por razones excepcionales de economía procesal haga viable decretarla, como lo solicita.

Frente a este marco jurídico conceptual, entra la Sala a verificar si procede la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía.

No obstante, como quiera que las causales principal y subsidiarias invocadas están sustentadas en el reconocimiento de la condición de inimputabilidad del procesado como

¹² Cfr. CSJ. AP2768-2021, *ibidem*.

consecuencia de un síndrome demencial progresivo por su avanzada edad (Alzheimer), la Sala por virtud del principio de orden lógico formal, en primer lugar, abordará el análisis del concepto y alcance de esta figura conforme a su comprensión jurídico-normativa y jurisprudencial, con el fin de determinar si efectivamente es posible considerar y, consecuentemente declarar inimputable al procesado GUERRA TULENA con apoyo en las razones aducidas por el ente instructor, como lo peticiona Fiscalía para luego proceder, si es del caso, a abocar el estudio de las causales que invoca.

La inimputabilidad en el sistema penal colombiano

Imputabilidad es la capacidad de valorar el comportamiento que se realiza y de ajustar la conducta conforme a derecho. En sentido contrario, inimputabilidad es la incapacidad de valorar la trascendencia antijurídica del comportamiento o del hecho que se realiza o de adecuarlo a la norma por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o condiciones similares.

De acuerdo con el artículo 9 del Código Penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. En el caso de los inimputables para que sus conductas sean sancionadas con medida de seguridad, además de su tipicidad y antijuridicidad, debe verificarse la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

“La calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto no puede, en razón de tales deficiencias, comprender la ilicitud de un actuar,

o de que pudiendo comprenderla no es capaz de comportarse diversamente; en efecto, un idiota no está en condiciones -dado su precario bagaje intelectual- de distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito; un sicópata impulsivo, en cambio, sabe bien que su inminente conducta es delictiva, que no debiera llevarla adelante, pero no puede impedirlo porque una fuerza interior de naturaleza patológica lo constriñe a actuar en esa dirección”¹³

El artículo 33 *ibidem* define al inimputable como la persona que al momento de cometer una conducta típica y antijurídica no tiene la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o condiciones similares.

Para comprobar esta condición, el Instituto Nacional de Medicina Legal, realiza sobre el acusado la “*evaluación psiquiátrico forense de capacidad de comprensión y autodeterminación*”¹⁴, en la cual se evalúan sus funciones mentales superiores para el momento de cometer el hecho punible, particularmente las cognitivas y volitivas, con el fin de establecer si estas se encontraban trastornadas. Así pues, el perito valora la presanidad del actor para ver si existía una afectación de su condición mental, si ella persistió o no durante el injusto penal, si sólo ocurrió durante el mismo o, si apareció después. Estas condiciones, al igual que la persistencia sintomática, generan específicas conclusiones forenses y de ellas, particulares determinaciones judiciales¹⁵.

¹³ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Imputabilidad. Editorial Temis S. A. Bogotá, Colombia. 4ª edición, 1989, pág. 42.

¹⁴ Instituto Nacional de Medicina Legal. “Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas Forenses sobre Capacidad de Comprensión y Autodeterminación”

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-107 de 2018.

Conforme con la *“Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas Forenses del Instituto de Medicina Legal”*, dicho examen evalúa la capacidad de *comprensión* y de *autodeterminación* del acusado, entendida la primera como, *“un proceso de las funciones mentales superiores que consiste en aislar, identificar y entender datos externos e integrarlos de forma coherente con la información de la cual la persona dispone, para aplicarlos con flexibilidad ante una situación determinada y tiene carácter emocional volitivo. La capacidad de comprensión en el marco de este tipo de pericia en psiquiatría forense se entiende como la facultad para entender, conocer y diferenciar si un comportamiento es lícito o ilícito”*; y, la segunda como, *“la autosuficiencia y autodirección individual, a la motivación, voluntariedad y capacidad de autorregulación, es la habilidad para desempeñar una conducta con libertad, autonomía, conocimiento y comprensión. Matizada por el afecto, incluye la volición y la conación, posibilidad de escoger, tomar decisiones y actuar”*¹⁶.

Una vez establecida la ausencia de capacidad de comprensión y/o de autodeterminación al momento de los hechos, se investiga su origen o fundamento psicopatológico, que dará lugar al diagnóstico clínico, estos analizados conjuntamente con toda la evidencia procesal y a la luz de los hechos, permiten llegar a diagnósticos forenses de inmadurez psicológica, trastorno mental o algún estado similar¹⁷.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal¹⁸ la inimputabilidad: (i) está vinculada a la categoría de la culpabilidad; (ii) está determinada por la incapacidad de comprender la ilicitud del injusto o de

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. *ibidem*.

¹⁸ Cfr. CSJ. SP3392-2020, radicado 54497 de 9 de septiembre de 2020.

determinarse conforme a esa comprensión, y (iii) puede sobrevenir por inmadurez psicológica, diversidad sociocultural o por una anomalía psíquica.

En nuestro ordenamiento normativo sólo pueden ser penados los comportamientos típicos y antijurídicos realizados con *culpabilidad*. Es decir, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión y, por ende, no puede ser castigado con una pena si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda punirse a quien ha realizado culpablemente un injusto¹⁹. Ello porque nuestro sistema penal basa la pena en los actos conscientes y libres del individuo, es decir, por la comisión de conductas conocidas y queridas por él mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción (Derecho penal de acto)²⁰.

Lo relevante para el caso, es recordar que la legislación nacional, conforme lo tiene admitido la Corte²¹, recoge una noción de la culpabilidad de raigambre normativista que implica un reproche o censura contra quien, pudiendo optar por lo jurídico-socialmente adecuado, lo contraviene.

Se actúa con *culpabilidad*, cuando la conducta, además de típica y antijurídica, es producto de la autodeterminación de

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-077-06.

²¹ P. ej.: CSJ SP. Rad. 50525 de 4 de diciembre de 2019.

quien la realiza, de su elección libre del injusto, y del consecuente rechazo de la conducta ajustada a derecho. No es culpable entonces a la luz de la normatividad interna la conducta del individuo que carece de capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho o que, aun entendiéndola, no es capaz de autodeterminarse conforme a ese entendimiento por las razones previstas en la norma (art. 33 Código Penal).

Por ello en nuestro sistema no es penada una conducta de esa naturaleza, justamente por no actualizarse la culpabilidad. Las conductas típicas y antijurídicas realizadas en situaciones motivacionales de anormalidad, por ejemplo, bajo insuperable coacción ajena o inducidas por miedo insuperable, quedan al margen de sanción penal.

En la actual configuración normativa la capacidad de culpabilidad está referida a la facultad de elegir y determinarse libremente y, en tal virtud, la existencia del albedrío humano, aunque no pueda constatarse, se erige en una presunción filosófica necesaria para sostener la legitimidad del sistema de derecho penal.

De ahí que la culpabilidad se asuma como la capacidad de motivarse a actuar de modo normativamente adecuado en los individuos que reúnen condiciones de normalidad motivacional, esto es, en quienes exhiben características de sanidad y madurez mental, por un lado, y de inserción en la cultura hegemónica, por otro.

Es decir, a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda ajustarse a los mandatos normativos. Es por lo anterior que no se exige demostrar la capacidad de culpabilidad, se presume. La carga probatoria recae en quien la niega²².

Ahora, para que pueda atribuirse a una persona un actuar culpable, es necesario como presupuesto que, al momento de la realización del hecho, tenga la condición de imputable, pues es un principio de derecho que el Estado no puede exigir de los individuos conductas, activas o pasivas, que escapen a sus propias posibilidades. Quien por sus condiciones personales no tiene la capacidad de actuar con culpabilidad, no puede ser sujeto de reproche alguno.

En nuestro sistema penal es inimputable quien al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tiene la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese entendimiento por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o condiciones personales similares.

El artículo 33 del Código Penal contempla dos supuestos normativos de inimputabilidad: (i) la incapacidad del agente de comprender la ilicitud de su comportamiento y, (ii) la imposibilidad de determinarse según esa comprensión²³.

²² Cfr. CSJ. SP3392-2020 *ibidem*.

²³ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Promociones y Publicaciones Universitarias. Tercera ed. Barcelona 1990. Pág. 596.

Son dos momentos distintos. En el primero, es imposible para el autor comprender su comportamiento y el desvalor que implica frente a la norma que lo prohíbe. En el segundo, en cambio, el individuo entiende lo que hace, pero no puede abstenerse de actuar u orientar su comportamiento conforme a ese entendimiento, por carecer de autorregulación. Lo que aquí falla, no es su capacidad intelectual sino la volitiva, la posibilidad de desempeñar una conducta con libertad o autonomía.

La inimputabilidad, además, puede derivarse de inmadurez psicológica o trastorno mental, este último, permanente o transitorio, y en el caso del transitorio, resultado de una patología subyacente o no.

Lo indicado hasta ahora lleva a concluir que el juicio de inimputabilidad no se predica en abstracto sino en concreto respecto de las condiciones personales del autor en el momento de la realización del injusto. Por ello, es posible que un individuo sea un inmaduro psicológico o trastornado mental y aún así deba responder penalmente como imputable de un delito, si esa condición no influyó en el comportamiento. Lo que realmente importa no es la presencia misma de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido con la conducta ejecutada²⁴, razonamiento

²⁴ Cfr. CSJ SP. Rad. 12565 de 8 de junio de 2000.

que también se ha sintetizado así: *“es inimputable el cleptómano que hurta, mas no lo será el que mata”*²⁵.

“(…) Por lo tanto, no todo trastorno mental –término que, además, fue tomado por el legislador del lenguaje común y no del científico psiquiátrico– resta culpabilidad al autor de la conducta. Se requiere que dicho trastorno tenga la entidad suficiente para afectar los procesos cognoscitivo y volitivo del individuo y que le impida determinarse libremente por falta de una adecuada apreciación del valor de sus actos. De manera que, como lo ha resaltado la doctrina alemana:

[l]a perturbación psíquica debe haber ejercido un influjo determinante sobre la capacidad de comprensión o de acción del autor. La incapacidad de comprender lo injusto del hecho (momento intelectual) se refiere a lo injusto material del hecho y... ha de constatarse en el caso concreto y en especial referencia al tipo penal correspondiente.

Incluso, como se reconoce por el autor citado y se desprende del mismo contenido normativo del artículo 33 del Código Penal colombiano, aun concurriendo la comprensión de lo injusto del hecho, puede admitirse la inimputabilidad del individuo cuando resultó incapaz de actuar con arreglo a ese entendimiento en razón de la perturbación psíquica (momento volitivo), en tanto puede suceder que pese a la clara conciencia del injusto, predominan los impulsos que conducen al hecho o pueden debilitarse los frenos inhibitorios...

(...)

*Así mismo, desde el plano jurídico es necesaria la existencia de un nexo normativo entre el trastorno mental y la conducta realizada y que, como se ha dicho, tal trastorno se presente exactamente al tiempo de ejecución del comportamiento lesivo, lo cual (debe) ser demostrado en el juicio. Por ello, se subraya, el trastorno mental no genera, por sí solo, la inimputabilidad, sino que se requiere de la existencia del efecto correspondiente”*²⁶.

El dictamen como medio de prueba para demostrar el estado de inimputabilidad

El artículo 344 de la Ley 906 de 2004, prevé que dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo

²⁵ CSJ SP, 20 febrero de 2019, rad. 49071.

²⁶ Cfr. CSJ. SP. Rad. 49047 de 23 de enero de 2019.

relacionado con el descubrimiento de la prueba. En el inciso segundo *-in fine-* de la misma norma se determina que cuando la defensa pretenda invocar la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales practicados al acusado.

Aunque la norma no hace alusión a la Fiscalía no implica que ésta, también garante de los derechos fundamentales, esté exenta de disponer de lo necesario a fin de determinar la condición de inimputabilidad del procesado cuando en el curso de la actuación vislumbre que se puede encontrar en situación de minusvalía psíquica relacionada con las facultades de comprensión y determinación en sus comportamientos al momento de la ejecución de la conducta punible²⁷.

En razón de la trascendencia de esta condición frente a las consecuencias de la comisión del delito, es un asunto que debe verificarse en el proceso mediante el correspondiente ejercicio dialéctico de contradicción probatoria y definirse por el juez en la sentencia luego de ser postulado en el juicio.

Así, la existencia de la condición mental que afecta al agente por inmadurez psicológica o trastorno mental se acredita, debate y controvierte, por tanto, según los estándares científicos aplicables y el juicio valorativo-normativo, sobre la incidencia que dicha condición haya tenido en la comisión del injusto, o lo que es igual, la constatación de que entre esa condición y el hecho investigado existió un vínculo que permite sostener que el autor en ese momento no entendía el injusto

²⁷ Cfr. CSJ. AP3862-2019. Radicado 54058 de 11 de septiembre de 2019.

del hecho, o bien, que no obstante comprenderlo, no podía ajustar su comportamiento a ese entendimiento.

En ese orden, la inimputabilidad es un asunto que debe acreditarse dentro del proceso una vez agotado el respectivo debate probatorio, su alegación habrá de presentarse en el juicio, preferentemente a través de prueba pericial, y su verificación en la sentencia estará sometida a los criterios de valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física del artículo 273 y de apreciación de la prueba pericial del artículo 420, ambos de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, el fallador debe apoyarse en la ponderación conjunta e integral de las pruebas practicadas y la consideración de las circunstancias fácticas y modales que hubieren rodeado la conducta.

Esto porque, como lo señaló la Corte, la declaración de inimputabilidad no es un concepto médico sino jurídico y que la sola manifestación del perito no es suficiente para fundar la determinación de inimputabilidad, pues, ésta es *“una categoría jurídica que le corresponde determinarla al juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos por las partes”*, con base en el principio de libertad probatoria y de apreciación racional de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica (Cfr. CSJ SP, 15 dic. 2000, rad. 13595; CSJ SP, 16 dic. 2009, rad. 10964; CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 39559 y CSJ SP, 10 dic. 2013, rad. 39565)²⁸.

²⁸ Cfr. CSJ. SP1417-2021, Rad. 51814 de 21 de abril de 2021.

En ese orden de ideas, debe evitarse el error –recurrente por demás–, de considerar que la prueba en que se sustenta la inimputabilidad es el dictamen pericial psiquiátrico. A pesar de ser este uno de los más importantes, en últimas es solo uno de los muchos medios probatorios útiles para tal efecto.

En ese sentido la Corte Constitucional, señaló:

“[e]l juez, para establecer la inimputabilidad del procesado, puede valerse de varios elementos materiales probatorios y no solo del informe pericial, principalmente, de la historia clínica del sujeto, documentos, entrevistas de amigos, familiares, compañeros, la víctima, etc. Así mismo, el perito (psiquiatra o psicólogo forense) a la hora de realizar el informe pericial y declarar en la audiencia de juicio oral, podrá considerar, además de la entrevista realizada al examinado, otras evidencias para emitir sus conclusiones, como la lectura del expediente, la realización de exámenes paraclínicos complementarios, la historia clínica, fotografías de la escena, antecedentes disciplinarios y penales, informes escolares o de rendimiento laboral, etc.”²⁹

De otro lado, la Corte³⁰ reiteradamente se ha referido a la reglamentación de la prueba pericial en la Ley 906 de 2004 y la forma cómo debe ser apreciada por los juzgadores.

“Sobre la regulación de la prueba pericial contenida en la Ley 906 de 2004, según la jurisprudencia de la Sala Penal, se ha resaltado la necesidad de que, para cumplir con los cometidos del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, en el trámite del interrogatorio cruzado, los expertos convocados por las partes expliquen suficientemente los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta[n] sus verificaciones o análisis; el grado de aceptación de los mismos; los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso; y, la aclaración sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.

²⁹ Corte Constitucional sentencia C-107 de 2018

³⁰ CSJ. SP070-2019, Rad. 49047 de 23 enero de 2019.

La finalidad que se persigue no es otra que frente a unas situaciones fácticas concretas para un apropiado juicio, se traduzcan las conclusiones de tal manera que se pueda identificar y comprender la regla que permite el entendimiento de unos hechos en particular; que se adquiriera conciencia sobre el nivel de generalidad de la misma y de su aceptación en la comunidad científica; que se entienda la relación entre los hechos del caso y los principios que se le ponen de presente; y que se pueda llegar a una conclusión razonable sobre el nivel de probabilidad de la misma³¹.

Por ello se han sentado unas pautas en torno a la base técnico-científica del dictamen pericial, que se resumen así:

“(i) la opinión puede estar soportada en «conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados»; (ii) el interrogatorio al perito debe orientarse a que este explique suficientemente la base «técnico-científica» de su opinión, lo que implica asumir las respectivas cargas, como cuando, a manera de ejemplo, se fundamenta en una «ley científica» –en sentido estricto–, en datos estadísticos, en conocimientos técnicos, etcétera; (iii) el experto debe explicar si «en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, probabilidad o certeza», lo que resulta determinante para establecer el peso que el dictamen puede tener en la decisión judicial, porque, a manera de ejemplo, no es lo mismo que se afirme que existe más del 99% de probabilidad de que un hecho haya ocurrido, a que se concluya que es «más probable que menos probable» –preponderancia– que un determinado fenómeno haya tenido ocurrencia; (iv) cuando se pretende la admisión de «publicaciones científicas o de prueba novel», se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004; (v) lo anterior, bajo el entendido de que el Juez no está llamado a aceptar de forma irreflexiva el dictamen pericial, sino a valorarlo en su justa dimensión, lo que supone el cabal entendimiento de las explicaciones dadas por el experto; y (vi) en buena medida, la claridad sobre la base científica del dictamen pericial, y de los demás aspectos que lo conforman, depende de la actividad de las partes durante el interrogatorio cruzado, lo que es propio de un sistema de corte adversativo, del que es expresión la

³¹ Cfr. CSJ. SP1557–2018. Rad. 47423 de 9 de mayo de 2018.

*regulación del interrogatorio al experto, prevista en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004.*³²

Al mismo tiempo, se ha subrayado la forzosa relación que debe existir entre el dictamen pericial y su base fáctica, puesto que, aunque es posible que el perito comparezca al juicio oral con el único propósito de ilustrar sobre determinadas reglas técnico-científicas, para que, a partir de las mismas el juez efectúe la apreciación de los hechos, lo que ordinariamente sucede es que emita su resolución frente a un aspecto fáctico concreto.

En estas hipótesis, la base fáctica del dictamen está constituida por los hechos o datos sobre los que el experto emite la opinión, ya sea porque el perito los percibe directamente, caso en el cual se convierte en testigo de los mismos, o porque tales hechos son demostrados en el juicio oral a través de otros medios de prueba. Huelga decirlo que, cuando el perito en el estudio realizado observa síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia de algún diagnóstico en particular, será testigo directo de esos síntomas³³.

Se ha precisado que, en dichos eventos la parte contra la que se aduce el dictamen tendría la oportunidad de ejercer el contradictorio frente a las pruebas destinadas para demostrar la base fáctica del dictamen: “Si el perito percibió directamente esos hechos o datos, podrá ser contrainterrogado sobre el particular, sin perjuicio de la utilización de otras herramientas jurídicas para impugnar su credibilidad. Si los aspectos

³² CSJ. SP2709–2018, rad. 50637 de 11 de julio de 2018.

³³ *Ibidem*.

factuales sobre los que se emite la opinión son demostrados con otras pruebas (testimonios, documentos, etcétera), las mismas deben practicarse con apego al debido proceso”³⁴.

También puede suceder que la base fáctica del dictamen no coincida con los hechos que son tema de prueba y que el perito se valga de información obtenida fuera del juicio para emitir sus conclusiones, caso en el cual el derecho de contradicción y confrontación se satisfacen con el descubrimiento oportuno de tales medios de conocimiento, de modo que puedan ser empleados en el ejercicio del contrainterrogatorio por la contraparte. Es lo que puede suceder con los dictámenes periciales de psicología y psiquiatría. Así se expresó en la decisión que viene siendo citada:

*“Finalmente, es posible que la base fáctica del dictamen no coincida con los hechos que integran el tema de prueba, como puede suceder, por ejemplo, con ciertas evaluaciones psicológicas orientadas a demostrar el estado mental de una persona, para lo que se utilizan historias clínicas, se practican entrevistas, etcétera. Como en estos eventos lo relevante desde el punto de vista probatorio es la opinión del experto, no es necesario incorporar como prueba las historias clínicas y la otra información destinada a esos fines. Sin embargo, **esos datos deben ser descubiertos oportunamente**, para que la contraparte tenga la ocasión de utilizarlos en el contrainterrogatorio y, en general, para impugnar la credibilidad del perito, la solidez del dictamen, etcétera.”*³⁵

En cualquiera de los casos, el experto tiene la obligación de precisar los aspectos relevantes de la base fáctica y explicar su fundamentación técnico-científica suficientemente decantada y la relación existente entre ellos, lo que le impone,

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

por virtud del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, determinar si en sus exámenes o verificaciones empleó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza, para de esa manera definir por qué el caso objeto de opinión encaja en las reglas técnico-científicas que ha explicado³⁶.

Evaluación de la prueba pericial de psiquiatría

Respecto de la forma cómo debe ser apreciada la prueba pericial, ha manifestado la Corte³⁷ que el artículo 420 de la Ley 906 de 2004 sienta las pautas que el juzgador ha de considerar: *“la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”*.

Así mismo, ha puntualizado que la prueba pericial debe ser valorada en su conjunto, como todos los demás medios de prueba, esto es, de manera racional, conforme a los parámetros de la sana crítica, y ponderarla con rigor crítico.

“Y como ocurre con todos los medios probatorios la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.”

“[...] los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable

³⁶ CSJ SP-1786-2018 de 23 mayo de 2018, rad. 42631.

³⁷ CSJ. SP070-2019, *ibidem*.

*una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito*³⁸.

Con ello se destaca la relevancia que adquieren las justificaciones ofrecidas por el experto en relación con la opinión pericial, en tanto, es a través de ellas que el juez puede valorar de manera adecuada el dictamen presentado, “todo bajo el entendido de que no deben aceptar como una verdad apodíctica las conclusiones por el simple hecho de provenir de un experto, porque, a manera de ejemplo, es posible que el dictamen haya sido emitido por el profesional más calificado, pero: (i) la técnica utilizada solo sirva de orientación, o permita establecer en un nivel medio de probabilidad que un determinado hecho pudo haber ocurrido (Art. 417); (ii) las características del caso objeto de decisión judicial sean sustancialmente diferentes a las de la muestra utilizada para los experimentos o estudios a los que alude el perito, etcétera”³⁹.

La Corte ha precisado que en esencia el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito, sino el procedimiento que sustenta sus afirmaciones⁴⁰.

En suma, y para concluir, debe señalarse que la declaración judicial de inimputabilidad no está subordinada exclusivamente a la comprobación científica del padecimiento psicológico o psiquiátrico del agente, sino que depende también

³⁸ CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 31795.

³⁹ CSJ SP-2709-2018, 11 jul. 2018, rad. 50637.

⁴⁰ Cfr. CSJ. SP070-2019, *ibidem*.

de un juicio valorativo para establecer: (i) si aquella condición existió al tiempo de la comisión del hecho típico y, (ii) si afectó realmente la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse según tal comprensión.

Las consideraciones expuestas guiarán la solución del caso concreto que ocupa la atención de la Sala que, contrario a lo planteado por el Ministerio Público, deberá resolverse en el orden propuesto por la Fiscalía, pues las causales aducidas están presupuestadas sobre el reconocimiento de la condición de inimputabilidad del procesado para el momento de la comisión de los hechos.

Análisis del dictamen pericial y su valoración en el caso concreto

Luego del correspondiente análisis de la evidencia médica y clínica pertinentes, el equipo de especialistas en psiquiatría del Instituto de Medicina Legal adscrito a la Fiscalía General de la Nación concluyó, para los fines concernientes, que actualmente el imputado JULIO CÉSAR GUERRA TULENA padece de una demencia frontotemporal en su variante afasia primaria progresiva conforme a la clasificaciones internacionales vigentes.

En relación con sus condiciones de salud mental para el momento de los hechos estableció que tuvo compromiso de sus capacidades de comprensión y autodeterminación originado en un síndrome demencial que en términos forenses se traduce

en un trastorno mental permanente. Es decir, el imputado para ese momento no gozaba de su capacidad cognitiva plena *“para prever y actuar conforme a la comprensión de efectos jurídicos potencialmente perjudiciales para sí mismo derivado de sus decisiones”* debido al diagnóstico de demencia frontotemporal indicado.

Agregó a sus conclusiones que por la gravedad del deterioro de su funcionamiento global el imputado requirió de la ayuda, supervisión o de la influencia de terceros para la realización de las conductas que motivaron este proceso.

Si bien, como se ha expresado jurisprudencialmente, el medio probatorio principal para determinar si al momento de ejecutar la conducta el individuo no tenía la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión es el dictamen pericial psiquiátrico, ello no obsta para que, con base en el principio de libertad probatoria, se acuda a otros elementos de prueba o evidencias para determinar razonablemente dicha condición en el procesado.

El hecho del reconocimiento de la importancia del dictamen pericial no implica que con ello se esté estableciendo una especie de tarifa legal para fines de verificar la inimputabilidad del procesado, ya que por regirse nuestro sistema penal en materia probatoria por la sana crítica, es al juez en últimas a quien corresponde valorar en su integridad las diferentes evidencias del proceso y, en consecuencia, es él quien debe concluir si es viable o no reconocer un determinado estado psiquiátrico y, por tanto, la condición de inimputabilidad, más cuando se sabe que ésta es un concepto

jurídico y no médico, por modo que el solo estudio del perito no es suficiente para determinar dicho estado, pues, se reitera, es una categoría jurídica que corresponde determinarla al juez apoyado en el principio de libertad probatoria y de apreciación racional de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y no al perito psiquiatra.

Aunque las conclusiones del equipo médico profesional del Instituto de Medicina Legal apuntan a reconocer que para el momento de los hechos el acusado tuvo comprometidas sus capacidades de comprensión y autodeterminación por un trastorno mental permanente y por ello no contó con plenitud de ellas *“para prever y actuar conforme a la comprensión de efectos jurídicos potencialmente perjudiciales para sí mismo derivado de sus decisiones”*, una revisión y ponderación crítica de otros medios probatorios que obran en la actuación ponen en duda, por ahora, la condición de inimputabilidad del procesado para el momento de los hechos.

En respaldo de esta conclusión cobra principal importancia, en primer lugar, la evaluación neuropsicológica⁴¹ realizada a instancia del especialista tratante, por la profesional en el área, Eugenia Solano Gutiérrez, al procesado GUERRA TULENA, el 4 de marzo de 2011, es decir, un año antes de la fecha de los hechos, que concluyó, luego de una serie de pruebas de tamizaje de todos los dominios cognitivos, que solamente presentaba para ese momento compromisos en los procesos de lenguaje y “algunos” procesos de control ejecutivo en especial en memoria de trabajo de tipo verbal y en

⁴¹ Cfr. Cuaderno de la Fiscalía núm. 1 a folios 97 y ss.

inhibición de estímulos irrelevantes, en tanto “todos” los demás dominios estaban preservados.

Destacó la profesional que puso énfasis en la exploración de los procesos de memoria “los cuales lucen preservados” pues logró evocar sus datos personales sin dificultad, precisó eventos socioculturales relevantes recientes y remotos “con lujo de detalles” y logró un desempeño esperado en la prueba de California.

De la explicación de estos resultados, ofrecida por la neuropsicóloga en su entrevista⁴², infiere ella misma que al momento de la práctica de las pruebas no presentaba dificultad de comprensión de lo que percibía a nivel del lenguaje, es decir estaba consciente y comprendiendo⁴³ y no había deterioro cognitivo. Incluso, agregó que, para ese momento, de acuerdo con los resultados de las pruebas se encontraba en capacidad de tomar decisiones pues no había deterioro en su función cognoscitiva, solamente un cambio “leve” en su función verbal⁴⁴, “*y con eso, aunque las palabras se olviden yo estoy en mis cinco sentidos*”⁴⁵, es decir, su comprensión no presentaba alteración y, por lo tanto, concluyó que para el momento de la prueba estaba en condiciones de tomar decisiones.

Su conclusión, agregó, se encuentra comprobada con los resultados “*porque además es una prueba muy sensible que, incluso mide diferentes actividades sin comprensión. Comprensión no es «que yo*

⁴² Cfr. CD. C. Fiscalía núm. 1 a folios 199 y ss. rendida el 22 de marzo de 2018.

⁴³ Cfr. CD. Primera parte a 42:15.

⁴⁴ Cfr. CD. Primera parte a 46:01.

⁴⁵ Cfr. CD *ibidem* a 46:55.

*esté aquí y ¿usted me entendió?» No. Comprensión tiene que ver con procesos lógico-gramaticales muy complejos y en él estaba absolutamente todo preservado*⁴⁶. (Subraya la Sala)

En suma, en opinión de la profesional en neuropsicología de la Unidad de Servicios Neurológicos de la Clínica de Marly⁴⁷, para el mes de marzo de 2011, el procesado no tenía alteración cognitiva y frente a una posible recomendación en cuanto al ejercicio de sus actividades o de un eventual cargo público afirmó: “ninguna” de acuerdo con los datos recogidos⁴⁸.

Además, la declaración rendida el 22 de marzo de 2018 mediante entrevista, por el doctor Rodrigo Pardo Turriago, neurólogo clínico tratante del imputado desde inicios de su enfermedad, permite concluir que incluso un año después de los hechos motivo de esta investigación, a pesar de algunas leves deficiencias en el lenguaje, el imputado aún conservaba muchos de sus dominios intelectuales, lo que, a su vez, impide asumir con certidumbre que para el momento de los hechos reunía las condiciones necesarias para ser considerado inimputable en los términos y alcance del artículo 33 del Código Penal.

En ese sentido la declaración del médico especialista tratante al que se hace alusión es clara en señalar que el procesado lo consultó formalmente por primera vez el 4 de abril de 2013, es decir, aproximadamente más de un año después

⁴⁶ Cfr. *ibidem* a 49:05.

⁴⁷ Cfr. Evaluación neuropsicológica de 4 de marzo de 2011 a folios 97 y ss. c. 1 Fiscalía.

⁴⁸ Cfr. *ibidem* segunda parte (0019) a 19:05.

de los hechos, –que datan del 8 de marzo de 2012– y en esa primera entrevista, de acuerdo con su versión⁴⁹, encontró:

“(...) un hombre que está despierto, muy alerta, muy atento, que entiende las preguntas que muestra preocupación real porque tiene pérdida de memoria de la cual él tiene conciencia y que intenta trivializar un poco diciendo que muchas otras cosas importantes no olvida, sino que olvida cosas bastante poco relevantes como por ejemplo la fecha en la que hizo alguna actividad o las personas que encontraba el día anterior. También hay que decir que para esta primera entrevista formal que tiene conmigo él tiene un muy alto grado de ansiedad, lo cual es habitual en un paciente que todavía conserva conciencia de enfermedad frente a la alternativa de que su médico le diga que «sus competencias están claramente amenazadas» máxime si es un médico, máxime si conoce este tema y máxime si ha estado expuesto a esto cercanamente y profundamente. Así que esta primera entrevista muestra un enfermo adulto mayor pálido, delgado, muy bien comportado, un tanto ansioso por los resultados de la entrevista y acusando de manera clara quejas de memoria, pérdida de la orientación en el tiempo, pero «conservación de muchos de los dominios intelectuales para el momento de la primera entrevista». Es por eso que la primera evaluación formal que el doctor JULIO CÉSAR GUERRA TULENA tiene, si bien identifica cambios en la memoria no identifica un fenómeno demencial completo porque un fenómeno demencial supone, dependiendo de la tipología de la cual se trate, una alteración en varios dominios intelectuales. La memoria por supuesto tipifica todas las enfermedades de Alzheimer y sus variantes mientras que las alteraciones del lenguaje del comportamiento tipifican todas las degeneraciones lobares frontotemporales y sus variantes (...)”

De lo anterior colige la Sala que, si un año después de la celebración del contrato materia del cuestionamiento el procesado no obstante presentar algunos signos clínicos de la enfermedad, aún conservaba “muchos de los dominios intelectuales”, tenía “conciencia” de su condición de su salud, y “mostraba preocupación” ante la información de que sus competencias se encontraban claramente “amenazadas” (no afectadas), al momento de los hechos (marzo de 2012) debió tener una

⁴⁹ Cfr. CD Entrevista ante la Fiscalía del doctor Rodrigo Pardo Turriago, médico neurólogo, de 22 de marzo de 2018 segunda parte (0019) a partir de 1:30

lucidez aún mayor que le permitía no solo comprender lo que hacía sino determinarse conforme con esa comprensión, o lo que es lo mismo, aún preservaba sus dominios intelectuales y, por tanto, salvo algunas deficiencias en el lenguaje, estaba en condiciones de claridad mental normales que le possibilitaban ejercer cabalmente las competencias del cargo que ejercía.

Lo anterior para significar, contrario a lo concluido en el dictamen pericial de psiquiatría que, al momento del trámite y de la celebración del contrato cuestionado gozaba de mayores capacidades cognitivas y volitivas que las exhibidas ante su médico tratante un año después, cuando, como lo refiere éste, “aún conservaba muchos de los dominios intelectuales”, por lo que difícilmente puede asumirse que para época del contrato cuestionado y de su suscripción, no estaba en capacidad de entender lo que hacía o de autodeterminarse conforme a esa comprensión, es decir, era inimputable.

Aún más, sobre lo dicho vale la pena recalcar cómo de la descripción de este primer encuentro entre el especialista tratante y el procesado puede deducirse que para esa fecha aún preservaba su lucidez y, por tanto, tenía plena conciencia y autodeterminación.

Según el neurólogo tratante la consulta por primera vez con GUERRA TULENA para el mes de abril de 2013⁵⁰:

“(...) muestra un hombre que entiende todavía la conversación, que todavía es capaz de conversar, que está muy ansioso y que claramente no

⁵⁰ Esta consulta tuvo lugar un año después de los hechos.

recuerda algunos hechos recientes, lo que se llama «amnesia episódica para hechos recientes». El hilo de su pensamiento para la primera entrevista es aparentemente adecuado al menos en la entrevista y hay que decir que este señor tenía alteraciones en el sueño. Las alteraciones en el sueño son parte integral de las demencias. Diferente en cada una de ellas, pero son parte integral de las demencias y tenía cierto grado de ansiedad. La ansiedad es patognomónica de algunas demencias, pero también es la respuesta habitual de un enfermo que se está dando cuenta que se está demenciando (sic) y que conoce qué es lo que le va a ocurrir. Esto por supuesto genera una respuesta de ansiedad. En esta primera entrevista él recibe como información de mi parte estas dos marcas: 1. Está muy ansioso. Él pretexto esto porque está estresado por su trabajo. 2. Está olvidando y en consecuencia se sugiere (...) que él debe descansar, que él debe recuperar su sueño, que él debe volver a su tranquilidad y que, en consecuencia, probablemente el ejercicio de un cargo como el que ostenta para esa fecha, 2013, es algo que quizás no va a facilitar su bienestar, sino que va a incrementar sus síntomas (...)⁵¹”

En este aparte de la entrevista del especialista vale la pena poner énfasis en cómo para la fecha de abril de 2013 (un año después de los hechos) se describe a una persona que, aunque ansiosa, entiende la conversación, es capaz de conversar y con un «hilo de pensamiento aparentemente adecuado».

Es al mismo tiempo relevante aquí observar que en referencia al cargo de Gobernador que ocupaba para ese momento el paciente, el médico le expone que es algo que interfiere con su bienestar y puede incrementar sus síntomas, pero en manera alguna insinúa o sugiere que no tenga las condiciones para desempeñarlo.

⁵¹ Cfr. CD *ibidem* a partir 7:13.

Más adelante señaló que esa primera evaluación con él, ocurrida en 2013, pasado un año de los hechos, no exigía sino prestar atención y hacer seguimiento a los defectos y realizar actividad intelectual⁵². Es una persona que está todavía competente «con juicio preservado» que entiende la información, que recibe unas instrucciones⁵³.

En ese orden de ideas, pese a que el dictamen pericial practicado por el equipo médico del Instituto de Medicina Legal concluyó que el procesado no tuvo “plenas capacidades cognitivas para prever y actuar conforme a la comprensión de efectos jurídicos”, lo cierto es que la información derivada de los resultados de las pruebas neuropsicológicas del mes de marzo de 2011 previas a los hechos y de la información ofrecida por el neurólogo tratante de la consulta practicada un año después de los mismos, no generan a la Sala certidumbre acerca de la inimputabilidad del procesado GUERRA TULENA para la fecha del trámite y suscripción del contrato cuestionado, por lo tanto, en tales condiciones no es posible asumir que para la época del trámite y suscripción del contrato en cuestión no estaba en condiciones de comprender lo que hacía o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, para reconocer su condición de inimputable, como lo demanda la Fiscalía.

Pero aún más, su esposa María Victoria Soto García al ser interrogada sobre desde cuándo el procesado padece de afectación de su condición de salud mental, señaló que lo pudo

⁵² CD. *Ibidem* parte 2 (0019) a 23:34.

⁵³ CD. *Ibidem* a 23:45.

percibir desde aproximadamente seis meses antes de expirar su período como Gobernador: *“pero eran (sic) un poco una dificultad de expresarse. Él tenía sus capacidades y todo, pero la primera dificultad fue en el habla que empezaba a enredarse un poco”*⁵⁴.

De este modo puede concluirse que el imputado GUERRA TULENA a lo largo de casi todo su periodo como mandatario departamental preservó sus facultades mentales y solamente, en el último semestre, antes de que expirara, es decir, aproximadamente en el segundo semestre de 2015, comenzaron a declinar manifestando en principio algunas dificultades en el lenguaje.

*“(...) mientras él estuvo ejerciendo pues él ... yo lo vi con un manejo pues (...) hasta donde podía yo mirar en sus actuaciones porque él a todo asistía y era pues consciente de sus actuaciones, pero seis meses como te digo yo, antes de salir, ya vi que empezó, o sea a ya tener estas dificultades del lenguaje que ya empezaba como a trabarse pero mientras tanto él se leía sus discursos y pues estaba atento a todas las reuniones donde él asistía, saliendo él, sí yo vi que el desarrollo de esto fue muy rápido”*⁵⁵

Todas estas declaraciones tornan cuestionable la conclusión del dictamen pericial de psiquiatría forense invocado por la Fiscalía y la versión de Luis Eduardo Quintero Pérez, como evidencias de acreditación de la alegada condición de inimputabilidad del procesado GUERRA TULENA.

No puede perderse de vista el mayor valor probatorio que tienen en este caso los resultados de la evaluación neuropsicológica practicada por la profesional Eugenia Solano

⁵⁴ CD. Entrevista a María Victoria Soto García a folio 49 c. Fiscalía a partir del minuto 14:30.

⁵⁵ Cfr. CD. *Ibidem* a partir del minuto 30:01.

y su explicación de los mismos, además de la información del estado de salud mental de GUERRA TULENA ofrecida por su neurólogo tratante y de la mujer con quien comparte su vida, que, como viene de verse, contradicen las opiniones de los peritos del Instituto de Medicina Legal en cuanto, por lo menos, al grado de afectación mental del imputado para el momento de los hechos.

No quiere significar lo anterior que la Sala pretenda desconocer la complejidad de la patología de GUERRA TULENA y de su desarrollo progresivo, pero lo cierto es que, como lo sostuvo el especialista médico tratante, en estos casos no es posible hablar de un punto cero de la enfermedad, y que, por tanto, para el momento de los hechos, con las evidencias encontradas y su análisis respectivo, incluidos los resultados de la prueba neuropsicológica, no se cuenta por ahora con la certidumbre necesaria para afirmar que para la fecha del trámite y suscripción del contrato el procesado no era capaz de comprender los hechos o de autodeterminarse con esa comprensión.

Por el contrario, esas mismas evidencias hasta ahora son indicativas de que para el 8 de marzo de 2012, si bien ya existían signos clínicos de la enfermedad, relacionados más con deficiencia en el lenguaje como aspecto característico de su enfermedad, aún no había perdido su capacidad de discernimiento, ni sus dominios cognitivos estaban afectados hasta el punto de la pérdida de su capacidad de comprensión y de autodeterminación.

Esta conclusión impide asumir, como lo hace la Fiscalía basada en el dictamen pericial de psiquiatría, que GUERRA TULENA no estaba en condiciones de planear ni ejecutar acciones por sí mismo, y que dicha circunstancia fue aprovechada por los verdaderos "*autores mediatos*", allegados e incluso familiares, para instrumentalizarlo y cometer los delitos que le atribuyen al ex-Gobernador, sin que éste hubiera tenido capacidad de discernimiento, lo que al mismo tiempo le impedía evitar el delito.

Menos cuando, aparte de las afirmaciones del representante de la Fiscalía, no aportó evidencia alguna sobre la existencia de los presuntos "*autores mediatos*" a los que insistentemente aludió, ni sobre la forma o circunstancias de cómo intervinieron, qué papel desempeñaron, quiénes fueron, en fin, evidencias serias que soporten su tesis.

Como corolario la Sala estima que hasta este momento procesal no se encuentra debidamente probada la condición de inimputable del procesado JULIO CÉSAR GUERRA TULENA para la fecha de los hechos que ameriten su reconocimiento en los términos del artículo 33 que reclama la Fiscalía.

En relación con las causales de preclusión invocadas por la Fiscalía

Causal principal. Art. 332-5 L. 906 de 2004. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado

En sustento de su petición preclusiva, la Fiscalía adujo como causal principal la prevista en el numeral 5 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 referente a la *“ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado”* cuya existencia infiere del hecho de que el procesado, dada la deficiencia mental que predica no desplegó *acción*, entendida ésta en sentido técnico jurídico, que demostrara algún querer (nexo psíquico) respecto del contrato cuestionado *“entonces, por lógica consecuencia, no intervino en los delitos investigados”*.

Sobre el particular ya expuso la Sala las razones que la motivan a considerar la imposibilidad de reconocer por ahora, que para el momento de la comisión de las conductas, JULIO CÉSAR GUERRA TULENA no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, o lo que es lo mismo: su inimputabilidad.

Esta conclusión bastaría para tener por no probada la causal principal y proceder a su rechazo, pues, como puede advertirse, no solo ésta sino toda la disertación de la Fiscalía se funda en la presunta condición de inimputabilidad del procesado para la época de los hechos, que la Sala por las razones ampliamente explicadas, no puede prohijar.

No obstante, en aras de la discusión ha de decirse que esta causal postulada por la Fiscalía se funda en un concepto jurídico penal limitado de *acción*, que excluye del sistema penal, entre otras, la lesión de bienes jurídicos acaecida, por ejemplo, por obra de los animales, hechos de la naturaleza y en general todas las alteraciones del mundo exterior que

escapan del control y orientación del psiquismo de la persona, es decir, todo lo que no es acción relevante desde el punto de vista penal.

Empero, nuestro sistema penal es de carácter *subjetivo* o *culpabilista* y desde esa concepción entiende la conducta humana penalmente relevante como una acción típica, antijurídica y culpable.

A partir del reconocimiento del carácter *subjetivo* o *culpabilista* se reconoce también entonces la categoría de dos clases de sujetos que pueden incursionar en su ámbito por la realización de conductas relevantes penalmente: *imputables* e *inimputables*. Ambos con capacidad de cometer delitos.

En este sentido la Corte Constitucional⁵⁶ ha sostenido:

“Como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto

⁵⁶ Corte Constitucional C-370 de 2002.

punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”.

Lo anterior tiene trascendencia en cuanto proscribe del sistema penal el concepto de *responsabilidad objetiva* y por ello hace necesaria la distinción entre imputables e inimputables, de ahí que el juicio de culpabilidad, fundamento de la responsabilidad penal, constituye la base de la declaratoria de ésta. En suma, en nuestro derecho penal para que pueda formularse juicio de culpabilidad en contra del autor de una conducta penalmente relevante, debe tener la condición de imputable al momento de realizar una conducta típica y antijurídica. Es decir, en los términos del artículo 33 del Código Penal: tener la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Las circunstancias de inimputabilidad reconocidas en nuestro sistema son: la inmadurez sicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural o condiciones similares y dan lugar a la imposición de medida de seguridad, salvo cuando se comete la conducta por razones de diversidad sociocultural, en cuyo caso, la persona debe absolverse y no ser declarada inimputable⁵⁷.

⁵⁷ La expresión “diversidad sociocultural” fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2002 bajo el entendido de que no se trata de una

“Es pues claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

“La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no sólo son típicos y antijurídicos, sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente”⁵⁸.

Bajo la existencia de estos dos conceptos de *imputables* e *inimputables* subyacen claras diferencias entre el punible cometido por unos y por otros. Mientras que la responsabilidad penal de los primeros surge por la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable que trae como consecuencia una pena por haber actuado libremente con conciencia de ilicitud, para los segundos por la realización de un comportamiento típico y antijurídico y su consecuencia es una medida de

incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y que en los casos de error de prohibición invencible originados en esa circunstancia la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable.

⁵⁸ Corte Constitucional *ibidem*.

seguridad debido a que al momento del hecho no era consciente de su ilicitud o teniendo conciencia no pudo determinarse de acuerdo con ésta.

Precisamente una de las críticas a la distinción adoptada por nuestra legislación penal entre *imputables* e *inimputables* es haber sometido a estos al sistema penal, cuando por razones de política criminal han debido quedar por fuera de su ámbito. No obstante, nuestra normatividad ha preferido mantenerlos bajo el esquema de responsabilidad del derecho penal.

Lo anterior para significar, a guisa de discusión y para este caso, que aún ante la hipótesis de la aceptación de la condición de inimputable del procesado GUERRA TULENA, la consecuencia en nuestro sistema penal no sería el reconocimiento de la causal 5 del artículo 332 de preclusión, por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, como lo pretende la Fiscalía, sino la imposición de una medida de seguridad, previa demostración en grado de certeza de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta imputada.

Es precisamente la solución adecuada que se acompasa a la naturaleza *culpabilista* de nuestro sistema penal. Una decisión en este sentido alteraría la esencia de dicha naturaleza adoptada por nuestra legislación, que somete a los inimputables al sistema penal, pues como los imputables, aquellos también son penalmente responsables por cuanto ambos se hallan sujetos a las consecuencias del delito

mediante la imposición ya sea de una pena o de una medida de seguridad, según el caso.

En suma, la Sala considera que desde esta perspectiva tampoco procede la causal principal de preclusión invocada por la Fiscalía, pues la misma se configura cuando, conforme a la evidencia física o elementos probatorios aportados al expediente, se obtiene certeza sobre la total ausencia de compromiso del indiciado en el hecho materia de investigación, porque no lo cometió o porque no tuvo participación en ninguna de sus formas en la conducta punible, vale decir, es totalmente ajeno a ella.

Refiriéndose a las circunstancias que configuran esta causal de preclusión, la Sala de Casación Penal⁵⁹, ha sostenido:

“Esta causal se configura cuando, conforme a la evidencia física o elementos probatorios aportados al expediente, se obtiene certeza sobre la total ausencia de compromiso del indiciado en el hecho materia de investigación porque no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, determinador o cómplice en la conducta punible, vale decir, es totalmente ajeno a ella”.

En otros términos: en la causal 5 de preclusión fundada en la ausencia de intervención en el hecho investigado, alguien ha cometido un delito, pero el imputado no tuvo parte en el mismo, es decir, no hay acción u omisión que le sea atribuible⁶⁰.

De ahí que en este caso, no sea posible asegurar con certidumbre la presencia de alguna de las anteriores hipótesis,

⁵⁹ Cfr. CSJ. Rad. 37185 SP de 22 feb. 2012.

⁶⁰ Cfr. CSJ. AP210-2019, rad. 48271 de 23 de enero de 2019.

pues por lo que hasta ahora se conoce, posiblemente sí intervino en el proceso contractual e incluso suscribió el contrato al parecer conscientemente, lo que significa que desde la dogmática culpabilista que prohija nuestro sistema penal, la acción como expresión de acto humano con relevancia penal se encontraría plenamente probada y, en consecuencia, el aspecto relacionado con su inimputabilidad, aún no acreditado, deberá ser discutido en el juicio y resuelto en el fallo en sede de la culpabilidad, para los fines de la imposición de una pena o de una medida de seguridad.

Bajo estas consideraciones la Sala negará la preclusión de la instrucción por esta causal.

Causal subsidiaria primera. Art. 332-2 L. 906 de 2004.
Existencia de una causal que excluye la responsabilidad, de acuerdo con el art. 32-10 del Código Penal. Error de tipo

De acuerdo con el artículo 32-10 del Código Penal, uno de los motivos que excluye la responsabilidad del agente lo constituye el haber obrado con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica, circunstancia que de probarse a su vez se erige en causal de preclusión conforme al 332-2 de la Ley 906 de 2004.

La Fiscalía explica la existencia de esta causal por el hecho de que los “autores mediatos” aprovecharon la condición de inimputabilidad de GUERRA TULENA, y crearon en él la percepción de que todo el trámite de la contratación de la

adquisición de los libros estaba conforme a las normas de contratación que regulaban el asunto y lo mantuvieron en error –invencible–, sobre las circunstancias de hecho constitutivas de los elementos estructurales de los tipos penales enrostrados.

En suma, por la fuerza del error inducido y por la condición de deficiencia cognitiva (*inimputabilidad*), el imputado no supo que estaba contratando sin requisitos legales y con sobrecostos, pues terceros que obraron como autores mediatos lo indujeron a creer que todo estaba conforme a la ley.

A su argumentación adicionó la Fiscalía la tesis de la viabilidad de reconocer causales de ausencia de responsabilidad a los inimputables cuando se prueba que obraron al amparo de alguno de los motivos previstos como tal en la ley.

Es lo que en su sentir ocurre en el caso de GUERRA TULENA, quien por no tener cognición ni autodeterminación debido a su grave déficit mental fue instrumentalizado por terceros que lo hicieron incurrir en sucesivos errores al hacerle creer que todo estaba ajustado a la ley.

Lo primero, es señalar que la Sala advierte incoherencia en la argumentación de la Fiscalía, puesto que, si su postulación se basa en que el autor es inimputable, es decir, que no comprendía lo que hacía, no es posible, lógico, científica y jurídicamente inducirlo a un error. Si no entiende lo que hace

no tiene capacidad de discernir ¿cómo lo iban a llevar a equivocarse? Tampoco es coherente la instrumentalización con el error de tipo, porque el instrumento actúa sin conocimiento ni voluntad, y en el error existe conocimiento y voluntad pero errada.

De otra parte no puede perderse de vista que en nuestro sistema penal rige el derecho penal de acto de raigambre constitucional⁶¹, basado en una conducta compuesta por conocimiento y voluntad, de suerte que su análisis y verificación se debe realizar en la tipicidad, pues si no hay conducta el derecho penal no se ocupa de ello y, en este caso, no obstante las reiteradas alusiones de la Fiscalía a “los hombres de atrás”, no está demostrado que al imputado otra persona le hubiese guiado la mano para que plasmara su firma en el contrato sin conocimiento y voluntad. Con menos razón cuando lo que en principio indican algunos medios probatorios es que para la fecha de los hechos preservaba aún sus dominios intelectuales, es decir, conocía y sabía realizar conductas.

Sobre el derecho penal de acto la Corte Constitucional ha expresado:

“(...) el principio de culpabilidad, derivado de artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento tiene las siguientes consecuencias:

⁶¹ Cfr. Constitución Política art. 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al **acto** que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)” (Énfasis agregado).

(i) El Derecho penal de acto, por el cual «sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente»⁶².

Sobre este principio la Corte Constitucional ha señalado:

“La Constitución colombiana consagra el Derecho Penal de acto, en cuanto erige un Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus pilares el respeto de la dignidad humana (Art. 1º), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (Art. 13) y que toda persona es libre (Art. 28) y preceptúa específicamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detenido sino por motivo previamente definido en la ley (Art. 28) y que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al «acto que se le imputa», como también que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente «culpable» (Art. 29)”⁶³.

“En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y, fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos y encuentra fundamento en varios preceptos de la Constitución colombiana, entre ellos el Art. 29. Por sus fundamentos filosóficos y políticos, la responsabilidad derivada de esta última concepción del Derecho Penal es necesariamente subjetiva, es decir, exige la existencia de la culpabilidad, en alguna de las modalidades previstas en la ley, en la comisión de la conducta”⁶⁴.

(ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún

⁶² Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997. En igual sentido: Sentencia C-179 de 1997, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-228 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶³ Sentencia de la Corte Constitucional C-077 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería,

⁶⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-077 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer⁶⁵.

(iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad⁶⁶⁶⁷

Por esto no deja de ser contradictorio plantear un error de tipo con fundamento en la ausencia de acción o de conducta, porque si, como lo expone la Fiscalía, el agente no tenía capacidad de conocer lo que hacía, no tenía tampoco capacidad de errar, de equivocarse en relación con alguno de los elementos del tipo objetivo.

De todos modos y para responder esta argumentación, debe señalarse, como se dijo, que en el caso que se examina, no es posible por el momento tener por demostrada la condición de inimputabilidad del procesado, circunstancia que por sí misma bastaría para desatender esta petición primera subsidiaria formulada por la Fiscalía.

No obstante, en aras de la discusión la Sala procederá a explicar las razones por las que aún asumiendo la inimputabilidad del procesado GUERRA TULENA, no es jurídicamente factible reconocer en su favor la causal alegada.

A estas alturas en la dogmática nacional es un debate

⁶⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997. En el mismo sentido: C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-928 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-365 de 2012.

superado el relacionado con la posibilidad de que los individuos que sufren trastorno mental, no obstante, esta condición, pueden actuar al amparo de una causal de justificación o de exclusión de responsabilidad. Así se desprende de la redacción del inciso segundo del artículo 9 de la Ley 599 de 2000 al señalar que *“Para que la conducta de un inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia responsabilidad”*, pues en caso de comprobarse que actuó al amparo de alguna de éstas, la consecuencia es la absolución. Es decir, la misma solución que correspondería a un sujeto imputable.

Así, cuando la norma citada determina que para que la conducta del inimputable sea punible debe verificarse además de la tipicidad y antijuridicidad, que no haya obrado bajo el amparo de alguna causal de ausencia de responsabilidad, ha de entenderse que los inimputables también pueden obrar con motivo de alguna de ellas.

De tal exigencia se infieren dos circunstancias perfectamente determinadas: (i) Que los inimputables pueden actuar dentro de una causal de ausencia de responsabilidad; y, (ii) En caso de llegarse a demostrar esto último la conducta del inimputable no será punible.

La posibilidad de que los inimputables a pesar de su deficiencia cognitiva y comprensiva puedan actuar bajo el amparo de una causal de ausencia de responsabilidad es un hecho hace ya bastante reconocido por la doctrina nacional.

Sobre esto Reyes Echandía⁶⁸:

“Nada impide, pues, que un inimputable ejecute conducta típica por mandato o autorización de la ley, por orden obligatoria de autoridad competente, en legítima defensa o estado de necesidad. Piénsese, por ejemplo, un oligofrénico que corrige moderadamente a un hijo suyo, o cumple orden de un superior jerárquico para arrestar a una persona, o reacciona agresivamente contra violencia antijurídica, o sustrae medicina para su madre enferma porque no tiene posibilidad alguna de comprarla. Y esto que decimos de un oligofrénico (trastornado mental), por vía de ejemplo, es igualmente válido y con mayor razón, de un menor de dieciséis años (inmaduro psicológico); no exigiéndose, pues para reconocer causal de justificación que el sujeto en quien concurren los objetivos requisitos de cualquiera de ellas sea imputable o inimputable, sino persona, síguese que aún los inmaduros y los trastornados mentales pueden vulnerar justificadamente intereses jurídicos penalmente tutelados”.

Este mismo autor reconoce que, un menor de edad o un trastornado mental pueden ejecutar acciones u omisiones típicas y antijurídicas por razones de fuerza mayor o de caso fortuito, insuperable coacción ajena o error invencible sobre el tipo o la antijuridicidad, pero, en ninguno de estos casos la *causa* de las conductas puede ser la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o la imposibilidad de actuar de otra manera debido a su inmadurez o a su trastorno mental.

Para ilustrar su aserto por vía de ejemplo citó los siguientes casos:

(i) Un menor de edad que conduce un auto es chocado por otro carro que lo arroja a la acera y atropella a un peatón lesionándolo. Nótese que en este caso el hecho es

⁶⁸ Cfr. REYES ECHANDÍA, Alfonso. Ob. cit. pág. 213.

consecuencia de un caso fortuito, es decir, la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o la imposibilidad de autodeterminarse del menor no tienen relación causal con el hecho, lo que significa que aún siendo mayor de edad debe ser exonerado de responsabilidad por ausencia de culpabilidad.

(ii) Un esquizofrénico confunde en la oscuridad a su propia hija con una mujer adulta y yace con ella. En esta hipótesis el agente (inimputable) incurre en conducta típica y antijurídica, pero sin culpabilidad debido al error de tipo.

Obsérvese entonces que la ausencia de responsabilidad no tiene origen en estos casos en la inmadurez psicológica ni en el trastorno mental sino en razón de que en cada uno se presentaron íntegramente los requisitos propios de las causales de exclusión de responsabilidad. O lo que es lo mismo, la inculpabilidad no dependió de la condición personal del agente sino de un hecho ajeno a su voluntad.

Para el doctrinante citado no existe contradicción al afirmarse que tales personas no pueden obrar culpablemente, pero sí ampararse en una causal de exclusión de responsabilidad cuando ella es ajena a su condición personal generadora de la inimputabilidad.

Como corolario: si la causal de inculpabilidad es producto de la condición de inimputabilidad, no se tomará en cuenta para fines de excluir su responsabilidad pues el error es resultado o consecuencia de su anormalidad.

Siguiendo la argumentación de la Fiscalía, es precisamente lo que ocurre en el caso de GUERRA TULENA, puesto que, de acuerdo con su planteamiento, los “autores mediatos” aprovechándose del estado de enajenación mental o de inimputabilidad de éste, lo indujeron y mantuvieron en error *“sobre las circunstancias de hecho que corresponden a elementos estructurales de los tipos penales de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación”*. Error que, según dijo, tuvo carácter de invencible *“debido a su enorme problema de salud mental (demencia senil), no podía salir del yerro acerca de los elementos que constituyen los delitos, ni tuvo conciencia alguna que le aconsejara de modo distinto”*.

Este planteo contradice claramente la admitida teoría de las causales de inculpabilidad en que pueden obrar los inimputables para ser exonerados de responsabilidad penal, en especial en los casos de error, pues, como se dijo, tal teoría no admite el reconocimiento de la causal de inculpabilidad cuando el hecho es resultado de la condición de inimputabilidad del agente, pues en tal caso debe reconocerse esta última. O, en sentido negativo, si el hecho es producto de una causal de inculpabilidad, no obstante, la presencia de un estado mental alterado en el agente debe considerarse para el efecto como imputable y absolverse. En la tesis expuesta por la Fiscalía, ocurre que justamente el error de tipo alegado deviene del estado de insania del imputado, circunstancia que así planteada impide reconocer en favor de GUERRA TULENA el motivo de preclusión alegado, pues vistos los hechos de ese modo, ha necesariamente de concluirse que el resultado es producto de su anormalidad psíquica y, en ese orden, debe

considerarse inimputable y por tanto someterse, si es del caso, a la medida de seguridad condigna y, en consecuencia, no puede ser pasible del reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad.

La conclusión tiene asidero en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal⁶⁹, al analizar el alcance del concepto jurídico de inimputabilidad y proponer la posibilidad de reconocer una causal de justificación por la conducta de un trastornado mental:

"[...] para que exista inimputabilidad debe el hecho ser producto del trastorno o la inmadurez, o, lo que es lo mismo, el hecho debe ser un reflejo de la perturbación o la inmadurez. Si no hay relación entre el hecho y el trastorno o inmadurez no hay que hablar de inimputabilidad. Así las cosas, si un sujeto obra dentro de una causal de justificación (estado de necesidad o legítima defensa, por ejemplo), o dentro de una causal de inculpabilidad (coacción o error, por ejemplo), en circunstancias tales que un sujeto "normal" hubiese obrado de igual manera, ese sujeto no debe ser tratado como inimputable. La inimputabilidad nada tendría que hacer aquí, y el caso hay que resolverlo independientemente de esta problemática [...]."

"[...] La inmadurez psicológica y el trastorno mental pueden hacer que el sujeto sea inimputable pero no son estos fenómenos por sí solos la inimputabilidad [...] el juez debe examinar si se dan o no los requisitos de acción, tipicidad y antijuridicidad. Luego debe indagar si existe alguna de las causales de inculpabilidad: si una de estas causales existiere, la debe conceder sin que haya intromisión del tema de la inimputabilidad. En caso de que no exista una causal de inculpabilidad, debe averiguar si el sujeto es imputable, o inimputable, en tanto que hubiese intervenido como decisivo en el hecho una inmadurez psicológica o un trastorno que hubiese perturbado la capacidad de comprender y determinarse."

De ser ello así, se predicaría la inimputabilidad del sujeto y se aplicaría una medida de seguridad, salvo que se trate de un caso de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues en este evento no habría lugar ni a penas ni a medidas de seguridad⁷⁰"

⁶⁹ Cfr. CSJ. SP422-2021, rad. 49071 de 20 de febrero de 2019.

⁷⁰ AGUDELO BETANCUR, Nódier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del C. P. Revista Nuevo Foro Penal, N° 27 pp. 44-61, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

Más adelante en la misma providencia, se concluyó:

“Desde la vigencia del Código Penal de 1980, la problemática de la inimputabilidad generó debate en el ambiente jurídico nacional en torno a la necesidad de ser construida a partir de una perspectiva jurídica, trascendiendo a lo netamente objetivo. Esta controversia se zanjó en el Código Penal de 2000, con su artículo 33, donde se adoptó esa postura, haciéndola extensiva a fenómenos culturales y similares en los que una percepción distinta de la realidad frente a las relaciones intersubjetivas convenidas en la sociedad repercute en la categoría dogmática de la culpabilidad, no en la tipicidad ni en la antijuridicidad, contemplándose la posibilidad de reconocer a una persona incurso en estas circunstancias, por ejemplo, el error de tipo o la legítima defensa, supuestos en los que en lugar de la imposición de una medida de seguridad que se estima necesaria para el manejo de ese estado, procede la emisión de fallo absolutorio en concordancia con la política criminal que rige la figura.⁷¹” (Subrayado agregado)

El asunto de la discusión sobre la aparente contradicción entre la inculpabilidad de los inimputables y el reconocimiento de su inculpabilidad por razón de la presencia de una causal legal de justificación, fue resuelta mediante el replanteamiento del concepto de inimputabilidad al reconocer que esta es una característica referida a un hecho concreto y no a un sujeto en particular como lo hizo el artículo 33 del Código Penal al indicar que es inimputable quien *“en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”*.

No puede confundirse el fenómeno que genera la inimputabilidad con la inimputabilidad misma. Así las cosas, la inmadurez sicológica o el trastorno mental causan la inimputabilidad, pero no son la inimputabilidad y solo son

⁷¹ Código Penal, artículo 9º, inciso 2º: «Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad».

causa de inimputabilidad si producen incapacidad de comprender o de determinarse.

Así las cosas, la inmadurez sicológica o el trastorno mental causan la inimputabilidad, pero no son la inimputabilidad y solo son causa de inimputabilidad si producen incapacidad de comprender o de determinarse. Además, para que exista inimputabilidad, debe haber una relación causal entre los fenómenos mencionados y el hecho. Para que pueda hablarse de inimputabilidad debe establecerse *"la relación de causalidad entre la inmadurez y el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así, en razón y por motivo del trastorno"*. Es claro que si en el hecho no se ha reflejado el trastorno; si el hecho se da en unas circunstancias independientes de esos fenómenos, no se puede hablar de inimputabilidad. Por vía de ejemplo, en los casos de insuperable coacción ajena o de fuerza mayor, se debe absolver al sujeto. Pero entonces no es que se esté absolviendo a un inimputable, sino que, simplemente, no estamos en presencia de un inimputable: en el hecho no se reflejan el trastorno ni la inmadurez⁷².

Y, concluye la Sala, si se reflejara el trastorno mental en el injusto, como lo sugirió la Fiscalía, se estaría frente a un inimputable quien conforme con nuestro sistema jurídico positivo debe responder penalmente y ser sometido a medida de seguridad.

⁷² Cfr. BETANCUR AGUDELO, Nódier. *"La problemática de la inimputabilidad en la vieja y en la nueva jurisprudencia"*. Comentario. Revista Universidad EAFIT. 1983, pág. 265. <https://publicaciones.eafit.edu.co/download>

Como conclusión la Sala negará la solicitud de preclusión a favor de JULIO CÉSAR GUERRA TULENA por esta causa.

Causal subsidiaria segunda. Art. 332-2 L. 906 de 2004.
Existencia de una causal que excluye la responsabilidad, de acuerdo con el art. 32-11 del Código Penal. Error de prohibición

La Fiscalía explicó que se trata de un error acerca de la permisibilidad de las conductas inducido por *“los terceros”* que, en las circunstancias de salud mental de GUERRA TULENA también fue invencible, pues no estaba en condiciones de actualizar por sí mismo el conocimiento de la antijuridicidad, *“y menos por algún resquicio de sentido de la responsabilidad que a él, como ordenador del gasto en el Departamento de Cesar (sic) asumiría”*.

Tanto es así, agregó, que la gestión de sus negocios particulares había sido delegada a su esposa desde antes de su posesión como gobernador *“realidad suficientemente indiciaria para colegir que, si GUERRA TULENA ya no podía manejar su economía personal, mucho menos podría decidir con alguna autonomía sobre la administración del Departamento de Sucre, particularmente sobre el contrato adjudicado a Los Tres Editores S.A.S., firmado el 8 de marzo de 2012”*.

Obsérvese entonces que, al igual que la anterior, esta causal de preclusión se sustenta en la presunta condición de inimputabilidad del procesado GUERRA TULENA, circunstancia que por sí misma justificaría despachar

negativamente la solicitud de la Fiscalía, por las razones ampliamente expuestas en la motivación de este proveído hasta el momento no es posible tenerla por acreditada.

Sin embargo, asumiendo a modo de discusión que al momento de los hechos las deficiencias cognitivas y de comprensión del imputado le impidieron entender los hechos o autodeterminarse conforme a esa comprensión y de esta anormalidad se aprovecharon “terceros” que, como lo dice la Fiscalía, le hicieron creer que el proceso contractual se ajustaba a la ley, por las mismas razones de la causal anterior, que no se repetirán nuevamente, debe sostener la Sala que tampoco es posible reconocer en la conducta del ex-Gobernador la existencia de tal error y, por consecuencia, la causal de preclusión, ya que, como se ha venido explicando, la misma no opera para inimputables cuando el yerro precisamente proviene de su incapacidad mental, pues en tal hipótesis su tratamiento corresponde al de un inimputable y, por contera debe someterse a la medida de seguridad correspondiente en caso de que así llegue a demostrarse.

Como conclusión, la Sala dispondrá no precluir la investigación seguida contra JULIO CÉSAR GUERRA TULENA en calidad de Gobernador del Departamento de Sucre.

En mérito de lo expuesto, la SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

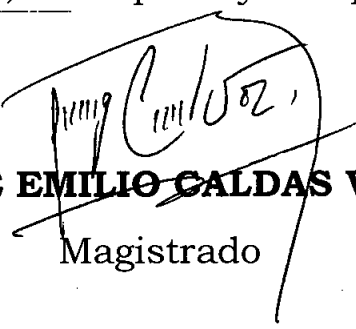
RESUELVE

PRIMERO. NO PRECLUIR la investigación que se adelanta contra JULIO CÉSAR GUERRA TULENA, según los argumentos expuestos en este proveído.

SEGUNDO. NOTIFICAR en estrados esta decisión, y **ADVERTIR** que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

TERCERO. DEVUÉLVASE la actuación a la Fiscalía.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



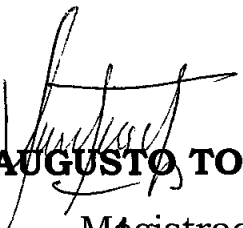
JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado



BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado



RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario