

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP2042-2019

Radicación n° 51007

(Aprobado Acta n°134)

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019).

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ en contra del fallo proferido el 19 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Ibagué, que revocó la sentencia absolutoria emitida el 5 de marzo de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Espinal (Tolima) y, en consecuencia, lo condenó en los términos que serán precisados más adelante.

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

2. HECHOS

El Tribunal declaró probado que JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ accedió carnalmente *–por vía anal–* a Y.E.L.R., de ocho años de edad, aproximadamente en 10 ocasiones. Para tales efectos, el procesado amenazó al menor con determinar al dueño de la finca donde trabajaban sus padres, para que *“los sacara de esa propiedad”*. Los hechos ocurrieron entre los años 2008 y 2009, en la vereda La Joya, ubicada en el municipio de Espinal –Tolima–.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

El 12 de noviembre de 2009 la Fiscalía le formuló imputación al procesado. **Sin hacer alusión a la violencia declarada por el Tribunal** y tras dar a entender que existían dudas acerca de la penetración anal, el delegado del ente acusador concluyó que VARGAS MARTÍNEZ incurrió en el delito de acto sexual con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles. Se refirió, además, a la circunstancia de agravación asociada a la edad de la víctima y a varias circunstancias de mayor punibilidad, lo que será objeto de estudio más adelante.

La anterior postura se reiteró en el escrito de acusación. Sin embargo, durante la respectiva audiencia, a través de una fiscal diferente, se modificó la “*calificación jurídica*”, bajo el argumento de que los hechos encajan en el delito de acceso carnal violento, previsto en el artículo 205 del Código Penal. Sin embargo, según se verá más adelante, **la Fiscalía añadió algunos hechos que no fueron considerados en la imputación.**

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el 5 de marzo de 2015 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Espinal -Tolima- absolvió a VARGAS MARTÍNEZ, por considerar que los cargos incluidos en la acusación no fueron demostrados suficientemente.

El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía activó la competencia del Tribunal Superior de Ibagué, que revocó el fallo absolutorio y, en consecuencia, lo condenó a las penas de 28 años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por 20 años, tras concluir que los accesos carnales realizados por el procesado y la violencia que este ejerció sobre el menor fueron demostrados más allá de duda razonable. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal de casación consagrada en el artículo 181, numeral tercero, de la Ley 906 de 2004, el defensor planteó que el Tribunal incurrió en múltiples errores en la apreciación de las pruebas, entre los que destacó: (i) aunque no tuvo intermediación con los testigos, dio por sentada la afectación psicológica que sufrió el menor a raíz de estos hechos; (ii) no tuvo en cuenta las reglas jurisprudenciales sobre la valoración de los testimonios de los niños a la luz de los postulados de la sana crítica; (iii) omitió considerar que la profesora y los padres del niño se limitaron a manifestar lo que este les contó sobre las conductas realizadas por VARGAS MARTÍNEZ, lo que constituye prueba de referencia; (iv) no sentó mientes en las contradicciones en que incurrió el menor en sus diversas versiones, ni en las inconsistencias en la descripción que hizo del sujeto que lo accedió carnalmente; (v) no valoró lo que expuso el testigo José Arnulfo Molina, compañero habitual del procesado, acerca de que nunca vio a Y.E.L.R. en el lugar donde supuestamente fue objeto de abuso sexual; y (vi) no tuvo en cuenta que el médico legista dijo que los hallazgos en el ano del niño pueden haberse generado por causas diferentes al acceso carnal.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, en consecuencia, darle vigencia a la absolución proferida por el Juzgado.

5. ALEGATOS Y RÉPLICAS

El defensor se remitió a lo expuesto en la demanda.

Por su parte, el delegado de la Fiscalía pidió desestimar las pretensiones del impugnante, en esencia porque: (i) no se demostró la trasgresión de los postulados de la sana crítica, ni se avizora que el Tribunal haya incurrido en ese tipo de yerros; (ii) no es relevante que el perito se haya referido a otras posibles causas del desgarro que observó en el ano del niño, porque el fallador de segundo grado se remitió a ese concepto para corroborar la versión de la víctima; (iii) el testimonio de Arnulfo Molina sí fue valorado, aunque en un sentido diferente al que pretende el censor; (iv) igualmente, el Tribunal consideró las incoherencias en que incurrió la víctima, pero concluyó que no son suficientes para minar su credibilidad; y (v) lo que pretende el demandante es imponer su criterio sobre la forma cómo deben ser valoradas las pruebas.

En el mismo sentido se pronunció la apoderada de las víctimas. Resaltó que el niño narró homogéneamente los aspectos centrales del debate, esto es, las circunstancias que rodearon los abusos sexuales y la identidad de la persona que los perpetró.

Finalmente, la delegada del Ministerio Público, con una argumentación edificada bajo las mismas premisas expuestas por la Fiscalía y la representante de las víctimas,

solicitó mantener incólume el fallo emitido por el Tribunal Superior de Ibagué.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Respuesta a los alegatos del impugnante

No se discute que la profesora y los padres del niño Y.E.L.R. se refirieron al contenido de las versiones que este les suministró luego de que la primera, al notar ciertos cambios comportamentales, le indagara por lo que venía sucediendo. Sin embargo, los argumentos del impugnante frente a este aspecto no son de recibo, por lo siguiente: (i) la víctima declaró en el juicio y, en lo esencial, reiteró las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los abusos sexuales perpetrados por JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ; (ii) bajo esas condiciones, las versiones que el menor rindió por fuera de este escenario procesal no son el soporte principal de la condena; (iii) en todo caso, en atención a la gravedad de los hechos y la corta edad de la víctima, las declaraciones anteriores del menor son admisibles como prueba de referencia (*CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre otras*); (iv) además de referirse al contenido de esas declaraciones, estos testigos hicieron alusión a los comportamientos del niño, tanto en el ámbito sexual *–cambios de conducta con sus compañeros de estudio–*, como la reducción de su rendimiento académico; y (v) estas versiones coinciden con lo expuesto por la psicóloga que

tuvo a cargo la atención del menor, quien se refirió al relato sobre los hechos y, además, hizo hincapié en la notoria afectación sufrida por Y.E.L.R., especialmente por el maltrato causado por sus compañeros, quienes, con palabras ofensivas, le atribuían la condición de homosexual.

Al respecto, debe resaltarse que durante el juicio oral no se demostró que la víctima o sus familiares tuvieran razones para inventar esta historia con la finalidad de perjudicar a JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ, a sabiendas del daño que ello podría causarle al niño. Por el contrario, lo que se estableció es que la familia de la víctima trataba al procesado como uno más de sus integrantes, motivo por el cual la madre, según su testimonio, tomó las medidas que consideró pertinentes para verificar la verosimilitud del relato de su hijo, antes de formular la respectiva denuncia.

Frente a esto último, la Sala debe resaltar lo siguiente: (i) la estrategia de la defensa se orientó a demostrar que el procesado no tenía ninguna relación con la familia del afectado; (ii) para tales efectos, presentó pruebas que ponían en duda la existencia misma de ese núcleo familiar, así como su asentamiento en la finca donde trabajaba el procesado; (iii) en tal sentido declararon el acusado y Leonel Méndez, quienes, no obstante haber habitado durante varios años en la misma vereda, negaron conocerlos, a

pesar de que la profesora Luisa Fernanda Barreto se refirió ampliamente al niño y a los padres de este; y (vi) aunque era evidente la inverosimilitud de la versión del procesado y de su amigo Méndez, fue el señor José Arnulfo Molina, **otro testigo de la defensa**, quien disipó cualquier duda que pudiera existir sobre el particular, pues declaró que, en efecto, dicha familia vivió en la finca de Silverio Guapacha, en la misma época en que VARGAS MARTÍNEZ laboró allí.

Así, no es de recibo lo que plantea el impugnante acerca de que el Tribunal no valoró el testimonio de José Arnulfo Molina, cuando es evidente que esta prueba fue fundamental para restarle crédito a la hipótesis defensiva. Ahora bien, si el censor pretendía hacer alusión al testimonio de Leonel Méndez, quien, a toda costa, intentó negar la existencia de la víctima y sus parientes, así como la ubicación de estos en la referida finca, su alegación sería igualmente inconsistente, no solo porque los testigos de cargo se refirieron coherentemente a la presencia de la víctima y sus familiares en la vereda La Joya, sino además porque esta situación fue corroborada abiertamente por el señor Molina, incluso ante las preguntas que le formuló el defensor en el interrogatorio directo.

Del mismo nivel es lo que propone el impugnante sobre las supuestas equivocaciones en que incurrió Y.E.L.R. al describir a su agresor. Con los testimonios de cargo quedó claro que JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ

interactuó asiduamente y durante varios años con los integrantes de la familia del afectado, lo que propició que los padres del niño lo trataran como a un pariente más. Así, no existe duda de que la víctima y los padres de esta señalaron a VARGAS MARTÍNEZ, y no a otra persona, como el autor de las conductas sexuales narradas en precedencia, lo que le resta importancia a cualquier imprecisión del menor al describir al procesado.

De otro lado, el impugnante cuestiona la valoración del concepto emitido por el médico legista, porque este dejó sentado que los hallazgos hechos en el cuerpo de la víctima pueden tener diversas causas, entre ellas la penetración anal a que se hizo alusión en el fallo de segunda instancia. Al respecto, el memorialista retoma varios argumentos que sirvieron de fundamento a la absolución proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Espinal. Frente a estos planteamientos debe decirse lo siguiente:

El perito, como le correspondía, se limitó a describir lo que observó en el cuerpo de la víctima y a conceptuar sobre las posibles causas del desgarró. Al respecto, señaló que ese hallazgo es compatible con el acceso carnal investigado, pero también podría obedecer a otras causas.

De esta forma, como bien lo anotó el Tribunal, aunque lo expuesto por el médico legista, mirado aisladamente, no es suficiente para concluir que el abuso sexual ocurrió, sí



constituye un importante factor de corroboración de la versión del niño, pues este presentaba en su cuerpo huellas compatibles con el acceso carnal a que hizo alusión de forma reiterada.

En cuanto a los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, a los que hizo alusión el memorialista, no puede pasar inadvertido lo siguiente: (i) valoró incorrectamente el dictamen médico legal, pues no tuvo en cuenta que el mismo corrobora la versión de la víctima, en el sentido atrás indicado, así no se hayan descartado otras causas del referido desgarró; (ii) la conclusión del juez se basa en suposiciones acerca del daño físico que, según él, necesariamente debieron dejar los plurales accesos carnales perpetrados por VARGAS RAMÍREZ, lo que carece de fundamento, no solo por la inexistencia de pruebas de ese aspecto en particular, sino además porque asume que todas las personas tienen las mismas características físicas; (iii) para tales efectos, introduce un concepto tomado de internet, sin que el mismo se haya sometido al debido proceso (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre otras); y (iv) aunque lo expuesto en precedencia es suficiente para que esa “prueba” no pueda ser valorada, no puede pasar inadvertido que el Juez no tomó ninguna precaución sobre la calidad científica de esa opinión, ni, en consecuencia, se ocupó de estudiar ese aspecto determinante de la prueba pericial (*idem*).

En síntesis, la responsabilidad de JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ se fundamenta en lo siguiente: (i) en el juicio oral, la víctima lo señaló como el autor de los accesos carnales; (ii) la versión del niño encuentra respaldo en el concepto del médico legista, pues los desgarros en el ano son compatibles con el acceso carnal; (iii) la profesora Luisa Fernanda Barreto hizo alusión a cambios comportamentales en el menor, compatibles con el abuso sexual; (iv) la madre del afectado dijo para la fecha de los hechos el niño asumió un comportamiento hostil hacia VARGAS MARTÍNEZ, lo que entendieron más adelante, cuando se hizo público el abuso sexual; (v) la psicóloga que atendió al menor resalta que este estaba notoriamente afectado por el abuso de que fue víctima; (vi) Y.E.L.R. fue objeto de burlas y discriminación a raíz de estos hechos, lo que hace improbable que, sin razón, hubiera mentido para someterse a esa situación; (vii) la víctima y sus familiares no tenían motivos para faltar a la verdad con el propósito de perjudicar al procesado, a sabiendas del daño que ello podría generarle al menor, pues nunca tuvieron problemas con JOSÉ GUILLERMO y, por el contrario, lo consideraban un pariente más; y (viii) ante esa situación, la defensa optó por una estrategia que implicaba negar la presencia de la víctima y sus familiares en la vereda La Joya, lo que fue desvirtuado con la prueba de cargo, e incluso por José Arnulfo Molina, uno de los testigos de la defensa.

Por tanto, la Sala desestima los argumentos del impugnante, orientados a cuestionar el soporte probatorio del abuso sexual y de la autoría que se le atribuye a JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ. En consecuencia, no se casará el fallo impugnado por las razones expuestas en la demanda de casación.

6.2. Casación de oficio

Según se anticipó en el numeral 3, la Fiscalía incurrió en errores relevantes en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes. Finalmente, el Tribunal **emitió la condena por hechos adicionados en la acusación, que dieron lugar al llamamiento a juicio por un delito más grave.**

Así las cosas, por su utilidad para la solución del presente asunto y en aras de desarrollar la jurisprudencia, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) analizará las normas que regulan la imputación, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, principalmente para precisar las reglas bajo las cuales es posible modificar la premisa fáctica en la acusación; y (ii) estudiará el caso sometido a su conocimiento.

6.2.1. La reglamentación de la imputación en la Ley 906 de 2004

6.2.1.1. El análisis sobre su procedencia –“juicio de imputación”-

El artículo 250 de la Constitución Política dispone que “la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos **que revistan las características de un delito**¹ que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

Sobre el ejercicio de esta función constitucional, la Sala ha resaltado lo siguiente:

*Para desarrollar este sistema de enjuiciamiento criminal, la Ley 906 de 2004 estableció un modelo epistémico, del que cabe resaltar lo siguiente: (i) la Policía Judicial está facultada para generar las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, debe realizar los actos urgentes necesarios para asegurar las evidencias (físicas o testimoniales) que pueden resultar útiles para su posterior demostración²; (ii) una vez recibido el respectivo informe ejecutivo, el Fiscal, en asocio con los investigadores, tiene a cargo el diseño del **programa metodológico**, en el que se deben determinar “**los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva**”³; (iii) frente a las evidencias físicas, el modelo gira en torno al oportuno aseguramiento de las mismas y la utilización de los recursos técnico científicos orientados a establecer sus aspectos*

¹ Negrillas fuera del texto original.

² Art. 205

³ Art. 207.

más relevantes⁴; (iv) como no tiene aplicación el sistema de permanencia de la prueba, el legislador hizo énfasis en la adopción de las medidas necesarias para que en el juicio oral las evidencias físicas puedan ser debidamente autenticadas⁵; (v) por regla general, las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral son útiles para la estructuración de la hipótesis mas no para su demostración, porque estos deben concurrir a dicho escenario a efectos de transmitirle su conocimiento al Juez, salvo los casos de admisión excepcional de prueba de referencia e incorporación de declaraciones cuando el testigo se retracta o cambia su versión en el juicio. (CSJSP, 23 nov. 2017, Rad. 45899).

A partir de la información recopilada durante la fase de indagación, la Fiscalía debe analizar y decidir si existe mérito para formular imputación, esto es, realizar el “juicio de imputación”, en los términos que se analizarán a continuación.

6.2.1.2. Es una función asignada a la Fiscalía General de la Nación, no sometida a control material por parte de los jueces

Está suficientemente decantado que el análisis sobre la procedencia de la imputación - “juicio de imputación”- le fue asignado al fiscal, lo que se extrae sin mayor esfuerzo del artículo 250 de la Constitución Política y, más puntualmente, de lo previsto en los artículos 287 y

⁴ Arts. 250.3 de la Constitución Política y 204, 210 y 278 de la Ley 906 de 2004.

⁵ 205, 210, 277, entre otros.



siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan la procedencia y el contenido de este acto comunicacional.

Al respecto, esta Corporación ha dejado sentado que esa actuación de la Fiscalía no está sometida a control material por parte de los jueces, sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras).

En la sentencia C-425 de 2008 la Corte Constitucional dejó sentado que la formulación de imputación tiene características propias, así, en ocasiones, se realice a la par de la legalización de captura y la solicitud de medida de aseguramiento, entre otras cosas porque no está sometida a los estrictos términos de la primera, ni corresponde a una solicitud que deban resolver los jueces, como la segunda.

En armonía con lo anterior, en la sentencia C-127 de 2011 se reiteró la autonomía con la que actúan los fiscales al realizar el juicio de imputación, en esencia en dos aspectos: (i) por la importancia y complejidad de dicha decisión, tienen como único límite temporal la prescripción del respectivo delito; y (ii) el investigado no está facultado para solicitar la formulación de imputación. En ese mismo sentido, en la sentencia C-303 de 2013 se aclaró que el “juicio de imputación” no puede ser rebatido por la defensa,



como tampoco puede ser controlado materialmente por los jueces, como lo ha reiterado esta Sala.

6.2.1.3. Componente fáctico

El artículo 287 de la Ley 906 de 2004 establece que “*el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es **autor o partícipe del delito que se investiga***”. De antemano, el ordenamiento jurídico establece la obligación de verificar la relevancia jurídico penal de los hechos, lo que se aviene a lo establecido en el artículo 288 ídem, en el sentido de que la imputación debe contener, entre otras cosas, una “*relación sucinta y clara de los **hechos jurídicamente relevantes***”.

De vieja data esta Corporación ha dejado sentado que los hechos jurídicamente relevantes son aquellos que encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales:

*Este concepto fue incluido en varias normas de la Ley 906 de 2004. Puntualmente, los artículos 288 y 337, que regulan el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que en ambos escenarios de la actuación penal la Fiscalía debe hacer “**una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes**”.*

La relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal. En tal sentido, el artículo 250 de la Constitución Política



*establece que la Fiscalía está facultada para investigar los hechos que tengan **las características de un delito**; y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 precisa que la imputación es procedente cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado **es autor o partícipe del delito que se investiga**”⁶.*

*En el mismo sentido, el artículo 337 precisa que la acusación es procedente “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que **la conducta delictiva** existió y que el imputado es su **autor o partícipe**”⁷.*

Como es obvio, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad.

También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera.

Por ahora debe quedar claro que los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales. En el próximo apartado se ahondará sobre este concepto, en orden a diferenciarlo de otras categorías relevantes para la estructuración de la hipótesis de la acusación y de la premisa fáctica del fallo.

En armonía con lo anterior, ha hecho énfasis en las diferencias entre: (i) **hechos jurídicamente relevantes** -los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal-; (ii) **hechos indicadores** -los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes-; y (iii) **medios de prueba** -los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para

⁶ Negrillas fuera del texto original.

⁷ Negrillas fuera del texto original



demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores- (CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras). Sobre esta base, ha resaltado que el artículo 288 establece que en la en la audiencia de imputación solo se puede hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes.

También de tiempo atrás, la Sala ha precisado que son hechos jurídicamente relevantes y, por tanto, deben incluirse en la imputación, los atinentes a las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad. La decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862 resulta paradigmática frente a este tema, por diversas razones.

Según la imputación, varios sujetos ingresaron violentamente a una unidad residencial con la finalidad de apoderarse de una cuantiosa suma, representada en dinero en efectivo y joyas. **Los procesados se allanaron a los cargos.** Al emitir la sentencia de segundo grado, el Tribunal descartó algunas circunstancias de agravación, pero incluyó otras que, según el demandante, no fueron incluidas en la imputación. En la sustentación del recurso de casación, la Fiscalía y la defensa coincidieron en que el fallador de segundo grado se equivocó al incluir circunstancias de mayor punibilidad que no fueron enunciadas expresamente en la imputación (que devino en acusación, merced al allanamiento a cargos), lo que contrasta con

la postura del Ministerio Público, quien dijo que ese tipo de circunstancias deben o pueden ser alegadas en la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

La Sala, luego de referirse al derecho de defensa, en este caso asociado al conocimiento oportuno de los cargos, y tras el análisis de la regulación de este tema en Puerto Rico y otros países, dejó sentado que: (i) lo resuelto en el ámbito de los ordenamientos jurídicos anteriores, acerca de que los fundamentos fácticos y jurídicos de las circunstancias de agravación punitiva –*genéricas o específicas*– deben ser incluidos en la acusación, resulta aplicable, en lo esencial, a los casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004; (ii) ya que las mismas pueden incidir significativamente en el juicio de responsabilidad y, por tanto, en la determinación punitiva, bien porque afecte los extremos punitivos previstos en los tipos básicos, ora porque incida en los cuartos de movilidad de los que debe partir el juez para establecer la sanción; (iii) bajo el entendido de que todos los aspectos fácticos –*y su correspondiente calificación jurídica*– que expongan al procesado a una mayor sanción le deben ser comunicados oportunamente, para garantizar el ejercicio de la contradicción⁸; y (iv) la imputación de dichas circunstancias debe ser expresa y unívoca, por lo que resulta inaceptable predicar que las mismas pueden ser

⁸ En el mismo sentido, CSJSP, 9 jun. 2004, Rad. 20134, entre otras.

consideradas bajo el argumento de que se “*infieren*” del relato realizado por el fiscal.

Desde ese entonces la Sala viene llamando la atención, para que los fiscales realicen con cuidado el “*juicio de imputación*”, dada su relevancia en la estructura del proceso.

En idéntico sentido, esta Corporación ha resaltado que en los casos de coautoría o coparticipación la Fiscalía debe precisar cuál es la base fáctica de los cargos formulados a cada imputado, lo que implica tener en cuenta los respectivos referentes normativos. Así, en la decisión CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311 se hizo énfasis en los aspectos que deben considerarse para decidir sobre el procesamiento por el delito de concierto para delinquir, así como los que deben tenerse en cuenta para formular cargos bajo la modalidad de coautoría prevista en el inciso segundo del artículo 29 del Código Penal.

6.2.1.4. Componente jurídico

Existe una obvia correlación entre el concepto de hecho jurídicamente relevante y la calificación jurídica que debe realizar la Fiscalía, precisamente porque lo primero (la relevancia jurídica), depende de que la hipótesis factual encaje o pueda ser subsumida en una o varias normas penales.

No obstante, es importante evitar confusiones sobre el particular, pues ello puede afectar la diligencia de formulación de cargos.

Recientemente esta Corporación conoció un caso donde se formuló imputación por un delito culposo. Al estructurar el cargo, el fiscal hizo alusión a la **“infracción del deber objetivo de cuidado”** (categoría jurídica), pero no mencionó la conducta realizada por el sujeto activo, que pudiera ajustarse a dicho concepto, lo que dio lugar a la anulación del trámite, porque el procesado no pudo ejercer adecuada y oportunamente su defensa, por la vaguedad de la imputación (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507).

En otra oportunidad, la Sala concluyó que era violatorio del debido proceso incluir en la condena circunstancias de mayor o menor punibilidad que fueron jurídicamente imputadas e incluidas en la acusación, pero bajo un sustrato fáctico diferente al tenido en cuenta por el juzgador. En efecto, la Fiscalía incluyó la indefensión como agravante del homicidio, porque la víctima fue amarrada, y el Tribunal concluyó que la misma era procedente porque en el juicio oral se demostró que la víctima estaba ebria para cuando ocurrieron los hechos. La Sala resaltó que la categoría jurídica (*indefensión*) tenía que tener su correlato fáctico, el cual no podía ser cambiado en la sentencia (CSJSP, 25 ab. 2009, Rad. 26309).

Así, para realizar el “juicio de imputación” y el “juicio de acusación” resulta obligatorio diferenciar la premisa fáctica y la premisa jurídica, a pesar de la natural relación que debe existir entre ellas.

6.2.1.5. En la formulación de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio

El artículo 288, numeral 2°, establece expresamente que en la audiencia de formulación de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio: “*contenido de la imputación (...) Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento*”.

La parte resaltada fue demandada ante la Corte Constitucional, bajo el argumento de que da lugar a “*pruebas secretas*” y, además, le impide al procesado tomar una decisión suficientemente informada acerca de la aceptación de cargos o la celebración de acuerdos con la Fiscalía. En la sentencia C-1260 de 2005, el alto tribunal declaró exequible la norma cuestionada, en esencia porque el nuevo esquema procesal no contempla la permanencia de las pruebas, pues estas deben practicarse en el juicio oral,

lo que hace razonable que su descubrimiento se inicie en la fase de acusación.

Así, en el evento de que la Fiscalía pretenda suministrarle anticipadamente información a la defensa, para propiciar alguna forma de terminación anticipada de la actuación penal, debe hacerlo por fuera de ese escenario judicial (*para evitar su dilación*), pues el juez de control de garantías no está llamado a cumplir ninguna función sobre el particular, entre otras cosas porque le está vedado realizar algún tipo de control material sobre la imputación. En igual sentido, porque la defensa no está habilitada para cuestionar, en ese momento, la formulación de cargos.

6.2.2. Las funciones de la imputación en el sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004

Para los fines de la presente decisión, deben resaltarse tres funciones medulares de la imputación en el actual sistema procesal: (i) garantizar el ejercicio del derecho de defensa, (ii) sentar las bases para el análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares, y (iii) delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía. Lo anterior, sin perjuicio de su relevancia para delimitar los términos de prescripción, y de su incidencia

para establecer la competencia del juez de conocimiento y delimitar los contornos de los eventuales debates sobre la preclusión, etcétera.

Según se verá, para el cumplimiento de todas ellas resulta imperioso que la Fiscalía realice correctamente el “juicio de imputación”, lo que se traduce en la debida delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes.

6.2.2.1. La imputación, como mecanismo para garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

En la sentencia C-303 de 2013, la Corte Constitucional fijó el sentido y alcance de la audiencia de formulación de imputación, como mecanismo procesal para desarrollar las garantías previstas en los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Allí, se resaltó que en ese estadio de la actuación penal el investigado **no tiene la posibilidad de controvertir los cargos**, pues la finalidad de esa actuación es que tenga conocimiento de los mismos y, así, pueda preparar la defensa. En ese sentido, el alto tribunal precisó que

[e]l Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona acusada de un delito tendrá

derecho (...) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”; aunque ni el texto constitucional ni los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen una formalidad específica para este acto informativo, el legislador previó un acto procesal especial para la materialización de este deber, exigiendo que la comunicación se efectúe en esta audiencia, con la presencia del imputado, su abogado y el juez.

De otra parte, como no es posible defenderse frente a ataques indeterminados que no individualizan unos hechos concretos ni una acusación particular, la previsión de esta audiencia especial en la que se señalan al imputado las circunstancias fácticas que se consideran relevantes, así como la calificación provisional de la conducta (arts. 286y 188 del C.P.), hace viable el ejercicio del derecho de defensa. En otras palabras, la norma acusada desarrolla la exigencia del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político de que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprende y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, y la comprensión que de este precepto ha hecho el Comité de Derechos Humanos, en el sentido de que dentro de la información suministrada se debe señalar “tanto la ley como los supuestos de hecho en que se basa [la acusación]”.⁹

⁹ Lo anterior no significa que únicamente a partir de este momento se pueda ejercer el derecho de contradicción, pues existen hipótesis en las que el indiciado tiene conocimiento de las investigaciones en su contra durante la etapa de la indagación; en estos casos, el presunto infractor de la ley penal podría intervenir en el procedimiento para orientar las pesquisas de la Fiscalía. Lo que ocurre es que entonces es que esta audiencia se ofrecen todas las condiciones al imputado para ejercer adecuadamente sus derechos, pues no solo se le comunica formalmente sobre el procedimiento en su contra, sino que se individualizan los hechos relevantes que dan lugar a la investigación, y se efectúa la calificación jurídica provisional de la conducta. En fases anteriores, como no se ha fijado la *litis* o el alcance de la controversia jurídica, la defensa ofrece dificultades y limitaciones que se superan con el acto de imputación. Sobre el derecho de defensa con anterioridad a la audiencia de formulación de imputación *cfr.* la Sentencia C-127 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa).

En otras palabras, la celebración de la audiencia constituye el punto de partida para el ejercicio del derecho al debido proceso, de modo que la ausencia de previsión de recursos frente al acto de imputación no impide atacar el fundamento empírico o jurídico de los cargos, sino que solamente difiere en el tiempo esta posibilidad. Por estas razones, la Corte considera infundada la acusación del demandante, en el sentido de que el Artículo 286 del C.P.P. desconoce el derecho de defensa por no prever un sistema de recursos frente al acto de imputación.

Lo anterior se aviene a lo resuelto en la sentencia C-025 de 2010, donde la Corte resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 448 de la Ley 906 de 2006. Según el demandante, *“el legislador, al momento de consagrar el principio de congruencia, en el sentido de que ‘el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena’, vulneró el artículo 29 Superior, en la medida en que la congruencia debe existir igualmente entre la audiencia de formulación de la imputación y la audiencia de formulación de la acusación¹⁰”*.

En esa oportunidad, el alto tribunal hizo énfasis en las garantías previstas en los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, así como en lo dispuesto en los artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

¹⁰ Negrillas fuera del texto original.

y Políticos, especialmente en lo que concierne al derecho de defensa, en los siguientes aspectos: (i) conocer oportunamente los hechos de la acusación y su calificación jurídica, y (ii) “*disponer del tiempo y las facilidades necesarios para la preparación de su defensa*”.

Bajo estos presupuestos, y luego de analizar la jurisprudencia de esta Sala de Casación, concluyó que

[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia.

Ahora bien, la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación.

En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, interpretado de conformidad con los artículos 29 y 31 Superiores y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comporta que el principio de congruencia se entiende igualmente aplicable, dentro de los límites fijados en esta sentencia, a la relación existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación.

Más adelante se retomará esta decisión, para analizar en qué eventos resulta razonable la introducción de cambios a la premisa fáctica de la imputación, por los efectos del principio de progresividad, que, según se dijo, rige la actuación penal.

En el mismo sentido, en la sentencia C-1269 de 2005 se dejó sentado que en la imputación la Fiscalía tiene la obligación de hacer *“la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que el imputado sí tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena”*.

Lo anterior, sin perjuicio de que el investigado pueda iniciar la preparación de la defensa antes de la formulación de imputación, como, a manera de ejemplo, cuando es objeto de actos de investigación que implican la afectación de sus derechos fundamentales o, de alguna otra forma, se entera de las indagaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación (C-799 de 2005, entre otras).



6.2.2.2. La imputación como presupuesto del análisis de la detención preventiva y otras medidas cautelares.

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 dispone que “**el juez de control de garantías**, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda **inferir razonablemente** que el **imputado** puede ser autor o participe de la **conducta delictiva** que se investiga (...)”.

De esta norma se desprende lo siguiente: (i) mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez; (ii) a diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, el estudio de esta temática solo



puede realizarse a partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada.

6.2.2.3. La imputación como presupuesto del allanamiento a cargos y los acuerdos que pueden celebrar la Fiscalía y la defensa.

El artículo 293 de la Ley 906 de 2004 dispone:

*Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que **lo actuado es suficiente como acusación**. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo **sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes**, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*

PARÁGRAFO. *La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.*

A su turno, el artículo 351 ídem establece:

Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la



imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

*De otro lado, el artículo 351 preceptúa, entre otras cosas, que “Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado **obligan al juez de conocimiento**, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.*

Sobre la obligación del juez de acatar los acuerdos, celebrados por la Fiscalía y la defensa, la Corte concluyó que ello es ajustado a la Constitución Política, bajo el entendido de que el Juzgador debe verificar que se trata **de una conducta típica, antijurídica y culpable**, que, además, está demostrada con las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía; dijo:

6. Por otra parte, en relación con el cargo contra el aparte “procederá a aceptarlo”, por la presunta violación de los principios de legalidad de la función pública e imparcialidad del juez, en cuanto a juicio del demandante permitiría la condena del imputado en virtud de la sola verificación de la voluntariedad, libertad y espontaneidad de la aceptación de responsabilidad, sin que el juez de conocimiento determine la existencia de los elementos estructurales del delito, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, que den lugar a la responsabilidad penal de aquel, se puede expresar lo siguiente:

6.1. Uno de los principios fundamentales de un Estado democrático es la supremacía del ordenamiento jurídico, en primer lugar, de la Constitución Política. Es por ello que el Art. 6º

superior establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En el mismo sentido, el Art. 121 ibídem prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, el Art. 122 prevé que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y el Art. 123 consagra que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esta exigencia de sometimiento a las disposiciones jurídicas, y, más concretamente, a la ley, por parte de los servidores públicos configura el denominado principio de legalidad de la función pública.

La inobservancia de este mandato por parte de las autoridades estatales les acarrea responsabilidad de tipo disciplinario o penal, así como también de orden patrimonial cuando han obrado con dolo o culpa grave, conforme a la regulación legal (Arts. 90 y 124 C. Pol).

6.2. Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que ésta sólo contiene la orden de que el juez de conocimiento apruebe el acuerdo de aceptación de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo, y no contiene la orden de proferir condena. Por el contrario, la misma norma demandada, en un aparte no impugnado, establece que aquel “convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”.

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el Art. 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del Art. 381 ibídem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Por estas razones, la expresión “procederá a aceptarlo” no vulnera el principio de legalidad de la función pública, ni tampoco el principio de imparcialidad judicial.



A la luz de los precedentes referidos en la primera parte de este acápite, resulta claro que el fiscal debe estructurar en debida forma la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que planea incluir en la imputación, entre otras cosas porque ese puede constituir el único referente de la sentencia condenatoria, en los casos de terminación anticipada de la actuación penal.

6.2.3. Consecuencias prácticas de los fines que cumple la imputación en el modelo procesal previsto en la Ley 906 de 2004

6.2.3.1. Además de la identificación de los investigados, la imputación solo debe contener la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

Si se mezclan medios de prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, suele suceder que (i) se extienda injustificadamente la duración de las audiencias, con el grave impacto que ello genera para la recta y eficaz administración de justicia; (ii) entremezclar estos aspectos suele conspirar contra la claridad de los cargos incluidos en la imputación, lo que no solo afecta las posibilidades de defensa, sino, además, el estudio de la medida de aseguramiento y la terminación anticipada de la actuación en el evento de que el imputado se allane a los cargos o decida celebrar un acuerdo con la Fiscalía; y (iii) aunado a

la extensión injustificada de las audiencias, es común que, bajo esas condiciones, no se incluyan en los cargos todos los referentes fácticos de las normas penales seleccionadas, lo que afecta todas las fases del proceso.

No debe olvidarse que el descubrimiento de las pruebas se inicia en la fase de acusación. Ahora bien, si la Fiscalía pretende hacer un descubrimiento anticipado, para facilitar el allanamiento a cargos o un acuerdo, debe buscar el momento adecuado para hacerlo, que, en todo caso, no será la audiencia de imputación, por las razones que se acaban de explicar.

Sin embargo, como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo, bajo el entendido de que esto último tiene un innegable carácter provisional en la audiencia de formulación de imputación, como se resaltaré más adelante.

6.2.3.2. La Fiscalía debe incluir los presupuestos fácticos de las circunstancias genéricas o

específicas de mayor punibilidad, y, en general, los que correspondan a las normas penales seleccionadas

Según se indicó en precedencia, no es suficiente con hacer alusión al respectivo contenido normativo (*indefensión, motivo fútil, etcétera*), pues lo que resulta determinante es que se exprese el referente fáctico (*la víctima se encontraba dormida cuando fue atacada, cometió el homicidio porque le llamaron la atención para que respetara la fila, etcétera*).

6.2.3.3. La Fiscalía no puede realizar el “juicio de imputación” en desarrollo de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004

En el numeral 6.2.1 se dejó sentado que el “juicio de imputación” consiste en el análisis que debe realizar la Fiscalía, orientado a establecer si se cumplen o no los requisitos legales para la formulación de cargos, en los términos de los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Dicho estudio debe ser realizado por fuera de la audiencia, toda vez que: (i) es, precisamente, el que permite establecer si hay lugar o no a solicitar la audiencia de imputación, razón suficiente para que deba realizarse antes de la formulación de cargos; (ii) los jueces no pueden

controlar materialmente esta actividad de los fiscales, ni la defensa está facultada para ejercer la contradicción frente a la misma, lo que hace innecesaria e inútil cualquier explicación sobre los fundamentos de la imputación; (iii) por tanto, ello puede dar lugar a la dilación injustificada de la audiencia; y (iv) si la Fiscalía pretende suministrarle a la defensa información adicional, en orden a persuadirla del allanamiento a cargos o la celebración de un acuerdo, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para mantener a salvo el objeto de la misma, de lo que depende la celeridad requerida para que la justicia sea pronta y eficaz.

6.2.3.4. La Fiscalía no puede imputar cargos alternativos

Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto • estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal • en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad • para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes

Presentar hipótesis factuales alternativas resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

No es del caso analizar si esta postura se aviene a lo resuelto en la decisión CSJSP, 27 feb. 2013, Rad. 40022, porque en esa oportunidad la Sala analizó un tema sustancialmente diferente, como lo es la posibilidad de que el fiscal, en la clausura o alegatos de conclusión, presente solicitudes subsidiarias frente a la procedencia de la condena.

6.2.3.5. La dirección de la audiencia por parte del juez

Si bien es cierto el juez no puede ejercer el control material de la imputación, en los términos explicados a lo largo de este proveído, sí tiene la obligación de dirigir la audiencia, lo que implica: (i) velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en el artículo 288 de



la Ley 906 de 2004; (ii) evitar que el fiscal realice el “*juicio de imputación*” en medio de la audiencia; (iii) igualmente, debe intervenir para que no se incluyan los contenidos de los medios de prueba, u otros aspectos ajenos a la diligencia; (iv) evitar debates impertinentes sobre esta actuación de la Fiscalía General de la Nación; (iv) ejercer prioritariamente la dirección temprana de la audiencia, para evitar que su objetivo se distorsione o se generen dilaciones injustificadas; y (v) de esta manera, la diligencia de imputación debe ser esencialmente corta, pues se limita a la identificación de los imputados, la relación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes y la información acerca de la posibilidad de allanarse a los cargos, en los términos previstos en la ley.

6.2.4. Las variaciones que pueden producirse entre la formulación de la imputación y la acusación

6.2.4.1. El carácter progresivo de la actuación penal

No admite discusión que el sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004 está regido por el principio de progresividad (CSJSP, 30 feb. 2009, Rad. 30043; CSJSP, 29 nov. 2007, Rad. 27518; CSJSP, 25 ab. 2009, Rad. 26309; C-025 de 2010; C-303 de 2013; entre muchas otras). El mismo fue acentuado con la incorporación de la audiencia de

imputación, como antecedente de la consolidación de los cargos en la fase de acusación.

La delimitación progresiva de los cargos encuentra desarrollo en la Ley 906 de 2004, en las normas que regulan el diseño y la ejecución del programa metodológico, analizadas en la primera parte de este apartado. El mismo, además, está implícito en los siguientes preceptos: (i) el artículo 351, en cuanto establece que “*en el evento que la Fiscalía, **por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos** a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a **esta nueva y posible imputación***”¹¹; y (ii) el artículo 339, en la medida en que dispone que en la audiencia de acusación debe concederse la palabra a la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa para que expresen “*las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal **lo aclare, adicione o corrija***”¹² de inmediato”.

Desde otra perspectiva, esa progresividad está regulada en el artículo 293, que dispone que “*si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación...*”. La eliminación de varias fases de la actuación penal, connatural a este tipo de decisiones,

¹¹ Negrillas fuera del texto original.

¹² Negrillas fuera del texto original.

hace improcedente el estudio de la consonancia fáctica entre la imputación y la acusación, precisamente porque la primera deviene en la segunda, tal y como se ha resaltado a lo largo de este proveído. Sin embargo, aun en esos casos el ordenamiento jurídico consagra la posibilidad de adicionar o modificar los cargos incluidos en la imputación, cuando haya lugar a ello en virtud de las nuevas evidencias recaudadas¹³ (Art. 351).

En los acápites anteriores se relacionaron múltiples decisiones de la Corte Constitucional y de esta Corporación, atinentes al carácter progresivo de la actuación penal. Se destacó, igualmente, que esa característica del sistema de enjuiciamiento criminal adquiere mayor relevancia en virtud de la inclusión de la audiencia de formulación de imputación, que tiene entre sus principales funciones la facilitación del ejercicio de la defensa. Entre ellas debe destacarse la sentencia C-025 de 2010, porque en esa oportunidad la Corte Constitucional resolvió lo atinente a la congruencia que debe existir entre imputación y acusación, para lo que fue determinante, según se verá, el carácter progresivo de la actuación penal. Al respecto, el alto tribunal resaltó lo siguiente:

En este orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto

¹³ Sin embargo, debe aclararse que solo existe regulación expresa para los casos de terminación anticipada de la actuación penal. De ahí que deba realizarse un estudio más amplio para establecer dicha posibilidad en el trámite ordinario.



*de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, **fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos.***

Bajo ese entendido, la Corte concluyó que el artículo 288, en su numeral segundo, se ajusta a la Constitución Política.

Del referido fallo de constitucionalidad debe resaltarse lo siguiente: (i) se hace hincapié en que la fase de imputación desarrolla los artículos 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo que concierne al derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y a contar con tiempo suficiente para preparar su defensa; (ii) el análisis se centró en el desarrollo que de esa temática había realizado esta Sala; (iii) concluyó, en armonía con lo precisado por esta



Corporación, que el núcleo de la imputación solo puede modificarse a través de la adición de la misma; (iv) aunque aclaró que en virtud de la progresividad de la actuación, en la acusación pueden incluirse “*nuevos detalles*”, que pueden determinar el cambio de la calificación jurídica; (v) en armonía con lo establecido en los artículos 339 y 351, dejó sentado que esos cambios deben ser producto de la actividad investigativa; y (vi) precisó que dichas modificaciones deben ser razonables.

Algunos aspectos de la decisión de la Corte Constitucional tienen textura amplia, como sucede, por ejemplo, con el análisis de la ***razonabilidad*** de los cambios que pueden introducirse a la premisa fáctica, en la audiencia de acusación, y lo que debe entenderse por “***nuevos detalles***”, que puedan incidir en la calificación jurídica. Por tanto, por su importancia para la solución del caso objeto de estudio, la Sala hará algunas precisiones sobre el particular, siempre bajo el entendido del carácter vinculante del fallo de constitucionalidad.

6.2.4.2. La diferencia entre la premisa fáctica y la premisa jurídica

Debe reiterarse que la premisa fáctica de la imputación abarca todos los hechos, bien los atinentes al tipo básico, ora los que corresponden a las circunstancias genéricas y específicas de mayor o menor punibilidad y, en

general, a los demás elementos estructurales de la conducta punible. La calificación jurídica corresponde a la selección de las normas en las que dichos hechos pueden ser subsumidos.

Según se ha resaltado a lo largo de este proveído, la calificación jurídica puede ser variada en la acusación y, bajo ciertas circunstancias, en la sentencia¹⁴. Para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala, debe analizarse lo concerniente a los cambios que pueden introducirse a los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación.

6.2.4.3. Los aspectos constitucionalmente relevantes que deben tenerse en cuenta para establecer el tipo de modificaciones que, en la acusación, pueden hacerse a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación

Tanto la Corte Constitucional como esta Corporación han establecido que la formulación de imputación cumple, entre otras funciones, la de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los hechos que se le endilgan y a contar con tiempo suficiente para preparar su defensa. Desde esta perspectiva, lo deseable es que los

¹⁴ CSJSP, 25 mayo 2015, Rad. 42287, entre muchas otras.

cargos comunicados en la imputación sufran el menor número posible de variaciones.

Debe resaltarse, además, que esta “*garantía judicial mínima*”, como se le denomina en los ya referidos tratados internacionales, tiene mejores posibilidades de materialización en la medida en que la defensa conozca con la mayor anticipación posible dichos hechos, entre otras cosas porque el paso del tiempo puede dificultar las prácticas investigativas (localización de testigos, recuperación de grabaciones de cámaras de seguridad, etcétera).

De otro lado, el carácter progresivo de la actuación penal, que implica la práctica de actos de investigación después de la formulación de imputación, puede incidir en la protección de los derechos de las víctimas y del interés de la sociedad en que los delitos sean investigados y los responsables sancionados. En efecto, es posible que luego de que se le formule imputación a quien fue capturado en flagrancia por el delito de homicidio, se establezca que actuó por promesa remuneratoria, o por un motivo que pueda calificarse como abyecto o fútil, etcétera.

La adición a la imputación es un mecanismo idóneo para afrontar esta problemática, pero puede dar lugar a dilaciones innecesarias y/o a la mayor congestión judicial si se exige para todo tipo de modificaciones de la premisa fáctica. Al efecto, resulta suficiente traer a colación el

número de personas que deben intervenir en la diligencia, la disposición de salas de audiencia y otros componentes logísticos, el traslado de las personas privadas de la libertad, etcétera.

Por tanto, resulta imperioso precisar el sentido y alcance de las normas que regulan este aspecto, incluidas, claro está, las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010. Con ese propósito, la Sala abordará algunas situaciones que pueden dar lugar al cambio de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación.

Antes, debe resaltarse que el carácter progresivo de la actuación penal también constituye un instrumento idóneo para proteger los derechos del procesado, entre otras cosas porque: (i) es posible que los actos de investigación permitan modificar la premisa fáctica de la imputación, en un sentido favorable al sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal; y (ii) la posibilidad de perfeccionar la investigación y, a partir de ello, consolidar los cargos, debe disuadir a los fiscales de *“inflar la imputación”*, lo que puede incidir negativamente en los fines inherentes a esta actuación.

6.2.4.4. Aspectos de la premisa fáctica que podrían sufrir variaciones

6.2.4.4.1. Circunstancias de tiempo, modo y lugar que no inciden en el cambio de calificación jurídica

Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.

Ello no solo se aviene al carácter progresivo de la actuación, sino, además, a lo regulado en el artículo 339 sobre las aclaraciones, adiciones o correcciones que pueden hacerse al escrito de acusación. Bajo esas condiciones, difícilmente puede alegarse que el procesado ha sido sometido a algún tipo de indefensión, por el conocimiento tardío de los hechos por los que es llamado a responder penalmente.

6.2.4.4.2. Cambios favorables al procesado

En la acusación pueden suprimirse hechos que habían sido incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado. Ello puede suceder, por ejemplo: (i) si se eliminan circunstancias genéricas o específicas de agravación; (ii) se suprimen aspectos fácticos y, por ello,



hay lugar a subsumir la conducta en un tipo penal menos grave, siempre y cuando ello no implique indefensión; (iii) se dan por probados los presupuestos fácticos de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas; etcétera.

Estas modificaciones, además de favorecer al procesado, no conllevan una sorpresa que limite el ejercicio de la defensa, porque los hechos que se mantienen en la acusación ya le habían sido informados en la audiencia de imputación, cuyo núcleo fáctico debe mantenerse.

6.2.4.4.3. Cambios desfavorables al procesado

6.2.4.4.3.1. La inclusión de los presupuestos fácticos de nuevos delitos

No sobra advertir que se trata de un evento diferente al cambio de calificación jurídica de los hechos incluidos en la imputación. Este tipo de cambios es relevante cuando, en la acusación, la Fiscalía se refiere **por primera vez** a hechos que, individualmente considerados, pueden subsumirse en un determinado tipo penal.

En la decisión CSJSP, 10 dic. 2015, Rad. 45888, la Sala fijó su postura frente a este evento. En esa oportunidad, se formuló imputación, entre otros, por el delito de prevaricato, sobre la base de que el procesado

tomó diversas decisiones, que la Fiscalía consideró manifiestamente contrarias a la ley porque tuvieron como fundamento un decreto que había sido anulado por la autoridad judicial competente. En la acusación, la Fiscalía no se refirió únicamente a los actos administrativos proferidos a la luz de dicho decreto, si no, además, a que el mismo (el anulado judicialmente) también era manifiestamente contrario a la ley y, por tanto, con su emisión se incurrió en el delito previsto en el artículo 413 del Código Penal.

Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por “*sobreentendido*” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría ***inferirse*** de los hechos –lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, analizada en precedencia-; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos facticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como “*detalles*”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la

imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves –Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que ello debe hacerse a través de la adición a la imputación; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes.

6.2.4.4.3.2. Para mutar a otro delito más grave, que comparta algunos presupuestos fácticos con el incluido en la imputación

Cuando se trata de la incorporación de aspectos factuales que dan lugar a la aplicación de un tipo penal diferente, difícilmente puede hablarse de que se trata de simples detalles, máxime cuando ello conlleva cambios drásticos en el juicio de responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si en la imputación se plantea que el investigado mató a su madre u otro pariente cercano “*por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave*” –homicidio por piedad, Art. 106-, y, luego, la Fiscalía establece que ese elemento intencional no estuvo presente y que la muerte se produjo para acceder tempranamente a una herencia –homicidio agravado, artículos 103 y 104-.



En principio podría pensarse en una regla orientada a que, en cada caso, se evalúe la trascendencia del cambio de tipo penal, en orden a establecer si la modificación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse a través de la adición de la imputación, o si esas modificaciones encajan en lo expuesto por la Corte Constitucional acerca de los “**detalles**” factuales que pueden agregarse en la acusación e incidir en la calificación jurídica.

Sin embargo, ello podría dar lugar a discusiones interminables sobre la trascendencia de las modificaciones en cada caso en particular, con la consecuente afectación de la celeridad y eficacia de la administración de justicia, al tiempo que haría mucho más compleja la labor de los jueces.

En consecuencia, en aras de la igualdad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos del procesado, la Sala estima razonable que los cambios factuales que conlleven la imputación de un delito más grave, o que, tratándose de un delito menor, implique el cambio del núcleo fático de la imputación, no encaja en la categoría de “*detalles*” o complementos –C-025 de 2010-, por lo que deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional.



Bajo el anterior supuesto no queda cobijado el paso de tentativa a delito consumado, pues es sabido que dicha figura –la tentativa– es un dispositivo amplificador del tipo penal. De hecho, en ese ámbito suele presentarse con frecuencia la modificación de la calificación fáctica y jurídica, como cuando la víctima fallece con posterioridad a la formulación de cargos. Este tipo de modificaciones pueden realizarse en la audiencia de acusación, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal, se pone de presente que ocurrió la muerte de la víctima.

6.2.4.4.3.3. Para incluir circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad

Sin perder de vista que algunas circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad dan lugar a incrementos punitivos significativos, al tiempo que pueden incidir en la concesión de subrogados y otros aspectos relevantes en el ámbito penal, es claro que las mismas hacen alusión a ciertas circunstancias que rodean la comisión del delito, sin que modifiquen la esencia del mismo, como sucede, por ejemplo, con los motivos por los que se le causa la muerte a una persona (Art. 104)¹⁵, las circunstancias que rodean los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (Art. 211), etcétera.

¹⁵Se mantiene la base de un homicidio doloso (Art. 103), sin que se hayan ventilado aspectos subjetivos propios de tipos penales notoriamente atenuados, como el homicidio por piedad (106), la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (108), entre otros.

Cuando los presupuestos facticos de las mismas se establezcan luego de la formulación de imputación, la audiencia de acusación constituye un escenario adecuado para adicionar esos detalles factuales que pueden incidir en la calificación jurídica.

Ello, bajo ninguna circunstancia, implica privar a la defensa del tiempo suficiente para diseñar su estrategia, entre otras cosas porque **ese es uno de los criterios que debe tener el juez para establecer el término que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria**, en orden a materializar la garantía judicial prevista en los artículos 8° y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

De hecho, un sistema procesal que no incluya la formulación de imputación puede desarrollar adecuadamente la garantía judicial en mención, siempre y cuando el procesado conozca oportunamente los cargos y cuente con suficiente tiempo para preparar la defensa. El estudio sobre la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación se ha suscitado porque el legislador optó por desarrollar esos componentes de los tratados internacionales sobre derechos, entre otras, con la consagración de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del Código Penal.

6.2.5. Síntesis

Del anterior análisis se extraen las siguientes reglas sobre la formulación de imputación: (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación *-juicio de imputación-* está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir

anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma.

Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adiccionarla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la

audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido.

6.2.6. El caso sometido a conocimiento de la Sala

6.2.6.1. La violación del debido proceso

6.2.6.1.1. La imputación

En la audiencia celebrada el 12 de noviembre de 2009 el fiscal expresó lo siguiente:

Pasaremos ahora a la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, y vemos que estos hechos inician con la denuncia penal formulada por Yudy Esperanza Rodríguez, en la cual se denuncia penalmente al señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ de haber abusado sexualmente del menor Y.E.L.R, ya que en la denuncia como en la declaración del menor se logra establecer de que el señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS, en momentos en que el menor se desplazaba a un lote donde habían cultivos de guayaba, el procedía a acariciarle el pene y también a penetrarlo con su miembro viril, esto sucedió en repetidas veces, eh, por ello se adelantaron labores de...

En ese momento la juez manifiesta: “doctor, más o menos establézcamos la época”. El fiscal respondió:

De los relatos que se hacen la madre habla de que los hechos se sucedieron en el 2008. En la denuncia dice que estos comenzaron a ocurrir, como fecha inicial de ocurrencia de los hechos, a partir del 20 de junio de 2008, y a partir de este 20 de junio sucedieron 10 veces más. De todos modos, la fecha está por..., vimos, fecha 2008, en el año 2008, y, eh, hablamos de una actitud concursal ya que se repitió varias veces este hecho de abuso sexual en contra del menor antes mencionado.

Por ello, ante el hecho que el menor relata de cómo el señor GUILLERMO VARGAS lo penetraba sexualmente, con su miembro viril en su ano, se manda a Medicina Legal, la cual nos dice que sí, efectivamente, hay un desgarró anal a las 8, pero no nos concluye que este pueda ser, en un momento dado, producto de



*acceso carnal, para eso se solicitará a Medicina Legal que amplíe ese dictamen para efectos de determinar si esos desgarros son producto de penetración del miembro viril, ya que se descarte por parte del médico legista el estreñimiento o la parasitosis como causal de este desgarró, eh, el mismo aclara de manera verbal que hay una diferencia entre fisura y desgarró, una fisura se presenta por estreñimiento o por parasitosis, y los desgarros se podría presumir por la inclusión del miembro viril, pero esta aseveración no consta en el documento médico legal sexológico, **por lo cual la Fiscalía restringe por ahora la imputación a actos sexuales.***

Por ello y en razón a los hechos anteriormente mencionados, la Fiscalía formula imputación a título de autor material de los delitos previstos en el Libro Segundo, parte especial del Código Penal; Título IV delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; Capítulo Segundo, de los actos sexuales abusivos; artículo 209, actos sexuales con menor de 14 años, el cual, de conformidad con el incremento de pena (...).

Con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 4º, cuando estos delitos se cometen con menor de 14 años. Como ya vimos, el menor nació el 28 de febrero de 2001, lo cual nos permite a nosotros colegir que cuenta con 8 años de edad. Esta agravante aumentará la pena (...).

Nos encontramos, además, que hay unas circunstancias de mayor punibilidad, que son las previstas en el artículo 58 del Código Penal, las cuales esta fiscalía ubica en el numeral segundo, cuando se ejecuta la conducta punible por motivo abyecto, vemos que algo abyecto es algo despreciable, es algo vil, en este caso el abuso sexual de menores es eso, algo vil, algo despreciable. Y el numeral quinto, que nos habla cuando se

ejecuta la conducta punible y se habla de mediante ocultamiento o con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, vemos que él era mayor de edad, se trata de un niño de 8 años, y aprovechando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dificultaban la defensa del ofendido; vemos que esto siempre sucedió en un lote, cuando el menor estaba solo, eh, dada la escases del mismo le era difícil defenderse y por el hecho de que aprovechaba ese sitio despoblado y solitario es que se configura la causal del numeral 5° como circunstancia de mayor punibilidad.

Vemos que entonces los delitos, ya de manera concreta, serían actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo, actos sexuales agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo. Esta es la imputación que hace la Fiscalía, de conformidad con el artículo 288.

La Sala advierte que el fiscal se apartó de la mayoría de reglas analizadas en el apartado 6.2, toda vez que: (i) entremezcló los cargos con el contenido de la denuncia, la versión de la víctima y el dictamen emitido por el médico legista; (ii) en lugar de limitarse a exponer de manera sucinta y clara la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debió delimitar previamente a partir del estudio de la información recopilada hasta ese momento, realizó ese análisis durante la audiencia; (iii) según ese particular estudio, concluyó que no existía mérito para formular imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, porque al parecer entendió que, para ello, era imperioso que el médico legista confirmara o descartara que los hallazgos hechos en el cuerpo del niño

eran producto de la introducción del pene en el ano; (iv) finalmente, concluyó que solo existía mérito suficiente para imputarle a VARGAS MARTÍNEZ los tocamientos y demás actos sexuales relacionados por la víctima, con la aclaración de que no existía base suficiente para concluir que se materializó la referida penetración, y, así, optó por “**restringir**” la imputación al delito de actos sexuales con menor de 14 años, consagrado en el artículo 209 del Código Penal; (v) **no relacionó, ni directa ni tácitamente, algún referente fáctico de la violencia que haya podido ejercer el procesado para consumir las conductas narradas en precedencia;** (vi) hizo alusión a circunstancias de mayor punibilidad, en las que no se recabará habida cuenta de que no fueron incluidas en la acusación, sin que pase inadvertida la ligereza con la que actuó este funcionario, pues, a manera de ejemplo, retomó los elementos estructurales del tipo penal para concluir que, por esas mismas circunstancias, hay lugar a una mayor punibilidad, a la luz del numeral 2º del artículo 58 del Código Penal, ya que realizar actos sexuales con un niño es “*algo vil, algo despreciable*”; y (vii) a pesar de estas deficiencias, finalmente a VARGAS RAMÍREZ se le informó con aceptable claridad que sería investigado por los **actos sexuales** referidos por el acusador *-bajo el entendido de que, para ese momento, se desestimó la penetración-*, cometidos bajo unas puntuales circunstancias de tiempo y lugar, en detrimento de una persona plenamente identificada.



6.2.6.1.2. La acusación

En el escrito de acusación la Fiscalía, de nuevo, incurrió en el error de referirse al contenido de la denuncia y de las versiones de otros testigos, para reiterar que las conductas endilgadas a JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ encajan en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal. Sin embargo, en la audiencia de acusación la funcionaria asignada para la fase de juzgamiento anunció que cambiaría lo expuesto en el escrito, toda vez que

*[e]stá claro, conforme a los elementos materiales probatorios, a lo manifestado por el menor y demás elementos que reposan en la carpeta de la Fiscalía, **que existió una penetración anal repetitiva en un niño menor de 8 años.***

Plantea que esas conductas se realizaron aproximadamente 10 veces. Luego, hizo alusión a los presupuestos fácticos de la violencia que el procesado ejerció sobre la víctima:

Es acceso carnal violento, toda vez que el menor en ningún momento prestó el consentimiento para que se realizaran estos actos, este acceso carnal. Igualmente, es claro en manifestar que sobre el se ejercía tanto violencia física como violencia psíquica para obtener este acceso carnal por parte del acusado. Igualmente, el niño sufrió intimidación de no contar, con la amenaza que le pegaba, y el niño, sus palabras es que lo jodía, tal como lo manifestó anteriormente.



Finalmente, sobre la calificación jurídica dejó sentado que: (i) se trata de un delito de acceso carnal violento, previsto en el artículo 205 del Código Penal, y no de actos sexuales con menor de 14 años, como lo entendió su predecesor luego de descartar la existencia de la penetración; (ii) concurre la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 211, numeral 4º, de la misma codificación, porque el niño tenía ocho años cuando fue víctima del abuso sexual; (iii) la conducta se realizó aproximadamente 10 veces, por lo que se configura un concurso homogéneo; y (iv) no existe mérito para incluir las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 58 ídem, referidas en la imputación.

Así, es claro que en la acusación la Fiscalía modificó la base fáctica de la imputación, lo que dio lugar a la formulación de cargos por un delito más grave (acceso carnal violento, agravado por la edad de la víctima), pues, valga la repetición, la imputación se hizo por actos sexuales diversos del acceso carnal.

Debe resaltarse, además, que ese cambio no ocurrió porque en la fase de investigación se hubieran obtenido nuevas evidencias, sino por el error manifiesto en que incurrió el fiscal que tuvo a cargo la imputación, quien consideró necesario que un perito le dijera expresamente

que las huellas halladas en el cuerpo de la víctima inexorablemente corresponden a un abuso sexual.

Bajo estas condiciones, si en su momento la Fiscalía consideró que debía modificar la base fáctica de la imputación, para llamar a juicio al procesado por un delito más grave, debió adicionar la imputación, tal y como se explicó en el apartado 6.2.4.4.3.2.

6.2.6.1.3. La premisa fáctica de la condena emitida por el Tribunal

El Tribunal declaró probado que entre los años 2008 y 2009 JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ accedió carnalmente *-por vía anal-* a Y.E.L.R, de ocho años de edad. Esta conclusión tiene como fundamento: (i) lo que expresó la víctima en el juicio oral, en el sentido de que el procesado, quien laboraba en la finca donde él vivía con sus padres, lo accedió carnalmente en diversas ocasiones; (ii) lo expuesto por la profesora, la madre y el padre del menor, quienes hicieron alusión al relato de este, que coincide en los aspectos esenciales con lo que dijo en el juicio, así como a los cambios comportamentales del niño, al parecer derivados del abuso sexual; (iii) las conclusiones de la psicóloga que atendió a Y.E.L.R, atinentes a la afectación que este sufrió, principalmente por las burlas y los señalamientos a los que fue sometido por sus compañeros de estudio; y (iv) los hallazgos hechos por el médico legista,

pues si bien es cierto este no descartó que el desgarró –en el ano- pudieran tener otras causas, aclaró que es compatible con el abuso sexual relatado por el afectado.

Asimismo, concluyó que

*[l]a violencia psíquica ejercida por VARGAS sobre el menor aparece acreditada **con la declaración del niño**, según la cual, consistió en la amenaza de decirle a don Silverio que los sacara de la vivienda de propiedad de este último, que era el hogar de la familia del infante, sus padres y sus dos hermanas.*

*Tal amenaza constituyó motivo suficiente para que VARGAS lograra sus protervos propósitos, dado que era un trabajador antiguo de la finca, tenía relación directa con Silverio y para la mente del infante constituía una seria posibilidad de ser desalojado de la casa, por lo tanto, **constituyó la fuerza necesaria para que accedería pasivamente a las vejaciones** y omitiera contarlo a otras personas.*

(...)

En efecto. Silverio Guapacha era el dueño del predio y la vivienda donde se hospedaba la familia Luna Rodríguez y donde trabaja el agresor y en la mente infantil de la víctima fácilmente podía instalarse la idea de la capacidad de VARGAS de cumplir su amenaza, dado que era una persona conocida de su entorno, a quien vio como allegado a su casa desde su más tierna infancia. Así mismo, el temor enorme que sentía frente a sus padres lo llevó a ocultarles lo que sucedía, según se lo narró a la profesora

Barreto Cortés y ésta lo informó de viva voz, según la percepción que tuvo de la actitud de J.E.L.R¹⁶.

Por tanto, es claro que: (i) a JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ le fue imputado el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles; (ii) ello obedeció a un error del fiscal que tuvo a cargo el “juicio de imputación”; (iii) en la imputación no se hizo alusión expresa o tácita a los hechos constitutivos de la violencia ejercida por el procesado sobre la víctima; (iv) aunque la fiscal a la que posteriormente le fue asignado el caso consideró que debía ser llamado a juicio por el delito de acceso carnal violento, agravado por la edad de la víctima, no adicionó la imputación, e introdujo dicho cambio en la acusación; (v) el Tribunal emitió la condena por los cargos incluidos en la acusación; y (vi) de esta manera, se violó el debido proceso, en los términos analizados en el numeral 6.2.2.1, toda vez que los hechos incluidos por primera vez en la acusación (la penetración y la violencia ejercida sobre la víctima), dieron lugar al llamamiento a juicio por un delito más grave.

De tiempo atrás la Sala ha precisado que es posible emitir la condena por un delito menos grave que el incluido en la acusación, o suprimir circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad cuando las mismas no han sido demostradas, siempre y cuando: (i) no se modifique el

¹⁶ Negrillas fuera del texto original.

núcleo de la acusación; (ii) se trate de un delito de menor entidad; (iii) no se genere indefensión para el procesado; y (iv) no se avizore la trasgresión de los derechos de otros intervinientes (CSJSP, 25 mayo. 2015, Rad. 44287, entre muchas otras).

Por las mismas razones, el juez puede emitir la condena por un delito menor, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación, no solo cuando ello obedezca a que algunos aspectos factuales **no se demostraron más allá de duda razonable**, sino, además, cuando los mismos no puedan ser considerados **porque fueron adicionados en la acusación con violación del debido proceso**, siempre y cuando la condena por el delito “*menor incluido*” no ponga al procesado en indefensión ni afecte de alguna otra manera sus derechos fundamentales. No existe ninguna discusión cuando se trata de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, pues las mismas pueden ser suprimidas por alguna de estas dos razones, sin que con ello se viole el debido proceso, como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (6.2.4.4.3.3).

En el caso objeto de análisis no es posible emitir la condena por el delito previsto en el artículo 205 del Código Penal (acceso carnal violento), porque la imputación *-fáctica y jurídicamente-* se redujo al delito de actos sexuales diversos del acceso carnal, sin que se haya incluido o insinuado

algún referente fáctico de la violencia ejercida sobre la víctima. Como la imputación no se adicionó, no era posible incluir estos referentes fácticos en la acusación, pues era evidente que ello conducía a subsumir los hechos en un tipo penal mucho más grave, como en efecto ocurrió, en contravía de lo analizado en el numeral 6.2.4.4.3.2.

Bajo estas condiciones, deben aplicarse las mismas reglas sobre congruencia, con la diferencia de que deben suprimirse algunos aspectos factuales, no por falta de prueba, sino por razones jurídicas, concretamente porque fueron incluidos irregularmente en la acusación. Ello no genera indefensión para el procesado, porque: (i) siempre tuvo claro que fue llamado a responder penalmente porque abusó sexualmente del menor Y.E.L.R., bajo puntuales circunstancias de tiempo y lugar; (ii) en la imputación se dio por sentado que realizó las conductas descritas por la víctima, pero se cuestionó que el pene haya alcanzado a ingresar en el ano, por lo que el fiscal optó por el tipo penal consagrado en el artículo 209; (iii) los hechos adicionados en la acusación –*la penetración y la violencia*– no determinan la relevancia penal de la conducta, sino la elección de un tipo penal diferente, pero, igualmente, ubicado en el acápite destinado a la libertad, integridad y formación sexuales, toda vez que, en todo caso, el procesado tocó libidinosamente al niño y le puso el pene en la región anal; (iv) si se emite la condena por el delito incluido en la imputación, no se desborda el núcleo fáctico de la

acusación, pues simplemente se estarían suprimiendo los hechos **adicionados** extemporáneamente en los cargos; (v) se trata, sin duda, de delitos de la misma especie; (vi) no se genera indefensión para el procesado, pues este siempre tuvo claro que fue llamado a responder penalmente por los abusos sexuales a que sometió a Y.E.L.R., quien para ese entonces contaba con ocho años de edad; y (vii) se evita la repetición innecesaria de un proceso penal, por hechos ocurridos hace más de 10 años, lo que se ajusta a la obligación de garantizar la prontitud y eficacia de la administración de justicia, sin sacrificar los derechos del procesado.

En principio podría afirmarse que con esta solución se afectan los derechos de la víctima, pues, finalmente, en la condena se dejan de considerar algunos hechos que fueron demostrados en el juicio oral, concretamente, que el procesado logró la ya referida penetración y ejerció violencia sobre la víctima. Sin embargo, debe considerarse que: (i) la protección de los derechos de los menores no implica que puedan eliminarse las garantías debidas al procesado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637, entre otras); y (ii) la eventual anulación del trámite podría someter al afectado a un nuevo proceso, más de 10 años después de ocurridos los hechos, lo que, sin duda, podría victimizarlo nuevamente, en el ámbito judicial.

6.3. La solución del caso

Por lo expuesto, la Sala tomará las siguientes decisiones:

No casará el fallo impugnado por las razones expuestas por el impugnante.

Casará parcialmente y de oficio la decisión emitida por el Tribunal, en el sentido de declarar que la condena procede por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.

En consecuencia, se ajustarán las penas de la siguiente manera:

Este delito tiene asignada la pena de prisión de 9 a 13 años. Como no concurren circunstancias de menor punibilidad y a favor del procesado se predica la ausencia de antecedentes penales, la pena debe establecerse dentro del primer cuarto de movilidad, tal y como lo concluyó el Tribunal. El mismo oscila entre 108 y 120 meses de prisión.

En atención a los parámetros utilizados por el juzgador de segundo grado para tasar la pena (*incrementó el mínimo en el 57% del rango de movilidad*), la pena por el delito base se estima en 114 meses, habida cuenta de que el procesado no solo aprovechó la confianza que en él había

depositado la familia Luna Rodríguez, sino que, además, para consumar los abusos sexuales eligió un lugar “*donde al menor se le dificultaba pedir auxilio*”, esto es, un despoblado de la finca donde este vivía con sus padres y donde el procesado laboraba asiduamente. Ello, sin que pueda pasar desapercibido que ejerció presiones psicológicas sobre el niño para evitar que este le contara a sus padres lo que venía sucediendo.

A la luz de esos mismos parámetros, por los otros abusos sexuales *-aproximadamente 9-*, cometidos bajo las mismas circunstancias, la pena se incrementará en 62 meses, lo que, en esencia, recoge el sentir del juzgador de segunda instancia frente a la tasación de la pena por el concurso de conductas punibles.

Por tanto, al procesado se le impondrá la pena de prisión de 176 meses, así como la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Las decisiones del Tribunal acerca de la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria se mantienen incólumes, porque las razones que las sustentan se mantienen vigentes a pesar del cambio atrás indicado, bien por el monto de la pena que finalmente se impone, ora porque subsiste la prohibición prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

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

RESUELVE

Primero: no casar el fallo por las razones expuestas en la demanda de casación.

Segundo: casar parcialmente y de oficio la sentencia de segunda instancia, en orden a declarar que la condena procede por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles. En consecuencia, a JOSÉ GUILLERMO VARGAS MARTÍNEZ se le imponen las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ambas por el término de ciento setenta y seis (176) meses.

Tercero: En los demás aspectos el fallo se mantiene incólume, incluyendo lo resuelto sobre la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra la presente decisión no proceden recursos.



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



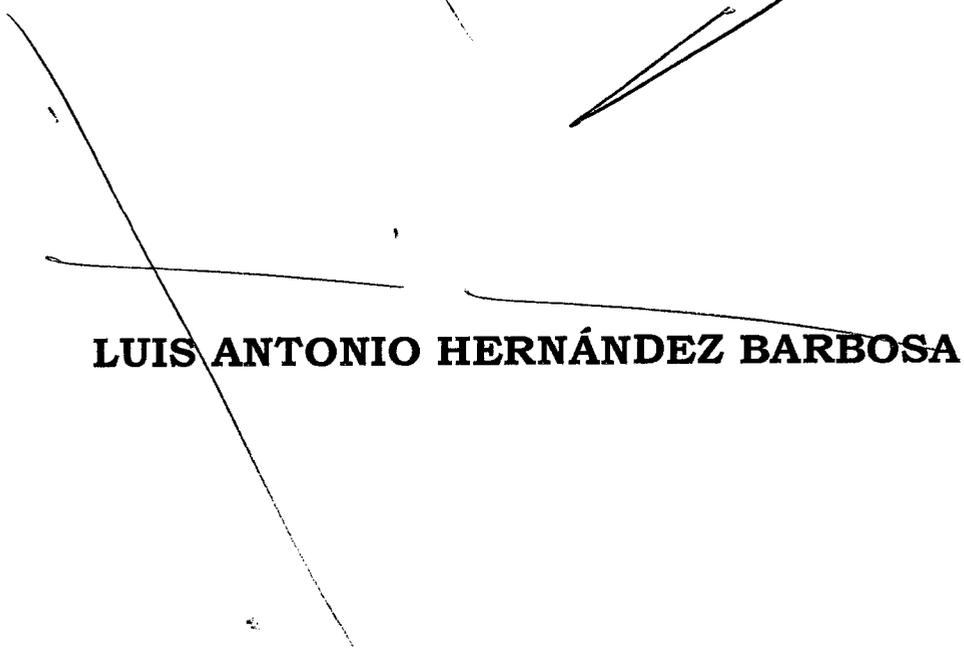
EYDER PATIÑO CABRERA



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

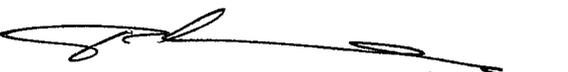


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA





PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova García
Secretaria



10 JUN 2019

10 JUN 2019