



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Marzo 23 de 2021 n.º 03

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - ACTA DE INCAUTACIÓN:

La firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no constituye una declaración ni la aceptación de su participación en un delito

La Sala casó la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, confirmó la absolutoria de primera instancia, impuesta al procesado por el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, tras advertir que el Tribunal incurrió en errores relevantes de apreciación probatoria, que lo llevaron a concluir equivocadamente que la firma impuesta por el aprehendido en el *acta de incautación* del elemento, constituía una declaración y aceptación de su participación en el delito. En este sentido, la Corporación encontró fundamental precisar varios aspectos relacionados con el valor probatorio de este tipo de documentos, para insistir en que la suscripción por parte del afectado con el procedimiento, no puede tomarse como una especie de confesión con respecto a los hechos narrados por el servidor público encargado de elaborarla, y recordar además que a partir de ésta se activan inmediatamente las garantías de aquél, particularmente la referida al derecho constitucional a la *no autoincriminación*.

SP729-2021 (53057) del 03/03/2021

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actas de incautación: deben ser diligenciadas en actuaciones de la policía de vigilancia o judicial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actas de incautación:** relato o descripción que hace el servidor público sobre el procedimiento, los hallazgos y demás aspectos de interés || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actas de incautación:** en ocasiones se requiere que la persona afectada suscriba el documento || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actas de incautación:** relato del servidor público, constituye una declaración rendida por fuera del juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actas de incautación:** relato del servidor público, tiene un carácter incriminatorio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Actas de incautación:** relato del servidor público, activa todas las garantías del procesado en el juicio oral || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** no puede tomarse como una especie de confesión o aceptación de los hechos narrados por el servidor público encargado de elaborarla || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no constituye una declaración ni la aceptación de su participación en un delito || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no constituye aceptación de su responsabilidad en un delito || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** el interrogatorio el mecanismo para obtener información de parte del indiciado, imputado o acusado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no constituye una declaración ni la aceptación de su participación en un delito, relación con el derecho a la no autoincriminación || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Momento a partir del cual se activa** || **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Acta de incautación: no constituye una actuación estatal orientada a obtener evidencia testimonial sobre los hechos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** su finalidad principal se orienta al control de las actuaciones estatales que entrañan la afectación de derechos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** aducción, la Fiscalía debe presentar al testigo en el juicio oral, sin perjuicio su eventual admisión a título de prueba de referencia, o de su utilización para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad

«A la luz del anterior desarrollo jurisprudencial, la Sala analizará lo concerniente a las **actas de incautación.**

En primer término, debe aclararse que este tipo de documentación **debe ser diligenciada en diversas actuaciones de la policía** (de vigilancia o judicial), principalmente las que implican la afectación de derechos fundamentales: allanamiento y registro, captura, incautación, entre otras.

Esas actas **contienen información perfectamente diferenciable**, a saber: **(i)** el relato o descripción que hace el servidor público sobre el procedimiento, los hallazgos y demás aspectos de interés, y **(ii)** en ocasiones, se requiere que la persona afectada suscriba el documento.

Lo primero, esto es, **el relato o descripción que hace el servidor público, constituye una declaración rendida por fuera del juicio oral, con un claro carácter incriminatorio**, pues allí se hace alusión a los motivos de la captura (cuando se trata de la privación de la libertad), las evidencias encontradas en el inmueble (en casos de allanamiento y registro), el tipo de evidencias y el lugar donde supuestamente eran portadas por el aprehendido (en los eventos de incautación), etcétera.

Como se trata de una declaración claramente incriminatoria, o, visto de otra manera, de un testigo de cargo, **se activan para el procesado todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico**, entre las que se destacan el ejercicio del derecho a la confrontación, lo que tiene aparejada la obligación de que el testigo comparezca al juicio oral, salvo los eventos excepcionales de admisión de prueba de referencia.

De otro lado, **la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no puede**

tomarse como una especie de confesión o aceptación de los hechos narrados por el servidor público encargado de elaborar la respectiva acta, por las siguientes razones:

Primero, porque el acta no contiene una declaración del afectado. En estos casos, la firma (como en el acta de derechos del capturado, en el acta de allanamiento y, cuando sea el caso, en el acta de incautación) constituye un mecanismo de control a la actuación estatal, orientado a que la afectación de derechos fundamentales no desborde los límites constitucionales y legales.

Al margen de que la firma no entraña una descripción de hechos, es claro que el ordenamiento jurídico tiene dispuesto el mecanismo para obtener información de parte del indiciado, imputado o acusado, a saber, el interrogatorio regulado en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004, que consagra entre sus requisitos la comunicación del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política y la presencia de un abogado defensor.

A propósito del **derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política**, la Sala ha precisado que, por expresa disposición legal, el mismo **se activa: (i)** cuando el Estado tiene información suficiente para considerar que un ciudadano en particular puede ser autor o partícipe del delito objeto de investigación (Art. 282); **(ii)** con la captura (Arts. 126 y 301 y siguientes); y **(iii)** con la formulación de la imputación (Arts. 126 y 286 y siguientes) (CSJSP, 23 nov 2017, Rad. 45899, entre muchas otras.

Concluir lo contrario, implicaría aceptar que en los casos de captura, allanamiento y registro, incautación, etcétera, las actas elaboradas por el policial o el investigador, y la firma que estampe la persona afectada con el procedimiento -cuando haya lugar a ello-, prácticamente constituyen prueba irrefutable de la ocurrencia de la conducta punible, bien porque en el documento se describe la relación del ciudadano con un delito en particular (porte de armas, de narcóticos, las razones de la captura en flagrancia, entre otras), y porque existe una firma del afectado con el procedimiento, que implica, según esa forma de ver las cosas, la convalidación de la información y, por esa vía, la aceptación de responsabilidad.

Esa postura es equivocada, principalmente porque implica la negación del proceso como escenario legítimo para la determinación de los

hechos penalmente relevantes y, consecuentemente, la abolición de las garantías debidas al sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, que encuentran un verdadero desarrollo en las reglas de evidencia, como sucede con la regulación de la prueba testimonial.

En síntesis, el **acta de incautación** y, en general, las actas que deben elaborarse en procedimientos que implican la afectación de derechos: **(i)** no constituye una actuación estatal orientada a obtener evidencia testimonial sobre los hechos; **(ii)** su finalidad principal se orienta al control de las actuaciones estatales que entrañan la afectación de derechos; **(iii)** en lo que concierne al funcionario público, el acta contiene su versión de los hechos que rodearon la incautación, la captura o el registro; **(iv)** como dicha declaración suele estar íntimamente ligada a la responsabilidad penal del procesado, el funcionario adquiere el carácter de testigo de cargo; **(v) si la Fiscalía pretende servirse de esa declaración para soportar su teoría del caso, debe presentar al testigo en el juicio oral**, para que sea sometido a interrogatorio cruzado, sin perjuicio del eventual debate sobre la admisión de esa declaración a título de prueba de referencia, o de su utilización para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad; **(vi)** la eventual incorporación de esas declaraciones a título de prueba de referencia está sometida a las puntuales cargas relacionadas en precedencia; **(vii) en lo que concierne a la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento, la misma no constituye una declaración, ni, mucho menos, la aceptación de su participación en un delito;** y **(viii)** cuando la persona suscribe ese tipo de documentos en calidad de indiciado, capturado o imputado -que es lo que ocurre con mayor frecuencia-, emerge una razón adicional que impide tener la suscripción del acta como una suerte de confesión o aceptación de algún dato que le comprometa penalmente, porque bajo cualquiera de esas circunstancias se ha activado el derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política (a no declarar en su contra ni en contra de sus familiares en los grados previstos en la ley), así como el derecho a contar con un abogado».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación: aducción, la Fiscalía debe presentar al testigo en el juicio oral, sin perjuicio su eventual admisión a título de prueba de

referencia, o de su utilización para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** aducción, cuando los policías concurren al juicio, evento en que la Fiscalía no solicitó su incorporación a título de prueba de referencia, ni como testimonio adjunto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** la firma estampada por la persona afectada con el procedimiento no constituye una declaración ni la aceptación de su participación en un delito || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acta de incautación:** evento en que el Tribunal valoró equivocadamente la firma estampada por el procesado como si se tratara de una confesión o aceptación de los hechos || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** sus efectos se producen tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria

«En el presente caso se tiene que: **(i)** se incorporó el acta de incautación, sin tener en cuenta que los policiales que participaron en el operativo comparecieron al juicio oral; **(ii)** no se avizoran razones para la admisión de esa declaración a título de prueba de referencia ni, mucho menos, se agotó el respectivo trámite legal; **(iii)** tampoco se presentaron los presupuestos para la incorporación de esa declaración a manera de testimonio adjunto; **(iv)** no obstante, el Tribunal valoró lo expuesto por los policiales en el acta, con la creencia errada de que por tratarse de un documento no era necesario verificar el contenido declarativo del mismo y, por tanto, aplicar las reglas de la prueba testimonial; **(v) aunque la firma plasmada por el procesado en el acta de incautación no constituye en sí misma una declaración, el Tribunal asumió que se trataba de una especie de confesión o aceptación de los hechos referidos por los policiales;** **(vi)** lo anterior, sin tener en cuenta, además, que el procesado estaba capturado, por lo que se habían activado los derechos a no declarar en su contra y a contar con la asesoría de un defensor, lo que constituye una razón adicional -y en sí misma suficiente- para que dicha rúbrica no pudiera ser valorada como evidencia incriminatoria; y **(vii)** lo anterior, por la creencia errada de que la acción de solicitarle al capturado la firma en el acta de incautación constituye una forma de obtener información incriminatoria y no un control a esta actuación estatal, que también opera frente a otras formas de afectación de derechos, como la captura, el allanamiento y registro, etcétera.

En síntesis, **la inferencia cifrada en que, por haber firmado el acta de incautación, el acusado aceptó que portaba municiones sin permiso, debe ser removida de la estructura probatoria que soporta la condena.** Tampoco

puede ser valorada la declaración de los policiales, contenida en el acta en mención».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:

Se vulnera, evento en que no conduce a la absolución ni a la nulidad, sino al proferimiento de fallo de reemplazo condenatorio, ajustado al contenido de la acusación

La Sala casó la sentencia impugnada, para condenar al procesado por el delito de *acceso carnal abusivo con incapaz de resistir*, tras advertir que el Tribunal incurrió en vulneración al *principio de congruencia*, al emitir la decisión por hechos que no constaban en la acusación y que equivocadamente fueron calificados en el tipo penal de *acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir*. Se precisó que en este caso la solución a la situación advertida no era la absolución ni la declaratoria de nulidad, sino el proferimiento de *fallo de reemplazo*.

SP401-2021 (55833) del 17/02/2021

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: se vulnera si la sentencia se profirió por hechos que no fueron atribuidos por la Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** la condena sólo puede emitirse por hechos incluidos en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera, evento en que no conduce a la absolución ni a la nulidad, sino al proferimiento de fallo de reemplazo condenatorio ajustado al contenido de la acusación || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Desconocimiento:** efecto de casar la sentencia, condenar por el delito imputado en la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** imputación fáctica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** desconocimiento, pronunciarse en la sentencia sobre cargos no incluidos en la

acusación (incongruencia positiva o por exceso) || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera, evento en que se profiere fallo de reemplazo en casación, de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir a acceso carnal con incapaz de resistir

«Examinada la actuación, la Corte advierte que **el Tribunal efectivamente desconoció el principio de congruencia toda vez que la sentencia se profirió por hechos que no fueron atribuidos por la fiscalía**, el fallo condenatorio desbordó el marco fáctico de la acusación.

En efecto, **la fiscalía en la acusación señaló que LETS accedió carnalmente a SNPB quien no se hallaba en condiciones de dar su consentimiento** por encontrarse bajo los efectos del alcohol, esto es, se aprovechó del estado en que se hallaba, **sin que refiriera en modo alguno que éste la indujera o desplegara comportamiento tendiente a ponerla en esas condiciones**, esto es, no atribuyó la circunstancia específica que estructura la conducta punible descrita en el artículo 207 del CP., modificado por el artículo de la Ley 1236 de 2008

El Ad quem, por su parte, pese a coincidir en cuanto a la ejecución de la cópula por parte del acusado y a la imposibilidad mental de la víctima para dar su aquiescencia, sin embargo, agregó que TS accedió carnalmente a la víctima *«aprovechando el estado causado por el licor que le suministró durante el festejo»*, sin que la representante del ente investigador hubiese mencionado algún hecho en el sentido de que el procesado hubiese causado el estado mental de la ofendida. Además, **la atribución del Tribunal es contradictoria en la medida en que el aprovechamiento es propio del artículo 210 en tanto que la causación del estado de incapacidad es la característica del artículo 207.**

[...] De esta forma, **es evidente la inconsonancia** atribuida por el censor al fallo de segundo grado con la acusación, **al haberse declarado penalmente responsable a TS por un hecho no**

imputado específicamente por la fiscalía, haber causado el estado de incapacidad, por lo cual el cargo debe prosperar, aunque no la consecuencia pretendida por el recurrente y el Delegado de la Fiscalía ante la Corte, que se confirme la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado, **sino que se procederá a emitir fallo de remplazo condenatorio, como así ha obrado la Corporación en otras oportunidades ajustando la decisión al contenido de la acusación.**

La absolución resulta improcedente, esa no es la consecuencia lógico-jurídica de tal instituto, y, además, porque la fiscalía acreditó, más allá de duda razonable, los elementos constitutivos del componente fáctico de la acusación, adecuados al tipo penal previsto en el artículo 210 del C.P. y la responsabilidad del acusado, como se explicará en apartado posterior.

Tampoco hay lugar a declarar la nulidad, dado que esa no es la consecuencia para el caso concreto y que la jurisprudencia ha decantado en estos asuntos, por cuanto, de una parte, no fue invocada ni alegada por el casacionista; y, por otro lado, la Corte no observa actuación que vulnere de manera irreparable garantías a partes e intervinientes para disponer la invalidación de la actuación, pues aunque la fiscalía en la audiencia de imputación se refirió al artículo 207 del C.P., posteriormente en la acusación aclaró que la conducta correspondía al tipo penal del artículo 210 íb.- aunque también dio lectura del 207- pero, los argumentos facticos que relacionó solo registran y dan cuenta que LETS **se aprovechó del estado de incapacidad en que se encontraba la víctima para ofender la libertad sexual de ésta y nunca dio por sentado que el acusado hubiese sido el causante de ese estado como medio para la consumación del delito**, de ahí que la acusación fue hecha con

base en el artículo 210 del C.P., además que la defensa no formuló reparó sobre dicha situación.

Así, la juez, una vez concluida la intervención de la fiscalía, otorgó el uso de la palabra a las partes para que hicieran las solicitudes u observaciones que consideraran sobre la acusación.

El representante de la víctima señaló: «*No tengo nada que agregar señora juez.*».

Luego el defensor afirmó: «*Igualmente*»

De acuerdo con lo anterior, **el señalado dislate de la fiscalía en la denominación jurídica es intrascendente pues denota una confusa ligereza que conllevó un lapsus linguae**, dadas las similitudes entre los dos tipos penales mencionados, sin que se revele la intención de atribuir el delito previsto en el artículo 207; además que, como la Corte ha precisado, la congruencia que predomina en el actual modelo de enjuiciamiento penal es de *«índole naturalista [la cual] se fundamenta en la correlación del hecho histórico investigado, sin importar la calificación jurídica que en uno u otro momento se le imponga al mismo»*, siendo precisamente **la base fáctica expuesta** en la acusación sobre la que se ejerció el contradictorio en el juicio oral.

Los argumentos presentados al amparo del cargo por falso raciocinio formulados con base en la prueba indiciaria dan soporte al examen y conclusiones que se han dado en párrafos anteriores para dar por **demostrada la incongruencia por exceso de la sentencia dictada por el Tribunal**, cargo que en ese sentido prohija la Sala a petición del demandante, no así las consecuencias jurídicas que esta parte sugiere».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN - APLICACIÓN:

Evento en que reconocimiento de error de tipo sobre la edad de la víctima en delito sexual, resulta predicable de otra de las conductas atribuidas

Al revocar parcialmente el fallo impugnado para absolver al procesado de la atribución del delito de *utilización o facilitación de medios de*

comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años, la Sala advirtió que el Tribunal violó directamente la ley sustancial, cuando emitió sentencia por dicha conducta, en tanto que objetivamente el comportamiento se adecuaba en realidad al tipo de *actos sexuales con menor de catorce años*. Así mismo, habiéndose acreditado durante la actuación la confluencia de un *error de tipo* sobre el ingrediente normativo relativo a la edad del sujeto pasivo, en cuya virtud fue absuelto

frente a la conducta de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, encontró preciso reconocer que en esa misma línea obró respecto de esta otra imputación, en aplicación del principio de no contradicción, habida cuenta que una cosa no puede darse en dos dimensiones al mismo tiempo.

SP370-2021 (56659) del 17/02/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de tipo: se configura cuando el sujeto activo cree que la persona con la que se sostiene relaciones consensuadas supera esa edad || **PRUEBA DOCUMENTAL - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp):** apreciación || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de tipo:** se configura cuando el sujeto activo cree que la persona con la que se sostiene relaciones consensuadas supera esa edad || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura** || **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN - Un suceso no puede ser y no ser a la vez** || **PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN - Aplicación:** evento en que reconocimiento de error de tipo sobre la edad de la víctima en delito sexual, resulta predicable de otra de las conductas atribuidas || **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - Se configura** || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca parcialmente y confirma absolución de primera instancia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Orden de captura:** cancelación por sentencia absolutoria

«Se debe partir de la base de que el comportamiento cometido por JDGB, **se adecúa objetivamente al delito de actos sexuales con menor de catorce años**, en la medida en que se encuentra acreditado que **(i)** la menor D.P.P.D., en el período comprendido entre el 13 de julio y el 22 de octubre de 2012, tenía 12 años de edad; y **(ii)** en ese interregno el procesado sostuvo conversaciones de alto contenido sexual con ella por la red social Facebook, mediante las cuales la indujo a tener relaciones sexuales con él, al

punto que le envió imágenes de su miembro viril erecto y un link de una página pornográfica para que observara una felación, con la intención de que luego la realizara con él.

Dicho esto, no puede pasarse por alto que **las instancias absolviéron a JDGB por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años luego de considerar que**, si bien, se acreditó la tipicidad objetiva de dicha conducta, en tanto que el implicado accedió carnalmente vía oral y vaginal a la menor D.P.P.D., **a su favor concurre la eximente de responsabilidad penal por error de tipo sobre el ingrediente normativo** del tipo penal - persona menor de 14 años-, **el cual**, no sobra recalcar, **también se encuentra presente en el delito de actos sexuales con menor de catorce años.**

Al respecto, las instancias consideraron que el procesado incurrió en un error sobre la verdadera edad de la niña, dado que la menor **(i)** desde la primera conversación que sostuvo con el implicado le manifestó que tenía 14 años de edad, cuando en realidad tenía 12 años; **(ii)** registró en su perfil de Facebook que contaba con 18 años de edad, para poder tener acceso a esa red social; y, **(iii)** participaba de manera activa en las conversaciones, haciéndole saber al procesado sus apetencias y fantasías sexuales, e informándole que ya había tenido relaciones de ese tipo. Sin que, de otro lado, se hubiera acreditado la existencia de algún hecho indicador que *«le permitiera a GB inferir o cerciorarse de que aquella fuera menor de la edad que reiteradamente pregonaba»*.

Luego, **en estricto rigor lógico-jurídico y en virtud del principio de no contradicción**, conforme con el cual una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo, **si se reconoció a favor del procesado el error de tipo respecto del ingrediente normativo “persona menor de 14 años”** exigido en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y, en consecuencia, se concluyó que JDGB no sabía que D.P.P.D. era menor de 14 años para cuando sostuvo la relación sexual; **en esa misma línea debe considerarse que, cuando mantuvo las conversaciones de contenido sexual explícito con la niña, el implicado tampoco tenía conocimiento de dicha circunstancia**, más aun, cuando éste último comportamiento antecedió al primero.

A este respecto, el apoderado de la víctima manifestó que el implicado manipuló a la menor

para que dijera que tenía 14 años de edad y amplia experiencia sexual. No obstante, aparece probado que: **(i)** cuando la menor creó su perfil de Facebook, anotó que su fecha de nacimiento era el 3 de febrero de 1994, es decir, que tenía 18 años; **(ii)** el examen de las conversaciones sostenidas entre ellos revela que desde las primeras comunicaciones, esto es, antes de que iniciaran las insinuaciones sexuales y sin que el procesado se lo preguntara, la menor le hizo saber que ella tenía 14 años; **(iii)** al momento de rendir su testimonio, la niña dijo que siempre le manifestó a JDGB que descontaba 14 años de edad; y **(iv)** participaba de manera activa en las conversaciones, aun cuando no tenía conocimiento ni experiencia en lo sexual, por lo que buscaba respuestas en Google para hacerle creer al implicado lo contrario.

En un plano objetivo, de lo que los medios suasorios enseñan, **para la Corte es claro que se presentaron factores concretos y expresos que, en efecto, pudieron llevar al acusado a asumir que la menor, cuando menos, ya había superado los 14 años**; en contrario, ninguna de las pruebas recogidas por la Fiscalía y presentadas en juicio, advierten de la posibilidad de que el procesado, por encima de dichos factores, conociera **para la fecha de los dos reatos objeto de atribución penal**, que en realidad la víctima mentía o contaba con edad inferior a los 14 años.

5. Conclusiones

(i) La Fiscalía General de la Nación se equivocó en el proceso de adecuación jurídica.

(ii) El Tribunal incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal.

(iii) La conducta cometida por el procesado JDGB se adecua objetivamente al delito de actos sexuales con menor de catorce años.

(iv) En estricto rigor lógico, si se reconoció a favor del procesado el error de tipo respecto del ingrediente normativo “*persona menor de 14 años*”, exigido en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años; en esa misma línea debe considerarse que, cuando mantuvo las conversaciones de contenido sexual explícito con la niña, el implicado tampoco tenía conocimiento de dicha circunstancia, más aún cuando éste último comportamiento antecedió al primero.

De conformidad con lo anterior, la Sala declarará la prosperidad del cargo formulado por la demandante, radicado en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal.

En consecuencia, **la Corte revocará parcialmente el fallo** del 14 de noviembre de 2019, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a JDGB como autor responsable del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años para, en su lugar, absolverlo por ese reato, por lo que se revocará la orden de captura proferida en su contra».

(Textos resaltados por la Relatoría)

NULIDAD - DEBIDO PROCESO:

Se configura, cuando se presenta una petición de condena anticipada, en virtud de un allanamiento a cargos o un preacuerdo, y el juez opta por una absolución

Al casar la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal para, en su lugar, disponer la nulidad del proceso a partir de la audiencia mediante la cual se impartió aprobación a la manifestación de culpabilidad del procesado, la Sala tuvo ocasión de explicar que cuando se presenta una solicitud de condena anticipada, con ocasión de un allanamiento a cargos o un preacuerdo, el juzgador tiene limitada su facultad decisoria a la

emisión de un *fallo condenatorio*. En tal condición, de optar por el proferimiento de uno de *absolución*, se incurre en irregularidad sustancial por vulneración del *debido proceso*.

SP367–2021 (48015) del 17/02/2021

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEBIDO PROCESO - Alcance: debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas || **DEBIDO PROCESO - Alcance:** derecho a la presunción de inocencia y a ser vencido conforme a reglas preestablecidas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** juicio de imputación, le fue constitucionalmente asignado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación:** funciones en el sistema procesal, delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de sentencia condenatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** control por el juez, debe verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable, demostrada con evidencias e información recaudada por la Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** control por el juez de conocimiento, límites a la facultad decisoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** nulidad, vicios del consentimiento y o violación de garantías fundamentales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** implican renunciaciones y sacrificios mutuos tolerables dentro del marco del sistema || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** la aprobación de la manifestación de culpabilidad, constituye presupuesto de la sentencia anticipada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** control por el juez, límites a la facultad decisoria, en cuanto al sentido de la decisión sólo podrá ser condenatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos o negociaciones:** cuando son irregulares, el mecanismo correctivo, por regla general, es la nulidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** cuando se emite sentencia con base en una aceptación irregular, por regla general debe decretarse la nulidad de la decisión aprobatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** cuando se emite sentencia con base en una aceptación irregular, por regla general debe decretarse la nulidad de la decisión aprobatoria

«[...]el artículo 29-1 de la Constitución establece que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuación judicial. Ello porque la administración de justicia no puede lograrse de cualquier manera sino respetando los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, propósito que se logra acatando las formalidades esenciales establecidas en la Constitución y en la

ley. Por ello, el inciso 2º prevé que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio.

Conviene recordar que el «juicio de imputación» corresponde, de manera exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación, que, en cumplimiento de dicha función, debe proceder cuidadosamente, dada la trascendencia del acto en la estructura del proceso.

La imputación cumple tres funciones fundamentales: (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.

Sobre la última función, la Sala ha señalado que **el carácter vinculante de una alegación de culpabilidad no excluye el deber del juez de verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable y que está demostrada con las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía.** Probados esos aspectos, previo a aprobar la manifestación de culpabilidad del procesado -arts. 293, 351 y 369.2-, el juez deberá establecer que la aceptación de responsabilidad es «libre, consciente, voluntaria y debidamente informada», asesorada por el defensor técnico y respetuosa de las garantías fundamentales (arts. 8.1 y 293 párrafo). Sólo en estas condiciones será posible dejar de tramitar el juicio y se tornará imperativo para el funcionario dictar sentencia inmediata y conforme a los términos en que fue admitida la acusación.

De esta manera, **la aceptación del allanamiento y del preacuerdo limita la facultad decisoria del juez de conocimiento en dos aspectos:** (i) en cuanto al momento en que debe dictar sentencia, porque ya no será el ordinario legal, es decir, al finalizar el juicio oral, y (ii) **en cuanto al sentido de la decisión, pues esta sólo podrá ser condenatoria** (CSJ SP5400 de 2019).

Lo anterior porque el artículo 293 señala que «*examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo... y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia*». Pero **si hay vicios en el**

consentimiento del imputado o acusado o infracción de garantías fundamentales, deberá declarar la invalidez.

Por su parte, el artículo 351 señala que «los *preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*», regla que también consagra dos alternativas: o se dicta sentencia en los términos pactados o admitidos o se corrige la violación de las garantías propias del debido proceso.

El artículo 369-2 precisa que frente a la alegación de responsabilidad el juez puede aceptarla y, en consecuencia, dicta la respectiva sentencia condenatoria o la rechaza y adelanta el juicio «*como si hubiese habido una manifestación de inocencia*». De esta manera, la única consecuencia jurídica posible de la improbación de aquélla será la continuación del trámite procesal ordinario y, en caso de haberse avalado un allanamiento irregular, esta decisión tendrá que ser removida para que recobre vigencia la presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad a plenitud.

Lo anterior porque **los allanamientos y preacuerdos** son formas de negociación entre la defensa y la fiscalía que implican renuncias mutuas de ambas partes: el procesado se abstiene de ejercer los derechos a no autoincriminarse y a tener un juicio con todas las garantías descritas en el literal k del artículo 8; mientras que el ente acusador pierde la oportunidad de realizar ajustes fácticos y/o jurídicos a la imputación y a la acusación, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito - CSJ SP2042-2019-.

En suma, siguiendo los planteamientos consignados en nuestra decisión **SP5400 de 2019, ante la manifestación de culpabilidad del procesado, el juez de conocimiento sólo puede (i) aprobarla y dictar la sentencia condenatoria consecuente o (ii) rechazarla si quebranta garantías fundamentales y continuar el trámite procesal ordinario.** Pero **si adoptó la primera determinación frente a un allanamiento irregular**, situación reflejada en este caso, en el que no se contaba con la prueba mínima de la materialidad del delito, como es la calidad de la sustancia incautada y sus peso, **lo procedente será decretar la nulidad de la decisión aprobatoria del**

preacuerdo para que, en su lugar, se profiera el correspondiente rechazo y se continúe el proceso.

Y aunque la postura jurisprudencial anterior al pronunciamiento del 10 de diciembre de 2019 - CSJ SP5400-2019- establecía la posibilidad de emitir fallo absolutorio para proteger las garantías fundamentales sin que fuera necesario decretar la nulidad, esa tesis no aplica al caso porque la interpretación sobreviniente de la Sala impone la anulación del proceso desde la audiencia de aprobación del preacuerdo, dado que este quedó sin soporte probatorio ante la conclusión contenida en el dictamen pericial definitivo.

En efecto, acorde con lo establecido por la Sala en los precedentes SP2073 de 2020 y 52311 del 11/12/18, cuando las partes acuden a la terminación anticipada de la actuación penal, por allanamiento a cargos o por celebración de preacuerdos, le corresponde al juez verificar si están dados todos los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, esto es, **(i)** la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que corroboren la tipicidad de la conducta, **(ii)** el aporte de evidencias físicas e información legalmente obtenida que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado, **(iii)** la claridad de los términos del acuerdo a efectos de precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica corresponde a la materialización del principio de legalidad y en qué eventos es producto de los beneficios acordados por las partes, **(iv)** la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, sea por la modalidad y cantidad de los mismos o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos, y **(v)** que la renuncia al juicio del procesado haya sido libre, informada y asistida por su defensor».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez, debe verificar que se trata de una conducta típica, antijurídica y culpable, demostrada con evidencias e información recaudada por la Fiscalía || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen:** prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), apreciación probatoria || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de química forense:** apreciación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** reglas que deben

ser acatadas por los fiscales al celebrarlos, y por los jueces, al verificar los requisitos de la sentencia condenatoria anticipada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** control por el juez, límites a la facultad decisoria en cuanto al sentido de la decisión, sólo podrá ser condenatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos o negociaciones:** cuando son irregulares, el mecanismo correctivo, por regla general, es la nulidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** cuando se emite sentencia con base en una aceptación irregular, por regla general debe decretarse la nulidad de la decisión aprobatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** cuando se emite sentencia con base en una aceptación irregular, por regla general debe decretarse la nulidad de la decisión aprobatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formas de desestimar los cargos:** a través de la aplicación del principio de oportunidad o de la figura de la preclusión || **NULIDAD - Debido proceso:** se configura, cuando se presenta una petición de condena anticipada, en virtud de un allanamiento a cargos o un preacuerdo, y el juez opta por una absolución

«En este caso, el juez encargado de corroborar la legalidad del preacuerdo, al aprobarlo no verificó que las evidencias físicas e información aportada por la Fiscalía cumplieran con la exigencia del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 sobre la existencia de <<un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad>>, presupuesto orientado a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado e impedir que la sola <<confesión>> soporte la condena.

Si el fallador de primera instancia hubiese esperado a que la Fiscalía aportara la totalidad de los elementos materiales probatorios necesarios para inferir la autoría o participación en la conducta de EA, así como la tipicidad de la misma, como lo exige el artículo 327, se habría evitado incurrir en la irregularidad que la Sala debe corregir, pues **toda condena, así sea de carácter anticipado, debe estar fundada en elementos probatorios que permitan afirmar la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado.**

Lo cierto es que la presencia de dos conceptos contradictorios sobre el principal elemento objetivo del tipo, esto es, la calidad de la

sustancia incautada, **-la prueba preliminar PIPH y el dictamen definitivo-**, genera incertidumbre sobre la real ocurrencia del delito, lo que impedía aprobar el preacuerdo y emitir sentencia de condena.

Y aunque el Tribunal desestimó la conclusión contenida en el **estudio químico** realizado por el Instituto de Medicina Legal, esa apreciación no puede ser aceptada porque desconoce que la concurrencia de opiniones disímiles sobre un aspecto medular referido a la real ocurrencia del delito, no permite tener por satisfecho el requisito previsto en el artículo 327, orientado, como ya se dijo, a salvaguardar la presunción de inocencia en ese tipo de trámites.

El sistema de terminación anticipada está encaminado exclusivamente a la emisión de condenas, cuando se reúnen los requisitos atrás indicados, en particular, **(i)** unos cargos claros, **(ii)** suficiente soporte en las evidencias, y **(iii)** la decisión libre y debidamente informada por parte del procesado sobre los alcances y consecuencias de renunciar a un juicio público en el que se materialicen las garantías previstas en el ordenamiento jurídico.

En estos eventos, **la facultad decisoria del juez de conocimiento está limitada** en dos aspectos: **(i)** en cuanto al momento en que debe dictar sentencia, porque ya no será el ordinario legal, es decir, al finalizar el juicio oral; y **(ii) en cuanto al sentido de la decisión, pues esta sólo podrá ser condenatoria.**

Y de acuerdo a la jurisprudencia actual de la Sala -SP5400-2019-, **si se detecta una irregularidad sustancial en la terminación anticipada del proceso, como ocurre en este evento, lo procedente no es dictar un fallo absolutorio sino anular la actuación**, dado que un vicio de esa connotación inevitablemente se trasmite a los actos procesales subsiguientes, de forma que si la medida correctiva abarca exclusivamente la sentencia, subsistirá el acto procesal irregular que le sirvió de antecedente.

Por demás, el ordenamiento jurídico dispone que **una vez hecha la imputación y/o la acusación, solo existen dos maneras de desestimar los cargos** y/o la pretensión punitiva estatal: **(i) a través de la aplicación del principio de oportunidad**, sometido a una reglas puntuales y a unos controles claramente definidos en la ley, y **(ii) a través de la figura de la preclusión**, que permite a la víctima y al Ministerio Público una

amplia intervención, al punto que pueden «presentar pruebas», sin perjuicio del análisis profundo que debe realizar el juez sobre los fundamentos fácticos y jurídicos de la solicitud.

Así, **cuando se presenta una petición de condena anticipada, en virtud de un allanamiento a cargos o un preacuerdo, y el juez opta por una absolución, se viola el debido proceso**, entre otras cosas porque: **(i)** se modifica sustancialmente la pretensión, que en este caso se reduce a evaluar la procedencia de una condena anticipada, **(ii)** se limita la posibilidad de las víctimas y/o el Ministerio Público de controlar u oponerse a la petición de la Fiscalía, y **(iii)** se priva al ente acusador de la posibilidad de ahondar en la investigación, de cara a contar con mejores elementos de juicio para realizar el juicio de acusación.

Lo anterior se refleja palmariamente en este caso, en el que la discusión debía estar orientada a verificar los requisitos para emitir una condena anticipada, pero, ante la falencia sustancial detectada, el análisis de las instancias se desvió hacia un debate probatorio, como si se tratara de un proceso ordinario, con lo cual se afectaron los intereses de la Fiscalía porque la privó de la posibilidad de aclarar lo sucedido con estos conceptos técnicos, de las potenciales víctimas y, principalmente, la posibilidad del Ministerio

Público de ejercer los controles y las funciones que le otorgan el ordenamiento jurídico dentro del trámite penal.

Al igual que la primera instancia, el Tribunal se dejó permear por dicha equivocación, en la medida en que optó por realizar un estudio a fondo de las evidencias contradictorias, como si se tratara de un proceso ordinario, y, por esa vía, arribó a conclusiones especulativas, como las atinentes a la falta de autenticidad de las muestras que dieron lugar al dictamen definitivo. Y aunque es posible que las evidencias pudieron haber sido cambiadas, ello sólo demuestra que no están dadas las condiciones para terminar anticipadamente el proceso, pues la Fiscalía tiene muchas cosas por aclarar antes de someter el caso al examen de los jueces.

En consecuencia, **se casará la sentencia de segunda instancia y en su lugar se decretará la nulidad de la actuación** en los términos antes expuestos».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:

Se vulnera, evento en que impuso condena por una conducta de comisión por omisión, pese a que la acusación lo fue por una de acción

Al casar parcialmente la sentencia condenatoria impugnada para absolver al procesado respecto del delito de *acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado*, la Sala consideró necesario recordar la pacífica línea jurisprudencial referida a la importancia que tiene en el proceso la correcta estructuración de los *hechos jurídicamente relevantes*, que derivan de los *juicios de imputación y acusación*. Así mismo, encontró que en el presente asunto se incurrió en vulneración del *principio de congruencia*, pues el indebido planteamiento de la hipótesis fáctica condujo a que se emitiera condena por un comportamiento de comisión por omisión,

pese a que la acusación lo fue por uno de acción.

SP372-2021 (55532) del 17/02/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: dependen de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la norma penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes:** delimitan el tema de prueba || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** imputación fáctica, existe entre la formulación de la imputación, la acusación y la sentencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -**

Fiscalía: juicio de imputación y juicio de acusación, evento en que se fundamentaron en premisas fácticas diferentes, sin elementos probatorios que así lo indicaran || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera, evento en que impuso condena por un hecho jurídicamente relevante que no fue objeto de la acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** se vulnera, evento en que impuso condena por una conducta de comisión por omisión, pese a que la acusación lo fue por una de acción || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Se configura || ACCESO CARNAL O ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - No se configura || DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca y confirma absolución de primera instancia || **LIBERTAD - Inmediata e incondicional:** con ocasión de sentencia absolutoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Orden de captura:** cancelación por sentencia absolutoria

«La Corte ha consolidado una pacífica línea jurisprudencial en punto de la importancia de los hechos jurídicamente relevantes para la estructura del proceso (entre otras cosas, porque la hipótesis fáctica contenida en la acusación, en buena medida determina el tema de prueba), entendiéndose por tales, aquellos presupuestos fácticos que encajan o pueden subsumirse en el supuesto jurídico previsto por el legislador en el estatuto sancionador. Dicho de otra manera, la relevancia jurídica del hecho se supedita a su correspondencia con la norma penal (Cfr. entre muchas otras, CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007).

[...] Al descender al asunto de la especie, realizado el examen de la actuación procesal, evidente asoma la forma caprichosa como la fiscalía varió la premisa fáctica elevada en contra de DABB, en desmedro de su derecho de defensa.

Igual volubilidad exhibió en punto de la premisa jurídica, pues, a pesar de que ella, en esencia, consistió en adjudicar coautoría (el Tribunal, por su parte, atribuyó complicidad) en el punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, en el alegato de conclusión demandó condena por el reato de acceso carnal «*teniendo en cuenta que las pruebas aportadas indicaron que la víctima fue accedida*».

A fin de constatar el giro de la hipótesis fáctica, obligado resulta memorar lo que el ente instructor esgrimió en audiencia de formulación

de imputación, en punto del comportamiento delictivo del procesado, cuando la patrulla de la Policía Nacional, por llamado de la comunidad, arribó al Parque Las Tinguas de Facatativá y: [...]

A pesar del anterior claro relato, véase ahora en qué consistió la acusación -en su componente fáctico- en contra de BB, conforme al escrito que así radicó para el conocimiento de la judicatura: [...]

El anterior sustrato fue replicado por la fiscalía con total fidelidad, tanto en la verbalización del escrito de acusación, como en el planteamiento de su teoría del caso al dar inicio al juicio oral. Sin embargo, en los alegatos de conclusión, la intervención del ente persecutor, frente a la conducta por la que BB fue llamado a juicio, se circunscribió a lo siguiente.

[...] Conforme lo visto, **la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, al referirse a la comisión de la conducta punible atribuida a DABB, osciló entre la acción** de que éste fuera capturado en situación de flagrancia, al momento en que «*ten[í]a sus manos en los senos de la mujer*», **y la omisión**, al simplemente observar cómo los individuos manoseaban a su amiga, en cualquier caso, jamás referido al rol vigilante expuesto por el fallador colegiado.

Si el «juicio de imputación» derivó para la fiscalía en el supuesto de hecho atrás relatado, resulta incomprensible que el «juicio de acusación» se concretara en una premisa fáctica disímil, sin que se adviertan elementos materiales probatorios que así lo indicaran, como quiera que para el ente instructor, la materialidad de la conducta siempre se cimentó, entre otros, en el dicho de los agentes del orden que realizaron el procedimiento de captura en flagrancia, mismo que, desde los actos urgentes, enseñaba la conducta ejecutada por cada uno de los aprehendidos, y que se plasmó en el informe respectivo.

Sin mayor esfuerzo puede advertirse que la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluida en la acusación, es contraria a lo que la realidad de la evidencia enseñaba en el albor de la investigación, misma que afloró en juicio a través de la propia prueba de cargo.

Las falencias de la fiscalía en la determinación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, y los yerros en

que incurrió el Tribunal, han confundido significativamente este asunto, lo que, impide «remediar o encausar debidamente y en justicia una decisión final», como lo deprecó el representante de la sociedad en la sede de la audiencia de sustentación.

O mejor, advertidos de que la fiscalía cumplió un papel bastante mediocre en curso de la investigación y el trámite procesal, al extremo de desconocer el cabal efecto objetivo de las pruebas y variar sin explicación el tipo de intervención penal o los hechos atribuidos al acusado, habría que concluir que la decisión a tomar, en justicia, es aquella que respete adecuadamente el debido proceso y el derecho de defensa.

La Corte verifica, luego de la delimitación de la premisa fáctica que efectuó el órgano de persecución en la acusación, que la conducta de BB se hizo descansar en el tocamiento de los senos de EPG. Cualquier otra interpretación constituye lectura alejada del supuesto de hecho esgrimido como jurídicamente relevante y decidir con extralimitación del marco fáctico que consta en la acusación.

La actividad concreta de la cual debió defenderse el procesado y que, por contera, constituía el **tema de prueba**, no lo era otra distinta a la supuesta acción de manosear los senos de su amiga.

Por ende, no es posible, como lo hizo el ad quem, focalizar la conducta punible en hechos completamente diversos -brindar vigilancia mientras se realizaba el acto sexual abusivo por sus conocidos-, porque ello, ni más ni menos, representa **violación evidente del principio de congruencia fáctica, con incidencia en el debido proceso y derecho de defensa**.

Huelga anotar que, **cuando la fiscalía acusó por la realización -por acción y a título de autor- de la conducta punible de acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado, desechó la hipótesis delictiva de comisión por omisión y eliminó cualquier posibilidad de que ahora se emita sentencia por la última específica modalidad**.

Agréguese que esa explícita postura institucional se hizo evidente en el alegato conclusivo, atrás consignado, y en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primer grado, en el que mencionó que «en estos delitos cuando se determina no hacer nada para impedir el resultado delictual forma parte del plan para

llevar a cabo el delito, y esto no puede ser tomado como una omisión de deber de garantía sino como coautoría impropia; en tanto la conducta realizada por el inculpatado está constituida por acciones positivas orientadas a afectar el bien jurídico de la libertad integridad y formación sexuales» [subrayado original del texto].

En suma: **(i) la Sala encuentra probado que la sentencia condenatoria es producto de error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, que en buena medida coincide con el planteamiento realizado por el impugnante, según se indicó en el acápite destinado a la respectiva demanda; (ii) la fiscalía incurrió en significativos errores en la estructuración de las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes; (iii) ese actuar conllevó a que, desde el momento de la acusación, se encuadrara la conducta atribuida al justiciable, como de acción, en el punible descrito en el inciso segundo del artículo 210 del Código Penal; (iv) la judicatura, en el caso concreto, no puede dictar una condena por hechos que no constan en la acusación, obrar en sentido contrario, sería vulnerar el principio de congruencia; (v) tampoco se puede variar lo ocurrido, como intentó el Tribunal, en atención a que no solo se viola el citado axioma, sino que se pasa por alto la esencia de los nuevos hechos, con la atribución de responsabilidad en calidad de cómplice, signado por un error de hecho por distorsión de la prueba testimonial; y (vi) la solución del asunto pasa, entonces, por la absolción del enjuiciado.**

Deriva de lo anterior, **la cancelación de cualquier orden, anotación o medida personal** que figure en contra de DABB por cuenta de este proceso. Con tal fin, a través de la Secretaría de la Sala, comuníquese al juez a quo que, previo al archivo de la actuación, deberá librar las comunicaciones de rigor.

Aunque del paginario emerge que para cumplir condena, el penado fue capturado el 11 de abril de 2019, consultado el módulo web población privada de la libertad del INPEC, al momento de proyección de este fallo no se hallaba registro alguno a su nombre. Con todo, a fin de precaver cualquier vulneración de su derecho fundamental, **se ordena la libertad inmediata y la cancelación de la respectiva orden de captura».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

TESTIMONIO - APRECIACIÓN PROBATORIA: Cuando la víctima reconoce al victimario

La Sala casó la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal para, en su lugar, confirmar la condenatoria impuesta a los procesados por el Juzgado de primer grado, como coautores responsables del concurso heterogéneo entre los delitos de *hurto calificado agravado* y *secuestro simple*, tras advertir configurado un falso juicio de identidad por cercenamiento de la prueba testimonial, que tuvo trascendencia en la definición del asunto. En tal sentido, estimó fundamental referirse a la apreciación del testimonio de la víctima en punto a la descripción de los rasgos de los implicados en la conducta, todo para descartar los equivocados cuestionamientos que se hicieron orientados a asignarles un carácter genérico, y precisar que tal circunstancia no afectó su credibilidad, debido al reconocimiento fotográfico y en fila de personas, así como al señalamiento directo de aquéllos efectuado en audiencia de juicio oral.

SP280-2021 (51667) del 10/02/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: se configura || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando la víctima reconoce al victimario || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Reconocimiento fotográfico o en video:** alcance probatorio || **RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO - Apreciación probatoria** || **RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS - Valoración probatoria** || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando se refiere a la identidad o rasgos del implicado en el hecho punible, análisis conjunto con las demás pruebas || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando la víctima reconoce al victimario, evento en que el cuestionamiento de tratarse de descripciones genéricas sobre las características físicas no afectó su credibilidad, debido al reconocimiento fotográfico y en fila de personas || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando la víctima reconoce al victimario, evento en que el cuestionamiento de tratarse de descripciones genéricas sobre las características físicas no afectó su credibilidad, debido al señalamiento directo en audiencia de juicio oral || **SISTEMA**

PENAL ACUSATORIO - Reconocimiento en la audiencia: apreciación probatoria

«En la sesión de la audiencia del juicio oral celebrada el 12 de octubre de 2011, la señora GEP, respecto de las características físicas y prendas de vestir de sus agresores, indicó lo siguiente: *“uno era alto, el otro era bajitico (sic), bajito, mono”,* y manifestó que uno de ellos *“iba vestido de overol de la compañía con unos cositos azules (sic), vestido de overol. El otro tenía un pantalón jean azul y un camibuso (sic) negro y una cachucha y zapatillas blancas”.*

De otro lado, SC dijo que uno de los agresores vestía una camisa de jean azul y un pantalón del mismo color. Y, otro *“una camisa azul, que es aparente que tenía una camisa de esas que dan en la compañía de, allá de la araguaney que tiene una cintas blancas por acá, del pantalón si no me acuerdo muy bien”.*

Descripciones que, considera la Corte, lejos de rotularse como **genéricas**, corresponden a lo que, en las condiciones bajo las cuales fueron sometidos los afectados, tuvieron oportunidad de percibir ellos, sin que se observe cuáles otros datos debieron certificarse para complacer las necesidades identificativas del Ad-quem.

Por lo demás, **la crítica se ofrece inane en sus efectos concretos, si se tiene en cuenta que ambos declarantes, en diligencias de reconocimiento por medio de fotografías o videos y en fila de personas** llevadas a cabo poco tiempo después de ocurridos los hechos, **señalaron sin dubitación alguna a los implicados, como dos de las personas que participaron en los hechos investigados;** diligencias sobre las que dieron cuenta en el juicio oral al momento de rendir su testimonio, oportunidad en la que, además de singularizarlos, detallaron las actividades que cada uno de ellos desarrolló.

En efecto, GEP dijo que una de las personas que participaron en los hechos *“Se encuentra allá, está vestido de, el uniforme es color naranja”,* señalando al procesado YABM, y cuando se le preguntó qué actividades realizó, indicó que *“El desarrolló la actividad fue cuidándonos. De lado a lado andaba él, pendiente que no me saliera yo para la calle...”.* Y luego señaló a OLGR, e indicó que el día de los hechos llegó a la finca vistiendo un overol azul de compañía, y fue la persona que *«él también era pendiente de nosotros, de no dejarme salir de la pieza para fuera, porque ellos nos echaron candado un buen rato».*

Del mismo modo, SC manifestó que en la sala de audiencia se encontraban dos de las personas

que ingresaron el 22 de enero de 2011 a la finca [...], y afirmó que el que se encontraba en el rincón, al lado izquierdo - YABM- “era el que le decía que entraba, salía, y mandada por otra persona que no fue identificada porque él si iba con la cara tapada” y además lo amarró. Y el sujeto que estaba en la parte derecha - OLGR- “fue la persona quien nos cuidó todo el tiempo”.

Explicó que estaba en plena capacidad de reconocer a los agresores porque los recordaba, ya que pudo ver sus rostros, toda vez que llegaron a la finca [...] totalmente descubiertos, y que no olvidaba sus características físicas precisamente por los vejámenes a los que lo sometieron.

Entonces, **el que los declarantes hubieran suministrado descripciones genéricas sobre las características físicas de dos de sus agresores y las prendas de vestir que usaban el día en que tuvieron ocurrencia los hechos, pierde toda trascendencia con el reconocimiento fotográfico y en fila de personas, que luego reafirmaron en la audiencia del juicio oral**, pues, de las tantas personas que podrían encajar en esas descripciones - uno de alta estatura y el otro bajo de tez blanca-, ambos señalaron sin dubitación alguna a OLGR y YABM, como dos de las personas que el 22 de enero de 2011 ingresaron a la finca [...], los amarraron, los maltrataron verbal y físicamente, los confinaron en una habitación donde los retuvieron por más de dos horas, y luego de hurtarle sus pertenencias los dejaron encerrados con un candado.

De otro lado, resulta importante relevar que existe coincidencia plena entre las versiones

rendidas por los esposos, respecto de las características de los agresores y el aporte de cada uno de los procesados en curso del asalto.

En consecuencia, **restarle credibilidad al testimonio de GEP y SC, porque realizaron una descripción genérica de sus agresores no se compadece con una valoración racional de la prueba**, en tanto que, **a pesar de representar el reconocimiento y la posterior referencia de ello efectuada dentro del juicio un todo testimonial**, como ya lo tiene dicho la Corte, de ese todo apenas tomó un apartado, la descripción verbal, **omitiendo valorar que a renglón seguido los declarantes**, en curso de la misma atestación, se repite, **detallaron el hecho más trascendente, referido al señalamiento directo en sendas diligencias de reconocimiento fotográfico y en fila de personas**.

Por lo demás, como se anotó antes, la conclusión que derivó en restar credibilidad a los testigos, se soportó en una premisa errada, atinente a que dicha descripción verbal operó “genérica”.

El error en el que incurrió el Tribunal es trascendente, porque no sólo influyó de manera determinante en la apreciación individual de cada medio de convicción, al punto de restarle credibilidad a los testimonios analizados, sino, además, porque el examen en conjunto de las pruebas cercenadas permite señalar que los apartes omitidos son significativos en el conjunto de la motivación y en la solución del caso».

(Textos resaltados por la Relatoría)

ACCIÓN DE REVISIÓN - HECHO Y PRUEBA NUEVOS:

Se configura, evento en que se demostró que el ciudadano condenado y privado de la libertad, no es aquél se señaló como participe en los hechos juzgados

En asunto tramitado bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, la Sala declaró fundada la causal de revisión referida a la confluencia de *prueba nueva*, tras advertir que la persona condenada y privada de la libertad no correspondió a aquél que fue señalado como participe de los hechos objeto de juzgamiento en calidad de autor de los delitos de *homicidio*

agravado, concierto para delinquir y hurto calificado y agravado. La Corporación encontró además que el sentenciado pudo ser condenado como un homónimo del verdadero responsable de las conductas punibles. Como consecuencia de lo anterior, declaró sin valor lo actuado dentro del proceso penal a partir del auto de cierre instructivo y dispuso la libertad inmediata del ciudadano.

SP171-2021 (53077) del 03/02/2021

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **SANA CRÍTICA - Valoración mancomunada de la prueba** || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben tener el carácter de novedosos || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** impone al demandante la carga de presentar ese evento fáctico o elemento probatorio que no se conoció en el desarrollo del proceso, surgido con posterioridad a la sentencia de condena || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** registro civil de nacimiento || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** deben demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** error en la identificación e individualización del condenado || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Homonimia:** evento en que el sentenciado pudo ser condenado como un homónimo del verdadero responsable de las conductas punibles || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Hecho y prueba nuevos:** se configura, evento en que se demostró que el ciudadano condenado y privado de la libertad, no es aquél se señaló como participe en los hechos juzgados

«Los medios probatorios, valorados en su conjunto conforme las reglas de la sana crítica muestran a la Sala lo siguiente:

Primero, que **las pruebas que se decretaron dentro del trámite de la acción de revisión, unas a instancia de la defensa y otras de manera oficiosa por la Corte, no fueron conocidas ni, por ende, debatidas en el proceso penal que cursó contra L.F.V.U., por lo que su carácter novedoso es evidente.**

Segundo, que **dichos elementos cuentan con la suficiente eficacia para declarar fundada la causal tercera de revisión invocada**, tal como lo solicitaron el delegado del Ministerio Público y la defensa en la etapa de alegaciones, por los siguientes motivos:

i) Las declaraciones de Y.R.P.S. y A.A.G. merecen plena credibilidad para la Sala porque además de exhibir las razones de sus dichos, los mismos guardan coherencia. En ellas expusieron, de manera clara, fundada y precisa, como aspecto fundamental para los fines de la pretensión, que L.F.V.U. solo concibió un hijo, con la señora P.S., el joven J.L.V.F.

Sus dichos, validan lo expuesto por V.U. en la declaración que rindió al respecto.

Tales atestaciones, vistas en conjunto con la documentación aportada por la **Registraduría Nacional del Estado Civil**, acreditan que L.F.V.U. solo tuvo un hijo y que éste nació el 22 de julio de 1994 en Valencia Córdoba.

Ahora bien, de esas pruebas se extrae un hecho no conocido al tiempo de los debates y que resulta de relevancia para los fines de la acción de revisión, esto es, que J.L.V.F., único hijo de L.F.V.U., no pudo ser quien participara, junto con su padre, en los hechos ocurridos en la vereda “*la Rula*”, donde fueron asesinados los primeros integrantes de la familia P. porque tenía, para aquella época, 4 meses de nacido.

Ese hecho es relevante, porque las declaraciones que rindieron las víctimas en el proceso penal fueron consistentes en advertir que el [...] que intervino en las conductas punibles, estaba acompañado por su hijo, “*B.V.*” quien, al igual que su padre, hacía parte del grupo paramilitar que perpetró la masacre.

Así también lo dijo J.I.R.P. dentro del testimonio que rindió en el trámite de revisión, advirtiendo que ese individuo – el hijo de L.V. – tenía “*unos 18 o 19 años para la época*”, lo cual se corrobora, además, con la versión que el postulado D.L.S. rindió dentro del proceso de justicia y paz y que allegó a esta sede el Fiscal 48 delegado y Coordinador de la Dirección de Justicia Transicional de Medellín.

Ese hecho novedoso, esto es, que el hijo de L.F.V.U. no pudo ser la persona que concurrió a la finca [...] el 29 de noviembre de 1994, naturalmente genera dudas de que el aquí condenado sea el “*L.V.*” que participó en las masacres dirigidas contra los miembros de la familia P.G. y muestra, bajo ese factor, la configuración de una posible injusticia en la condena que se dictó en su contra.

ii) V.P.G. expuso, como razones de su dicho, que es familiar de las víctimas de la masacre de [...] y estuvo presente en los hechos punibles que afectaron a sus consanguíneos, con quienes fue desplazada de la región a raíz de los primeros asesinatos ocurridos en noviembre de 1994. Afirmó que conoció de trato a [...], desde la adolescencia, porque era vecino suyo.

Su dicho merece plena credibilidad, pues además de haber conocido – y padecido – los hechos

materia del proceso, no se encuentra en la versión que rindió en sede de revisión alguna inconsistencia o contradicción. La declarante afirmó que cuando vio personalmente a L.F.V.U. en el centro carcelario donde está recluido, se dio cuenta que no se trata de la persona que conoció como su vecino [...]. Expresamente señaló: *“ese que tiene allá detenido por culpa de él no es él, ese muchacho es moreno y este otro es blanco”*.

iii) Igual carácter se le imprime a la declaración que dentro del trámite de revisión rindió J.I.R.P. Como mostró, le constan los sucesos ocurridos en la finca [...] porque para aquella época hacía parte del grupo paramilitar liderado por los hermanos C. y su zona de injerencia era, precisamente, San Pedro de Urabá, participando además en la masacre y conociendo los motivos que originaron la persecución de las AUC contra la familia P. Su relato es coherente y no muestra contradicciones o inconsistencias que tornen su dicho poco creíble; también los asertos que sobre tales sucesos formula pudieron ser validados con las pruebas documentales aportadas, particularmente, con las transliteraciones de las versiones que dentro del proceso de justicia transicional había rendido previamente en su condición de postulado (en el año 2016), en torno a los hechos ocurridos en esa finca, versiones que, como se vio, guardan similitudes en su contenido.

De ahí que merezca plena credibilidad el relato del testigo en un aspecto que resulta trascendente para la pretensión que se busca a través de esta acción de revisión. Esto es, la identidad de alias [...], quien, dijo, participó en las conductas punibles que se cometieron contra distintos integrantes de la familia P..

[...] **vi)** Los restantes medios probatorios, entiéndase como tales las transliteraciones de versiones libres y certificaciones expedidas por los fiscales de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, si bien es cierto, son pruebas que no se conocieron al tiempo de los debates, por sí solas no tienen la capacidad de provocar la rescisión de los fallos atacados por vía de la acción de revisión.

Sin embargo, ponderados en contexto e integralmente con el restante acervo probatorio, tanto el practicado en la etapa probatoria del juicio de revisión, como el que fundamentó la condena, **sí resultan trascendentes en el cometido de demostrar la injusticia encerrada en las sentencias que decidieron sobre la**

responsabilidad de L.F.V.U., pues con ellas se ratifica lo exhibido a través de las pruebas testimoniales recaudadas en esta sede, esto es, que el alias [...], quien participó en las masacres perpetradas contra la familia P., no corresponde como nombre de pila al de L.F.V.U..

Las pruebas nuevas allegadas en el trámite de la acción de revisión muestran **yerros en el proceso de identificación e individualización de la persona** que responde al nombre de “L.V.” alias [...], coautor de las conductas punibles cometidas contra miembros de la familia P.G., descartando que la misma corresponda al aquí condenado L.F.V.U. y, por ende, **acreditan la ocurrencia de una injusticia en la declaración de responsabilidad que en contra de éste emitieron las instancias.**

En ese sentido, aunque la Fiscalía General de la Nación y los jueces de instancia concluyeran que “L.V.” había sido identificado e individualizado como L.F.V.U., la reseña de las actuaciones desplegadas dentro del proceso penal, muestran que ello se sustentó, únicamente, con la prueba remitida por la Registraduría Municipal de Valencia (Córdoba) sobre el registro hallado con ese nombre.

Pero las pruebas nuevas aportadas y decretadas en esta acción, acreditan con probabilidad de certeza que ese ciudadano no es el que se señaló como alias [...], participe en los hechos juzgados, esencialmente porque:

i) No pudo ser V.U. quien concurrió, con su hijo, a los hechos ocurridos en la finca [...] el 29 de noviembre de 1994 porque su único descendiente, para esa fecha, tenía 4 meses de nacido.

ii) Una de las víctimas de los hechos juzgados, Virginia P.G., en su condición de testigo novedosa, vio a L.F.V.U. en el centro carcelario donde estaba privado de la libertad y afirmó con claridad que él no era el “L.V.” o “alias [...]”, quien participó en el exterminio de su familia.

iii) El [...] que participó en las masacres dirigidas contra miembros de la familia P. fue reconocido por las víctimas como un individuo “alto”, pero V.U. mide 1,71 m, esto es, cuenta con una estatura promedio.

iv) Según los registros que obran en distintos organismos de justicia y paz, L.F.V.U. no ha sido

reconocido ni mencionado como víctima o postulado en el marco del proceso transicional.

Sin embargo, **el posible homónimo con quien pudo ser confundido**, esto es, L.G.B.U. sí fue mencionado en varias oportunidades en el marco del proceso transicional como la persona que puede responder al alias de [...]. De igual manera, versiones rendidas dentro del proceso de justicia y paz lo reconocieron a él como administrador de la finca que era de la familia P., ubicada en la vereda “La Rula”.

v) En términos de fonética, los nombres L.F.V.U. y L.G.B.D. son similares, diferenciándose aquellos, exclusivamente, en el segundo nombre. Esa circunstancia enseña a la Sala que V.U. **pudo ser condenado como un homónimo del verdadero responsable de las conductas punibles**, pues, en las declaraciones que las

víctimas rindieron dentro del proceso penal, siempre se plasmó el nombre del supuesto autor de los hechos como “L.V.” y así fue buscado e individualizado por el ente acusador a lo largo del proceso, sin que se verificara en las distintas bases de datos en las cuales indagó, si algún individuo denominado “L.B.” pudo estar involucrado en los sucesos.

Tampoco se atendieron a lo largo del proceso penal los reiterados llamados que hizo la delegada del Ministerio Público frente a las **dudas existentes en torno a la individualización del responsable de los hechos**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

NULIDAD - DEBIDO PROCESO:

No se configura, evento en que el nuevo juez declaró la nulidad parcial del anuncio del sentido del fallo

En la providencia, a través de la cual no se casó el fallo impugnado, la Sala negó la solicitud de invalidez incoada por el recurrente, luego de advertir que no se vulneró el *debido proceso* por el hecho de que el nuevo juez declarara la *nulidad parcial* del anuncio del sentido del fallo.

A este respecto recordó que este tipo de procedimiento es viable, en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, se presenta el cambio de juez, entre el referido anuncio y la elaboración de la decisión.

SP212-2021 (52400) del 03/02/2021

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo: carácter vinculante || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo:** acto complejo, conforma una unidad jurídica con la sentencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo:** receso para anunciarlo es discrecional del

juez, análisis de casa caso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de inmediación:** cambio de juez después del anuncio del sentido del fallo, aquél excepcionalmente puede decretar la nulidad de éste || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo:** posibilidad de anulación en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez || **NULIDAD - Principio de convalidación** || **NULIDAD - Debido proceso:** no se configura, evento en que el nuevo juez declaró la nulidad parcial del anuncio del sentido del fallo

«Señalan los recurrentes que el cambio del sentido del fallo constituye irregularidad que afecta los derechos y garantías de los acusados.

Si bien los demandantes no lo informan, es necesario precisar que **en este asunto no hubo variación del anuncio del sentido del fallo por parte del mismo funcionario que lo profirió, sino la declaratoria de nulidad parcial del mismo ante el advenimiento de un nuevo juez**, quien al revisar los registros técnicos del juicio arribó a una conclusión diferente a la de su antecesor, considerando que las pruebas practicadas en esta audiencia no acreditaban que JLVM y JNFG, comandantes de la organización ilegal armada [...], hubieran portado -sin autorización del Estado-, las armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública utilizadas contra la población civil el 18 de febrero de 2008.

Al margen de la evidente falta de interés de los defensores para censurar esta decisión que favoreció a los acusados debido a que en virtud de ella fueron absueltos por la comisión de una conducta punible por la que habían sido declarados culpables y en tal sentido se emitiría la sentencia, **la Sala anticipa que ninguna irregularidad advierte en el trámite adoptado por el juez que asumió el conocimiento del caso una vez culminado el juicio oral.**

Esta Corporación ha reconocido la **naturaleza compleja del fallo y el carácter vinculante entre el anuncio de su sentido y la sentencia**, lo cual tiene razón de ser en cuanto las partes e intervinientes confían en que la decisión anunciada por el funcionario judicial corresponde a la directa percepción adquirida en desarrollo de la práctica probatoria del juicio oral, y no a factores externos aprehendidos ex post que puedan incidir en su conocimiento y apreciación subjetiva e individual de las pruebas. En este sentido esta Colegiatura ha dicho que: *“Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances”* (CSJ, SP, 17 de septiembre de 2007, rad. 27336; 3 de mayo de 2007, rad. 26222).

En tal sentido, en sentencia del 14 de noviembre de 2012, radicado 36333, la Corte recogió el criterio de la Sala según el cual *«de manera excepcional era posible la anulación del sentido del fallo, cuando después de su anuncio se percataba el juez de la inclusión de una injusticia material en su determinación, para modificarlo a través de uno nuevo»*, por considerar que tras presenciar la práctica de las pruebas y escuchar los alegatos de conclusión de las partes e intervinientes, el juez se encuentra en capacidad para dar a conocer de manera oral y pública el sentido del fallo, el que debe anunciar inmediatamente o después del receso establecido en la ley, que, como ya la Sala lo había admitido, podría prolongarse de acuerdo a la complejidad del asunto (CSJ SP, 17 sep. 2010, rad. 32196).

No obstante, **quedó a salvo la posibilidad de la anulación del sentido del fallo en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez entre el anuncio del sentido del fallo y su elaboración.** Así lo precisó la providencia del 14 de noviembre de 2012, rad. 36333:

[...] **Bajo los anteriores lineamientos actuó el nuevo funcionario judicial**, quien al asumir el cargo encontró la presente actuación pendiente de la emisión del fallo que habría de ser consecuente con el sentido del mismo emitido por su antecesor (20 de diciembre de 2012), valga recordar, condenatorio por todos los delitos por los que acusó la fiscalía a JLVM y JNFG, a saber, homicidio en persona protegida en concurso homogéneo (3) y en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado, desplazamiento forzado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública.

No obstante, tras recurrir a la escucha de los registros técnicos, el funcionario arribó a un convencimiento diferente al de su antecesor, exclusivamente frente al delito descrito en el artículo 366 del C.P., pues consideró que la ausencia de la certificación expedida por el Departamento de Control Comercio Armas y Municiones del Ministerio de Defensa, no permitía arribar al grado de convencimiento previsto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, acerca de la configuración normativa de tal conducta punible, razón por la cual convocó a audiencia para nulitar parcialmente el anuncio del sentido del fallo.

Esta reseña sobre lo ocurrido con el sentido del fallo, permite a la Corte establecer que el nuevo funcionario en audiencia (a la que asistió el defensor de los acusados. 21 de marzo de 2013), luego de declarar la nulidad parcial de aquél, anuncio el sentido de éste absolviendo a los acusados del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, municiones o explosivos de uso privativo de la fuerza pública, dejando incólume la decisión condenatoria por los restantes punibles (homicidio en persona protegida, hurto calificado y agravado y desplazamiento forzado), anuncio que fue fielmente desarrollado en la correspondiente sentencia emitida el 31 de julio del mismo año, sin que sea cierto que esta contiene un delito que no fue objeto de anuncio.

Como si lo anterior no resultara suficiente para demostrar que el fallo mantiene la indemnidad del anuncio de su sentido, descartándose la presencia de irregularidades sustanciales que deban corregirse por la vía extrema de la nulidad, los demandantes guardan silencio acerca de la manifestación del defensor de los acusados en la audiencia del 21 de marzo de 2013 (nulidad

parcial del sentido del fallo), durante la cual expresó su aprobación con lo resuelto y su falta de interés para interponer recursos, mientras que la delegada de la fiscalía y el representante del Ministerio Público la recurrieron vertical y horizontalmente.

Verificado, como en efecto ha quedado, que el fallo mantiene la indemnidad del sentido del

mismo y que aquél corresponde a los registros de las diligencias de las cuales se valió el juez sentenciador para proceder en la forma que lo hizo, **se niega la nulidad planteada**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

HURTO - AGRAVADO: POR LA CONFIANZA, PRESUPUESTOS
Debe encontrarse plenamente acreditada

La Sala casó parcialmente la sentencia condenatoria impugnada y procedió a la redosificación de la sanción, tras advertir que el fallador incurrió en *aplicación indebida* de la ley sustancial, cuando dedujo respecto del delito de *hurto* imputado, la circunstancia de agravación referida al aprovechamiento de la *confianza*. A este respecto, recordó el criterio jurisprudencial vigente, consistente en que esta causal debe encontrarse plenamente probada y en ningún caso es posible suponerla, como ocurrió en el asunto analizado, en el que se dedujo de la condición de socio de la empresa, sin que se acreditara algún vínculo personal u otra situación subjetiva que hubiese conducido al sujeto pasivo a depositar en el sujeto activo su *confianza*.

SP4788-2020 (56832) del 02/12/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

HURTO - Agravado: por la confianza, presupuestos, debe encontrarse plenamente acreditada || **HURTO - Agravado:** por la confianza, presupuestos, en ningún caso es posible suponerla o presumirla || **HURTO - Agravado:** por la confianza, presupuestos, debe ser de carácter personal, distinta a la del sistema financiero, institución o persona pública, o buen prestigio por los resultados de la gestión || **HURTO - Agravado:** por la confianza, presupuestos, no necesariamente debe ser bidireccional o recíproca || **HURTO - Agravado:** por la confianza, presupuestos, no es sinónimo de amistad, familiaridad o afecto || **HURTO -**

Agravado: por la confianza, presupuestos, debe existir al momento en que el sujeto agente entra en contacto con la cosa, con independencia de que subsista al momento del apoderamiento || **HURTO - Agravado:** por la confianza, presupuestos, el contacto del sujeto agente con la cosa no necesariamente debe ser material || **HURTO - Agravado:** por la confianza, se predica entre el propietario, poseedor o tenedor y quien se apodera del bien || **HURTO - Agravado:** por la confianza, no se configura

«[...] la Sala advierte que, aun cuando el apoderamiento del dinero proveniente de la venta de carbón que se le atribuye al enjuiciado PP se encuentra debidamente demostrado, **no ocurre lo mismo con la deducción de la circunstancia de agravación** prevista en el numeral 2 del artículo 241 del Código Penal, **pues**, conforme al criterio jurisprudencial vigente, **la confianza depositada en el agente por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa, debe estar probatoriamente acreditada y, en ningún caso, es posible suponerla o presumirla.**

Así lo dejó sentado esta Corporación en la providencia CSJ SP14549-2016, rad. 46032, donde se examinó a profundidad el sentido y alcance de dicha agravante.

[...] Además de establecer, en dicho pronunciamiento, el significado de la confianza en el ámbito jurídico, la Sala puntualizó, en términos generales, que: **i)** la confianza requerida para la estructuración de la agravante debe ser de carácter personal, que es distinta a la *“confianza en el sistema financiero”* o la que pueda tenerse frente a una determinada institución o persona pública o privada por el buen prestigio de que goce o los buenos resultados de su gestión en el cumplimiento de su objeto; **ii)** la relación de confianza personal no necesariamente debe ser bidireccional o recíproca, lo importante es que ella surja del

propietario, poseedor o tenedor de la cosa, hacia el sujeto agente; **iii)** la confianza no es sinónimo de amistad, familiaridad o afecto, o puede incluso no coexistir, «pues se trata tan sólo de un situación subjetiva que anima al propietario, poseedor o tenedor de la cosa a depositar la confianza en el sujeto agente, y por ende a esperar de él que actúe con honestidad frente a los bienes ajenos con los cuales tiene contacto»; iv) la confianza debe existir al momento en que el sujeto agente entra en contacto con la cosa, con independencia de que subsista o no al momento del apoderamiento; v) el contacto del sujeto agente con la cosa no necesariamente debe ser material, pues el hurto no solo puede cometerse cuando se tiene contacto físico con la cosa, sino cuando ejerce sobre ella disponibilidad material y, iv) la circunstancia de agravación punitiva debe siempre probarse y no es posible presumirla en ningún caso.

Descendiendo al caso concreto, todo indica que la deducción de la confianza como circunstancia de agravación, por parte de la Fiscalía y los falladores de instancia, únicamente derivó de la

condición de socio y subgerente de la empresa que ostentaba el procesado.

[...] La anterior reseña muestra a las claras, que la agravante de la confianza le fue deducida a PP dada su condición de socio [...], e incluso en la acusación se aludió a su experiencia por ser ingeniero de minas, pero no se indica algún vínculo personal con el gerente o los demás socios de la empresa, que provenga de cierto tipo de amistad o familiaridad, ni se vislumbra alguna situación subjetiva que los hubiese animado o alentado a depositar en aquél su confianza. Lo único que se percibe, es una relación entre TDS y el procesado, aunque solo de carácter comercial, aspecto, que por sí solo, no permite estructurar la confianza en los términos fijados por la Corte.

En ese orden, le asiste razón al demandante en afirmar que el sentenciador aplicó indebidamente el numeral 2 del artículo 241 del Código Penal y, en tal virtud, ante la prosperidad parcial del cargo, la Corte procederá a su exclusión».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá