



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Noviembre 18 de 2019 n.º 20

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>

PRESCRIPCIÓN

Reglas jurisprudenciales sobre el término a tener en cuenta para su configuración

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS

No se configura, cuando no puede predicarse un contexto de explotación sexual

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS

Se configura, cuando se realizan ofrecimientos sexuales a un menor que no haya cumplido tal edad

En la decisión, a través del cual se casó oficiosamente el fallo impugnado, la Sala mayoritaria tuvo ocasión de *unificar* la interpretación jurisprudencial relativa a las reglas que rigen el fenómeno *prescriptivo*, enfatizando en la diferenciación entre las figuras de *interrupción* y *suspensión*, y delimitando su alcance luego de que se hubiere proferido fallo de segunda instancia. Así mismo, efectuó precisiones fundamentales en torno al delito de *acto sexual violento* y la inexigibilidad de contacto físico entre los sujetos de la conducta, así como respecto de los tipos penales de *actos sexuales con menor de 14 años* y particularmente del atinente a la *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, todo para abordar el bien jurídico en los comportamientos que aluden a la *explotación sexual*, que exigen la constatación de un contexto en tal sentido para su configuración.

SP4573-2019 (47234) del 24/10/19

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Precedente: la Sala unifica la interpretación || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta** a partir de la formulación de la imputación || **LEY - Interpretación:** criterios, sistemático y teleológico || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta:** evolución jurisprudencial || **PRESCRIPCIÓN - Interrupción del término:** concepto || **PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término:** concepto || **PRESCRIPCIÓN - Interrupción del término:** diferencias con la suspensión || **PRESCRIPCIÓN - Término a tener en cuenta:** reglas jurisprudenciales || **PRESCRIPCIÓN - Suspensión del término:** a partir del fallo de segunda instancia.

«De la prescripción en la Ley 906 de 2004 luego de proferirse la sentencia de segunda instancia (unificación jurisprudencial). Decisión en el caso y calificación jurídica

Han sido reiteradas y unánimes las decisiones de la Corte de acuerdo con las cuales el término de prescripción en la Ley 906 de 2004, una vez producida la interrupción con la formulación de la imputación, corresponde (en lo general) a la mitad de la pena máxima fijada en la ley, sin que pueda ser inferior a tres (3) años ni exceder de diez (10).

Lo anterior, conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, en armonía con el artículo 292 del Código de Procedimiento:

Artículo 83- [Código Penal]. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la

libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. [...]

Artículo 292- [Ley 906 de 2004]. Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la prescripción.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

Según el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, tal término se suspende con la emisión del fallo de segundo grado:

Artículo 189-. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.

La Sala ha interpretado este artículo de distintas formas. Por un lado, **la del auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867**, en el cual sostuvo que *«el sentido del artículo 189 consiste en que una vez proferida la sentencia de segunda instancia se suspende el término de prescripción, suspensión que no puede ser indefinida al establecerse el plazo máximo de cinco (5) años»*. Es decir, que el término de la prescripción iniciado a partir de la formulación de la imputación se detiene durante cinco (5) años (y, luego, seguiría corriendo).

Por otro lado, **la del fallo CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325**, según la cual el artículo 189, al ser interpretado de modo sistemático con el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, establece que *«el término para la extinción de la acción penal una vez proferida la sentencia de segunda instancia fluctuará entre un mínimo de tres (3) años y un máximo de cinco (5) años»*.

Tras examinar nuevamente las tesis y las disposiciones involucradas, **la Sala concluye que la única interpretación al artículo 189 de la Ley 906 de 2004 viable es la contenida en el auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.**

Las razones son claras:

(i) En el fallo CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325, la Corte incurrió en el error de

asimilar los términos **“suspensión”** e **“interrupción”**.

Esto fue lo que le permitió a la Sala concluir que, a partir del fallo de segundo grado, se interrumpía otra vez el plazo de la prescripción y este volvía a correr de nuevo por la mitad de la pena y un máximo de cinco (5) años, a lo cual le agregaba un mínimo de tres (3) años dada la remisión al artículo 192 del Código Procesal, que regulaba la figura de la interrupción.

El error, sin embargo, es evidente. **No se puede confundir la “interrupción de la prescripción” con la “suspensión” de esta.** La primera expresión implica *«cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo»*; la segunda quiere decir *«detener o diferir por algún tiempo una acción u obra»*. **No había lugar a una interpretación sistemática** entre los artículos 189 y 292 de la Ley 906 de 2004 porque no eran conceptos equivalentes ni semejantes.

En el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, entonces, no se predica un nuevo término de prescripción de la acción penal. Simplemente, como se sostuvo en CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, que el lapso desde la interrupción por formular la imputación se detiene (o suspende) durante cinco (5) años, situación que a la postre implica (pasados esos cinco -5- años) continuar con dicho lapso.

Y (ii) la interpretación del auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, se soporta en la voluntad del legislador, de acuerdo con la cual debía evitarse que los procesos prescribieran en sede de casación.

[...] En este orden de ideas, **la Corte unifica la jurisprudencia acerca de la prescripción de la acción penal** en el sentido ya declarado en la decisión CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.

En todo caso, esta quedará precisada así:

(a) El término de prescripción de la acción penal es, en principio, el señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000. Es decir, corresponde (en términos generales) al máximo de la pena de prisión fijada en la ley, sin que sea inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20), salvo lo dispuesto en las demás disposiciones de dicho artículo.

(b) En la Ley 906 de 2004, dicho término se interrumpe con la formulación de la imputación, tal como lo contemplan los artículos 86 de la

Ley 599 de 2000 (inciso 1º) y 292 del Código de Procedimiento Penal.

(c) Producida dicha interrupción, el término prescriptivo corre de nuevo, según lo prevé el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, por un tiempo equivalente a la mitad del indicado en el artículo 83 del Código Penal, sin que sea inferior a tres (3) años.

(d) Este término se suspende (esto es, se detiene) cuando se profiere el fallo de segunda instancia. Dicha suspensión no puede ser superior a los cinco (5) años.

Y (e), ya agotado el tiempo de la suspensión (es decir, los cinco -5- años), el término de la prescripción de la acción que se estaba contando desde la formulación de la imputación se reanuda hasta su vencimiento. Con lo anterior, se **pretende que ninguna conducta punible prescriba en sede de casación**.

CONSTREÑIMIENTO ILEGAL - Diferencia con el delito de acto sexual violento || **ACTO SEXUAL VIOLENTO - Configuración:** no exige contacto físico entre los sujetos de la conducta || **ACTO SEXUAL VIOLENTO - Configuración:** mediante contacto y amenazas a través de medio virtual, en red social || **PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS** - Apelante único

«[...] la Sala no puede desconocer que la conducta desde el punto de vista fáctico aquí contemplada en realidad **no se ajustaba a un delito de extorsión ni a uno de constreñimiento ilegal**. Lo que en últimas cometió el acusado fue una conducta de **acto sexual violento** prevista en el artículo 206 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008:

Artículo 206-. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

En efecto, el núcleo básico de la imputación consistió en exigirle a una joven desnudarse y masturbarse frente a una cámara, a cambio de no divulgar material íntimo que el sujeto agente ya tenía de ella. Es decir, MAPJ perpetró “*en otra persona*” (L, de quince -15- años) un “*acto sexual diverso al acceso carnal*” (grabarla a ella mientras se desnudaba y se tocaba) por medio de la “*violencia*” (de carácter moral: doblegó su voluntad amenazándola con publicar fotos suyas en ropa interior).

Es cierto que en algunos sectores de la doctrina penal **se ha desprendido** de la expresión “*realizar en otra persona acto sexual*”, obrante en dicha norma, **cierta exigencia de contacto físico entre ambos sujetos de la conducta**. Esta postura, sin embargo, **no es acertada**. Es posible efectuar actos sexuales diversos al acceso carnal en otro, mediante la violencia, sin la necesidad de tocarlo. Piénsese, por ejemplo, en el que apunta con un revólver a una persona y le pide desnudarse mientras él se masturba. Nadie dudaría de que el agente realizó un acto sexual sobre el sujeto pasivo, así nunca hayan llegado a tener contacto físico. O lo que pasó en este asunto: **el contacto entre los sujetos era virtual, por vía** de la función de cámara **de una red social**, y no obstante el agente **obligó con amenazas a la víctima** a grabarla en un video de índole pornográfica. El tipo que se configuró fue el del artículo 206 (no el artículo 182 ni el 244) del Código Penal.

La Sala, sin embargo, no irá más allá de esta aclaración. Como se precisó (2.2), la calificación jurídica de la conducta que debe tenerse en cuenta para los efectos de la prescripción es la que aparece en los fallos de instancia y, en este asunto, los jueces consideraron (de manera equivocada) que dicho comportamiento equivalía a un constreñimiento ilegal. Y, aun en el evento de que la conducta no hubiera prescrito, en tanto **recurrente único**, el acusado ostentaría el **derecho a que no se le reformara en perjuicio suyo la sentencia** confirmatoria de segundo grado».

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - No se configura: por atipicidad, derivada de ausencia de lesividad, cuando no puede predicarse un contexto de explotación sexual respecto de menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años || **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Finalidad del tipo penal:** luchar contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes || **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS - Contexto de explotación sexual:** coherencia en el

ordenamiento interno y el de derecho internacional

«Tesis de la Sala: si no puede predicarse en una conducta que formalmente se ajuste a la descripción del artículo 219-A del Código Penal un contexto de explotación sexual, la acción será atípica, por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años.»

Las razones de esta postura son las siguientes:

4.1. La voluntad expresa del legislador al crear el tipo del artículo 219-A del Código Penal fue *“combatir la explotación sexual de la infancia ligada al turismo sexual”*. Las reformas de las leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009 no variaron dicha intención. Por el contrario, la última disposición la confirmó.

Así se explicó en la exposición de motivos de la Ley 679 de 2001:

[...]

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1236 de 2008 lo único que hizo fue incrementar la pena de prisión (de una de cinco -5- a diez -10- años a otra de diez -10- a catorce -14) y la de multa, así como la edad para la agravante (de doce -12- a catorce -14- años).

Y, por último, el artículo 4 de la Ley 1329 de 17 de julio de 2009 modificó el tipo penal del artículo 219-A con los fines de **(i)** ampliar *«el alcance de este delito a su autor (cliente o abusador) y a su coautor (proxeneta o intermediario)»*, **(ii)** agregar *«los verbos obtener, que implicaría al que demanda el contacto, y ofrecer y facilitar, si se trata de intermediario»* y **(iii)** incluir la telefonía *«como medio de comunicación utilizado regularmente por los autores para contactar a sus víctimas»*.

Pese a tal expansión en el ámbito de cobertura típica, el legislador en ningún momento abandonó la idea de que dicho comportamiento tuviese objetivo distinto a erradicar la trata de menores, el turismo sexual y la exposición comercial de la infancia a actividades propias de la prostitución o pornografía.

En palabras de la ponencia para el segundo debate (Senado), el fin de tal ley radica en *«luchar contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes»* con la creación de *«herramientas para contrarrestar las nuevas modalidades de abuso y explotación de niños»*,

teniendo en cuenta el deber de *«poner al día la legislación colombiana con los convenios, tratados y recomendaciones que internacionalmente gobiernan la materia»*.

La concurrencia en el tipo del artículo 219-A de un entorno de explotación contra menores, ya sea en la forma de prostitución infantil, turismo sexual o industria pornográfica ilícita, **guarda coherencia tanto desde una perspectiva del orden jurídico interno como del derecho internacional.**

Por un lado, el tipo de utilización o facilitación de medios de comunicación está localizado en el Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial del Código Penal, que trata acerca *“DE LA EXPLOTACIÓN”* en los delitos sexuales. De ahí que, en principio, la afectación relevante del bien jurídico en tales conductas no podría comprenderse en ámbitos ajenos al constreñimiento o inducción a la prostitución, o la utilización de menores con el fin de prestar servicios sexuales.

Por otro lado, el tipo del artículo 219-A, así como los de los artículos 217-A (demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad) y 218 (pornografía con personas menores de dieciocho -18- años) del Código Penal, entre otros, surgieron de la obligación adquirida por parte del Estado de habilitar mecanismos eficaces contra la prostitución infantil y el turismo sexual, como lo reconoció la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009 citada (2.1).

Por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 consagró el deber de adoptar *«todas las medidas [...] que sean necesarias para impedir [...] (a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal [,] (b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales [y] (c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos»*.

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) de 1999 contempló *«la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas»* como manifestaciones de las *«peores formas de trabajo infantil»*.

Y, para finalizar, el Protocolo para reprimir, prevenir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que

complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 señaló como variantes del comercio sexual a «[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación incluso cuando no se recurra a [...] la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra».

Por supuesto, aparte de la ubicación del tipo en el código, o de los compromisos adquiridos internacionalmente para la protección de la infancia (criterios que, en todo caso, tienen validez de interpretación), no se puede descartar, solo por esas razones, que la cobertura del tipo fuera más allá de sus fines iniciales o del bien jurídico llamado en un principio a tutelar. Sin embargo, como se verá, cualquier ampliación del tipo en entornos ajenos a la prostitución infantil, turismo sexual, etc., termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas, o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor».

PRUEBA DOCUMENTAL - Fotografías y conversaciones en redes sociales (Facebook, WhatsApp): apreciación || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Se configura: cuando se realizan ofrecimientos sexuales a un menor que no haya cumplido tal edad || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - **Elementos:** verbo rector, inducir || **UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - **No se configura:** por atipicidad, de la acción de solicitar actividades sexuales a una persona con 14 años o más, por fuera del contexto de explotación, sin importar el medio empleado || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - **Aplicación indebida:** se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL** - **Falta de aplicación:** se configura || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - **Edad del menor:** demostración || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - **Edad del menor:** conocimiento por parte del sujeto activo || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - **Acusación y sentencia:** variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un

delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes || **CASACIÓN OFICIOSA - Variación de la calificación jurídica:** de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, a actos sexuales con menor de 14 años

«[...] el Tribunal confirmó la decisión condenatoria contra MAPJ con base en el artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 por:

(i) Utilizar la **red social Facebook** para solicitarle a J.M. en el 2009, cuando este tenía trece (13) años (valiéndose a su vez del nombre 'P'), y posteriormente, en el segundo semestre de 2011, cuando tenía quince (15) (fingiendo ser una tal 'LF'), actividades de índole sexual (tomarse fotografías desnudo).

Y (ii) usar **Facebook** para pedirle en noviembre de 2011 a S, de trece (13) años, imágenes de ella desnuda (con la cuenta pirateada de JM. o con el nombre de 'L'). A su vez, pasarle a dicha menor fotos de su pene erecto.

El caso (i) debe ser separado en dos (2) partes, aunque las instancias condenaron indistintamente por la realización de dos (2) actos en conjunto. Por un lado, **la acción de pedirle fotos desnudo en el 2009 a JM., cuando solo tenía trece (13) años, configura el delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, en la modalidad de "inducción a prácticas sexuales"**. Lo trascendente en este asunto es que, por un lado, no se advierte contexto alguno de explotación sexual, y, por el otro, el procesado puso en peligro tanto la formación como el desarrollo sexual de una persona que, se presume, todavía no tenía capacidad para discernir acerca de esos temas.

Y, por otro lado, **la intención de solicitarle vía Facebook actividades de idéntica índole al menor cuando este ya tenía quince (15) años tiene que reputarse atípica. No se realizó en un trasfondo de prostitución infantil, turismo sexual, etc., y el sujeto pasivo ya gozaba del derecho para decidir libremente acerca de su sexualidad.** Que el agente se hubiera presentado de modo fraudulento al menor no importa para efectos de la configuración del tipo, pues, como se dijo (5.5), la protección de pretensiones sexuales

engañosas a quien ya cumplió los catorce (14) años dejó de abordarlo el orden jurídico penal. Tampoco es importante si el autor alcanzó a hacer una oferta de índole sexual, que era lo que cuestionaba el demandante en el segundo cargo.

El caso **(ii)** se ajusta al tipo de **actos sexuales con menor de catorce (14) años**, ya sea en cuanto a las solicitudes de fotos desnuda que le hizo a S o respecto de las fotografías que le envió el acusado de su miembro viril. En ambas situaciones, se trató de una **“inducción a prácticas sexuales”**, por fuera de un entorno de explotación, a una menor de trece (13) años.

En este orden de ideas, **el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 219-A en lo concerniente a las acciones perpetradas contra los menores JM. y S, a la vez que dejó de aplicar el artículo 209 del Código Penal para esos dos (2) asuntos**, con la aclaración de que la conducta contra J. debía serlo solo por lo acontecido en el 2009 (esto es, por la conversación que sostuvo con ‘P’ cuando no había cumplido los catorce -14).

6.2. Deberá, entonces, **degradarse la calificación jurídica de las conductas punibles**, y sus respectivas penas, **de dos (2) comportamientos de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años, a dos (2) de actos sexuales con menor de catorce (14) años**. Lo anterior resulta posible por las siguientes razones:

(i) A pesar de cierta imprecisión con la fecha de los hechos, el núcleo básico de la imputación fáctica en la acusación incluye que las víctimas JM. y S tenían menos de catorce (14) años cuando fueron inducidos por MAPJ a realizar prácticas sexuales. Dichas edades, por lo demás, fueron materia de estipulación en el juicio.

En efecto, la Fiscalía atribuyó desde la audiencia de formulación de acusación que, para la época en que se dieron los hechos, esto es, 2009 y noviembre de 2011, JM. y S tenían, respectivamente, trece (13) años.

Esto luego fue corroborado durante la etapa del juicio. Las partes estipularon que JM. nació en marzo de 1996 y S, en febrero de 1998. Lo anterior significa que, para el 31 de diciembre de 2009 (fecha en la que a más tardar pudo realizar el acusado las ofertas de connotación

sexual usando el nombre de ‘P’), JM. ya había cumplido los trece (13) años sin alcanzar los catorce (14). Y que, para noviembre de 2011 (cuando S fue buscada por el acusado utilizando las cuentas de JM y ‘LF’), ella también tenía menos de catorce (14) años.

(ii) La nueva calificación se refiere a los mismos hechos que inicialmente fueron imputados en la acusación, así como se trata de un delito menos grave que el inicialmente comprendido.

En efecto, la imputación fáctica obrante en la acusación comprendía la realización vía **Facebook** de ofrecimientos de carácter sexual a los menores JM. y S; el primero, de trece (13) años para el 2009; y la segunda, de trece (13) años para el segundo semestre de 2011. Con ello, se calificaron los hechos como dos (2) conductas de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años previstas en el tipo del artículo 219-A del Código Penal.

Con la calificación actual, la conducta desde lo fáctico queda en la práctica idéntica: la realización de ofertas de corte sexual a JM. y S, menores de catorce (14) años de edad. La única diferencia es que el medio utilizado (esto es, la **red social Facebook**) termina por ser irrelevante. El núcleo fáctico, por consiguiente, es el mismo, pero se valora desde lo jurídico como una **“inducción a prácticas sexuales”**, variante prevista en el artículo 209 del Código como **actos sexuales con menor de catorce (14) años**.

Esta calificación jurídica, por lo demás, es más favorable para los intereses del procesado. De hecho, la Fiscalía, bajo su lógica, debió atribuirle el inciso 2° del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000, que incrementaba la pena **“hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años”**. Sin embargo, no lo hizo. Aun así, la pena para cada comportamiento oscilaba de diez (10) a catorce (14) años de prisión y de sesenta (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. En cambio, la sanción por los delitos del artículo 209 del Código Penal es más leve: de nueve (9) a trece (13) años de prisión.

Y **(iii)** en el proceso **hay medios de prueba suficientes que permiten concluir que** MAPJ

sí tenía conocimiento de la concreta edad de los sujetos pasivos.

En efecto, la manera de obrar del procesado consistía en tener conversaciones por **Facebook** con menores, todos ellos estudiantes de un mismo colegio. Desde el 2009, accedió en forma abusiva a una cuenta de correo electrónico enlazada a una de **Facebook** (la de JM.) Lo hacía usando las cuentas pirateadas o simuladas de otras menores ('P', 'N', 'LF'). Las víctimas podían ingresar al contenido de dichas cuentas y ver toda la información contenida en su perfil (edad, fecha de nacimiento, situación sentimental, etc.) De igual manera, el acusado tenía acceso a los datos que tanto JM. como S habían consignado de ellos mismos, por ejemplo, información que le permitiera advertir que, para la fecha de los hechos, no habían cumplido los catorce (14) años.

Si bien dejar datos como la edad o la fecha de nacimiento en el perfil resulta optativo en **redes sociales** como **Facebook**, y aunque nadie está obligado a plasmar allí hechos ajustados a la realidad, hay indicadores de que la información verdadera obraba en los casos de JM. y S. Por un lado, se trataba de las cuentas con las que interactuaban con sus familiares y amigos del colegio, motivo por el cual no tenían necesidad de mentir u ocultar acerca de sus verdaderas edades. De hecho, la fecha del cumpleaños suele figurar en esos perfiles para ser objeto de felicitaciones y saludos.

Y, por otro lado, hay evidencia de que JM. y S no se guardaron para sí el año en que nacieron. Por ejemplo, el correo electrónico de S para

noviembre de 2011 (época en la que fue víctima de la inducción por parte del procesado) [...] uno en el cual había anotado su fecha de nacimiento (17 de febrero de 1998). A su vez, el correo electrónico de JM. que fue pirateado en el 2009, [...] , contenía el año en que nació (1996), así como el nuevo que creó luego del acceso abusivo a su cuenta [...] . MAPJ tuvo acceso a tales datos y se enteró de ellos.

Como si lo anterior fuese poco, el procesado, cada vez que por medio de la suplantación o la creación de una cuenta falsa a nombre de una menor de edad ('P', 'N', 'LF') dialogaba con las víctimas (L, J y S), debía entablar una conversación amistosa, de conocimiento personal, que implicaba preguntar por datos como la edad. Lo anterior se aprecia la primera vez que 'LF' y JM. tuvieron contacto por Facebook, en septiembre de 2011:

[...]

Si bien no hay constancia de cómo MAPJ inició los diálogos respectivos con JM. en el 2009 y con S en noviembre de 2011 (esto es, cuando los sujetos pasivos tenían trece -13- años), salta a la vista que tal proceder (preguntar por la edad) se ajustaba a su actuar criminal (o *modus operandi*).

El procesado, por consiguiente, sabía que las víctimas eran menores de catorce (14) años cuando por vía Facebook las quiso inducir a prácticas sexuales».

(Textos resaltados por la Relatoría)

TESTIMONIO - APRECIACIÓN PROBATORIA

Cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador tiene la carga de ponderar la trascendencia de los cambios en el relato frente a los elementos centrales del hecho percibido

La Sala decidió *revocar* la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal, para en su lugar, imponer en sede de casación, condena por primera vez al acusado por el delito de *homicidio agravado*. En sustento de la referida determinación -que es susceptible de *impugnación especial*-, la Corporación hizo referencia a la apreciación de la *prueba testimonial*, cuando el deponente ha rendido

varias declaraciones, indicando que, en tales eventos, no es dable exigir que sus exposiciones siempre sean idénticas, sino que debe ponderarse por el fallador la importancia de los cambios en el relato frente a los aspectos centrales objeto de la narración. Así mismo, aludió a las *pruebas periciales*, precisando la diferenciación entre la de *absorción atómica* y la detección de *tatuaje* en el interfecto. También estudió el *informe balístico*, y particularmente, la *trayectoria* de los proyectiles de arma de fuego. Finalmente, descartó la confluencia de la *legítima defensa subjetiva*, que había sido reconocida en el fallo impugnado.

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores de hecho en la apreciación probatoria: se configuran || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** sana crítica || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, examen de coherencia y univocidad sobre los aspectos centrales del relato || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador tiene la carga de ponderar la trascendencia de los cambios en el relato frente a los elementos centrales del hecho percibido || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, el juzgador debe atender los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, indicativos de que el transcurso del tiempo puede difuminar los recuerdos y las circunstancias en que se percibió el hecho || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** cuando el testigo rinde varias declaraciones, resulta irrazonable exigir que realice siempre exposiciones idénticas respecto de lo percibido

«[...] la Sala anticipa que le asiste razón a la recurrente al afirmar que el fallo cuestionado se sustenta en varios errores de hecho y que, de no haber ocurrido tales yerros, el Tribunal habría tenido por demostrado que los hechos sucedieron como los relató OMPR, o lo que es igual, que BR no le disparó a FNR bajo la errada convicción de repeler una agresión inminente, sino en momentos en que éste se encontraba postrado en el suelo y enteramente sometido a la autoridad y designio de los investigadores.

Para sustentar esa conclusión, la Sala partirá por examinar las declaraciones del patrullero PR. Después abordará el examen de los demás argumentos que soportan el fallo del ad quem de cara a los cargos formulados en la demanda y los restantes medios de prueba relevantes.

En su primera declaración, obtenida el 2 de noviembre de 2004, el patrullero ÓMPR relató lo siguiente:

[...] Tres días después - el 5 noviembre de 2004 - se llevó a cabo diligencia de inspección al lugar de los hechos, en desarrollo de la cual PR volvió a ser escuchado:

[...] En una tercera declaración, obtenida el 6 de julio de 2006, PR expuso lo siguiente:

[...] Posteriormente, el 21 de enero de 2010 - esta vez, en diligencia realizada en Bucaramanga - evocó:

[...] Por último, ya en la fase del juzgamiento, PR declaró el 4 de septiembre de 2013 ante el Juez de primera instancia. En esencia ratificó lo dicho en oportunidades anteriores [...]

[...] Pues bien, de las declaraciones reseñadas, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

(i) El patrullero ÓMPR indudablemente presenció los hechos ocurridos y participó en la persecución de FNRM. No de otra forma podría explicarse que desde su primera salida procesal, efectuada el mismo día de los hechos, haya descrito con notable exactitud los rasgos físicos de los investigadores del D.A.S. involucrados, las características del rodante en que se movilizaban (precisando también que quien lo conducía era RB, lo cual éste reconoció) y la ropa que vestía el occiso. Relató, así mismo, que RM tomó rehenes y se refugió en un salón de belleza, como en efecto sucedió, y supo que quien disparó contra el occiso fue el agente *“de tez color negra”*, es decir, WAR, quien admitió, así adujera haber obrado en legítima defensa, ser la persona que accionó el arma.

Como si fuera poco, aseveró que el disparo que acabó con la vida de FNR le impactó la cabeza, aserto coincidente con el resultado de la necropsia practicada sobre su cuerpo.

Evidente, entonces, que el patrullero ÓP se encontraba en el lugar de los hechos al momento de su ocurrencia, intervino en la persecución de FNRM y presenció el instante de su muerte, lo cual descarta las afirmaciones de RB en el sentido de que *“él no estaba allí”*.

(ii) Los aspectos centrales del testimonio se mantuvieron en esencia coherentes y unívocos en las varias salidas procesales del deponente. Sólo respecto de circunstancias accidentales y de menguada relevancia exhiben

algunas inconsistencias, pero éstas en nada afectan el mérito suasorio de su dicho, no sólo porque no refieren a aspectos sustanciales de la evocación, sino también porque entre la primera y última de sus declaraciones transcurrieron poco menos de diez años, por lo cual resulta apenas comprensible, como el natural efecto del paso del tiempo en la memoria humana, la alteración de ciertos recuerdos y el extravío de algunos detalles.

Ciertamente, las distintas narraciones del testigo fueron contestes en cuanto a que éste (a) se encontraba en inmediaciones del lugar de los hechos cuando escuchó disparos; (b) con ocasión de ello, se percató de que otro patrullero de apellido H y dos individuos, a quienes reconoció como investigadores del D.A.S., emprendían en ese momento la persecución de un hombre vestido con camisa roja; (c) PR se unió a la búsqueda del sospechoso hasta que tomó como rehenes a dos mujeres e ingresó a un establecimiento de comercio; (d) una vez ello sucedió, tanto H como los dos agentes del D.A.S. se retiraron para rodear la construcción, mientras que él permaneció al frente de la misma; (e) algunos minutos después, el fugitivo manifestó su intención de someterse a las autoridades, depuso su arma y empezó a prepararse para entregarse a PR; (f) en ese momento, RB y su compañero CM regresaron a la escena, subyugaron al individuo y el acusado le dio un disparo en la cabeza.

Esas proposiciones fácticas, que constituyen el núcleo de lo percibido por el testigo, persistieron sin variaciones en todas sus declaraciones y respecto de ellas ninguna indeterminación existe.

El Tribunal, al negar mérito suasorio a las aseveraciones de PR por advertir en su dicho algunas inconsistencias, lo hizo sin reparar en que, frente a un testigo que en varias declaraciones cambia su relato, la sana crítica impone al juzgador la carga de ponderar la trascendencia de las modificaciones frente a los elementos centrales del hecho percibido; así mismo, atender «los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria», indicativos de que el transcurso del tiempo puede difuminar los recuerdos, y «las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió», por lo cual mal podría ignorarse que los hechos anteriores, concomitantes y posteriores a la muerte de FNRM fueron aprehendidos por ÓMPR en un

contexto de estrés agudo derivado de la persecución de un delincuente armado. Es natural que sus crónicas exhiban algunas imprecisiones.

Desde esa óptica, resulta irrazonable exigir de quien en el curso de casi diez años acude a las autoridades en múltiples ocasiones a rendir testimonio que realice siempre exposiciones idénticas respecto de lo percibido. Una situación contraria, de absoluta coincidencia entre las plurales versiones, parecería - eso sí - sospechosa, pues indicaría que el deponente se ha provisionado de un relato preconcebido».

FALSO RACIOCINIO - Leyes de la ciencia: se vulneran || **DICTAMEN PERICIAL - Necropsia:** apreciación probatoria || **PRUEBA PERICIAL - Absorción atómica:** apreciación || **PRUEBA PERICIAL - Herida por arma de fuego:** determinación de la distancia del disparo || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **HOMICIDIO - Producido con arma de fuego:** tatuaje || **HOMICIDIO - Producido con arma de fuego:** tatuaje, diferencia con el pseudotatuaje por ahumamiento || **PRUEBA PERICIAL - Absorción atómica:** imposibilidad de realizarla no descarta el hallazgo relativo al tatuaje || **HOMICIDIO - Producido con arma de fuego:** tatuaje, acredita que el disparo se produjo a corta distancia || **FALSO RACIOCINIO - Se configura**

«[...] como alega la demandante, el Tribunal incurrió en una ostensible violación de la ciencia al descartar los hallazgos de la necropsia según los cuales la herida de bala que FNR recibió en la mano exhibía [...] tatuaje de pólvora [...] indicativo de que el disparo se hizo "a corta distancia".

La Corporación se abstuvo de apreciar ese hecho, aduciendo que, como no fue posible realizar **prueba de absorción atómica en las manos del occiso**, resulta incoherente que sí se haya podido encontrar posteriormente el referido **tatuaje**. Tal planteamiento es equivocado porque desconoce los principios científicos aplicables.

La **prueba de absorción atómica** pretende identificar residuos de disparo (pólvora y otras partículas que escapan por la parte posterior de un arma de fuego cuando es accionada y se depositan en la mano de quien la manipuló), y su realización se ve frustrada cuando dichos

residuos son eliminados por el sudor o el lavado.

Distinto sucede con el **tatuaje**, consistente en la incrustación de partículas de pólvora, deflagrada o no, en la piel circundante de la herida; marca que, **a diferencia del denominado pseudotatuaje o tatuaje por ahumamiento**, [...] no desaparece con el lavado [...] y **se produce ante disparos efectuados a corta o mediana distancia**, según el arma utilizada. Así lo ha manifestado ya la Sala en otras oportunidades:

"El tatuaje es una peculiaridad que se presenta cuando el disparo con arma de fuego se hace a corta distancia -intermedia dicen otros autores-, la cual oscila entre 5 cm y 1 m, aproximadamente, y se traduce en el tinte oscuro de difícil remoción que deja la pólvora".

En ese orden de cosas, **que la pericia de absorción atómica no haya podido realizarse** por la presencia de sudor en las manos del cuerpo de RM **no descarta consecuentemente la validez del hallazgo del tatuaje en la herida** de su mano. Y aunque la Procuradora Delegada ante la Corte considera que el mentado informe no tiene valor probatorio porque no se acreditó *"el conocimiento que en materia de heridas presentaban los peritos"*, lo cierto es que en el proceso no se cuestionó la idoneidad del experto adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal que lo realizó.

Precisado entonces el yerro en que incurrió el juzgador al negar el mérito de ese elemento de juicio, se hace necesario apreciarlo en conjunto con el restante acervo probatorio. En ese cometido, se advierte sin dificultad que el aludido hallazgo descarta objetivamente las exculpaciones ofrecidas por RB y corrobora la versión de ÓMPR.

Ciertamente, el acusado afirmó que **(i)** sólo hizo un disparo *"de reacción"* contra FNR cuando éste intentó recuperar la pistola que previamente había depuesto; **(ii)** accionó su arma *"a más de un metro"* de la víctima y el proyectil pegó en la cabeza del occiso; **(iii)** el impacto de la mano *"lo debió recibir durante el intercambio de disparos en la persecución"*.

Con todo, el **tatuaje** presente en la herida de la extremidad superior **revela inequívocamente que ese disparo se produjo a corta distancia** (especialmente considerando que RB y CM

portaban armas cortas tipo pistola), máxime que el propio enjuiciado aseveró que en el curso de la persecución *"en ningún momento"* tuvo contacto físico con RM.

Además: aunque todos los testigos coinciden en que FNR ya tenía manchas de sangre en la ropa cuando llegó a la peluquería, la evidencia refuta que provinieran de una herida previa en su mano. En concreto, MLTC, quien en compañía de su madre GCR fue retenida como rehén por el occiso, [...]:

[...] El relato reseñado indica que, para ese momento, las extremidades de FNR estaban ilesas, pues además de manipular un arma, utilizó ambas manos para someter a las rehenes y las condujo por la fuerza hacia el interior del local.

También está descartado que fuese JOPC, a quien FNR asesinó minutos antes de su propia muerte, quien le haya disparado en la mano, porque, como consta en la respectiva acta de levantamiento de cadáver, aquél no portaba armas de fuego al momento de su deceso, aunque sí un cuchillo.

En ese orden, la conclusión más plausible de acuerdo con las pruebas practicadas es que la herida de su mano izquierda se produjo después de que ingresó a la peluquería.

Ahora bien: si luego de que RM entró a la peluquería se realizó un único disparo (según lo admite el propio acusado) y el cuerpo de aquél exhibía, además de la herida de bala en su mano, el orificio en el cráneo que le causó la muerte, surgen como necesarias las siguientes conclusiones: primero, que ambas heridas fueron causadas por el mismo proyectil; segundo, que la víctima tenía la mano izquierda sobre la cabeza cuando se le disparó, y el proyectil penetró primero la extremidad (en la que se observa el tatuaje) y, luego, el cráneo (desprovisto tanto de tatuaje como de ahumamiento, conforme se indica en la necropsia).

Ese curso causal, que es el único lógicamente ajustado a las pruebas mencionadas, es en todo acorde con el relato de ÓMPR.

Así las cosas, **la prueba técnica** referida, que fue descartada por el ad quem bajo el equivocado argumento que ya se analizó, **ratifica la credibilidad del testimonio** de PR y confirma el señalamiento elevado contra RB, a

la vez que desmiente las exculpaciones ofrecidas por este último».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación: se configura || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de balística forense:** apreciación probatoria || **PRUEBA PERICIAL - Estudio de trayectoria de proyectil de arma de fuego:** apreciación probatoria

«Erró también el Tribunal en la apreciación del **informe balístico** de 27 de noviembre de 2007.

En el aludido informe se consignan las siguientes consideraciones: **(i)** la bala que penetró el cráneo del difunto lo hizo en trayectoria postero - anterior e ínfero - superior, mientras que la que traspasó su extremidad lo hizo en línea antero - posterior, entrando y saliendo por el dorso de la mano izquierda; **(ii)** *"posiblemente, el victimario se encontraba atrás (sic) de la víctima, a una distancia no mayor a un metro con un arma de fuego corta (pistola o revólver), probablemente la víctima levanta su brazo izquierdo y coloca su mano izquierda atrás (sic) de su cabeza, donde recibe un disparo a corta distancia, el cual genera el oficio de entrada con tatuaje de pólvora..."*.

Pues bien, lo primero que se advierte es que el Tribunal tuvo en cuenta esa prueba para restarle credibilidad al testimonio de PR por considerar que lo desmiente (sobre lo que volverá la Sala más adelante), pero pasó por alto que las conclusiones allí vertidas, si alguna narración controvierten, es precisamente la WARB.

En efecto: por un lado, el informe balístico ratifica que el disparo que la víctima recibió en la mano se hizo a una distancia menor de un metro. No pudo producirse en el curso de la persecución.

Por otro, indica que la bala que impactó el cráneo lo hizo en **trayectoria** ínfero - superior. Según RB, cuando disparó él estaba de pie, mientras que RM estaba *«ligeramente inflexado de rodillas»*. Considerando que el acusado tiene una estatura de 1.80 metros y el occiso media 1.65 metros, es físicamente imposible que, estando éste ligeramente inflexado, el disparo efectuado por aquél impactara la cabeza de abajo hacia arriba.

Puesto de otra forma, si los hechos en realidad hubieran sucedido como los narró el enjuiciado, la trayectoria del proyectil necesariamente

tendría que haber sido la opuesta, es decir, supero - inferior, o cuando menos, paralela al suelo, porque según él, estando de pie disparó a una persona 15 centímetros más baja que él que en ese momento *“se agach(ó) hacia el arma”*, que estaba en el suelo. Imposible que en esas condiciones la bala haya ingresado al cráneo de RM de abajo hacia arriba.

Ahora: no es cierto que el informe de balística refute las afirmaciones de ÓMPR. A esa conclusión llegó el ad quem como consecuencia de una patente tergiversación del contenido de la prueba técnica, según la cual esa pieza *“indica como hipótesis que tanto la víctima como la persona que accionó el arma se encontraban de pie, lo cual difiere de lo afirmado por el testigo de cargo, quien señaló que el hoy occiso se encontraba en el suelo boca abajo”*.

La distorsión se concretó en el aparte subrayado, porque la prueba pericial nunca sugirió, ni siquiera como hipótesis, que víctima y victimario se encontraran parados al momento del disparo. Tratándose de una valoración de la **trayectoria del proyectil**, es obvio que el análisis está restringido a la ubicación que el pistolero ocupaba en el espacio respecto del ofendido. Así, el documento explicita que quien disparó estaba detrás de la víctima y que la bala penetró el cuerpo de abajo hacia arriba, lo cual puede haber sucedido en cualquier postura que físicamente permitiera ese desenlace (ambos sentados, uno sentado y otro de pie, ambos parados, etc.).

Siendo ello así, el informe balístico sustenta las aserciones de PR, quien sostuvo que RB le disparó a RM desde atrás, cuando éste miraba hacia abajo y yacía postrado en el suelo. Si en ese momento el acusado ocupaba respecto del occiso una posición más cercana a sus pies que a su cabeza, la trayectoria del proyectil sería ínfero - superior, precisamente conforme se anota en esa pieza.

Más aún, en el dictamen examinado se plantea, eso sí, la hipótesis de que la víctima puso su mano izquierda detrás de la cabeza y que el mismo proyectil penetró tanto la extremidad como la cabeza del ofendido, tal como lo evocó el patrullero. Así las cosas, la queja que al respecto formula la recurrente es enteramente fundamentada».

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || ERROR DE PROHIBICION - Legítima defensa putativa || LEGITIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: concepto || LEGITIMA DEFENSA - Putativa o subjetiva: no se configura || HOMICIDIO AGRAVADO - Se configura

«[...] el Tribunal consideró que la versión de lo sucedido expuesta por WARB es “coherente y creíble” y concluyó entonces que aquél, al disparar contra RM, obró en “legítima defensa putativa o subjetiva”.

Pues bien, ya quedó explicado que la Corporación, al colegir que las aserciones de RB son creíbles, lo hizo por causa de una serie de errores de hecho por razón de los cuales perdió de vista que, mientras su versión de lo sucedido es contraria a la prueba técnica recabada en el proceso, la ofrecida por PR encuentra pleno respaldo en esas piezas.

Y es que, además, la narración del enjuiciado es en verdad inverosímil: si FNRM, tras una larga persecución, había ya depuesto su arma y estaba siendo encañonado por dos agentes armados - el procesado y su compañero CM - no aparece como un curso comportamental razonable que haya intentado alcanzar nuevamente su pistola desde el suelo para agredir a sus captores. La probabilidad de éxito de la maniobra sería exigua, máxime si el arma que supuestamente intentó recuperar estaba a más o menos un metro de distancia.

Y si bien al expediente se aportaron las declaraciones de cuatro agentes del D.A.S. que dijeron haber presenciado lo ocurrido y quisieron corroborar las exculpaciones de RB, ningún mérito suasorio puede otorgárseles en tanto, se insiste, aquéllas contravienen la prueba técnica que obra en la actuación.

En conclusión: el testimonio de ÓMPR está revestido de características de credibilidad y encuentra respaldo en las pruebas periciales allegadas al expediente, en concreto, el protocolo de necropsia y el informe balístico previamente aludidos, como también en distintas pruebas testimoniales, conforme quedó explicado en precedencia. En contraste, la versión ofrecida por WARB aparece contraria a lo que enseñan las referidas pruebas técnicas y, por ende, no puede tenerse por cierta.

En esas condiciones, surge diáfano que **el Tribunal violó indirectamente la ley**

sustancial al aplicar, sin tener cabida y como consecuencia de los yerros de hecho ya referidos, **el error indirecto de prohibición** bajo el cual, a su entender, supuestamente obró RB.

Recuérdese que en la **legítima defensa subjetiva o putativa**

“...el autor supone falsamente que se encuentra en una situación de legítima defensa, yerra acerca de circunstancias, de la agresión, de su injusticia, de su inminencia o actualidad.

Y si bien imagina que se encuentra ante una situación que validaría su acción, v. gr., cree que lo están atacando o lo van a atacar, esa suposición no puede ser fantasiosa y alejada totalmente de lo objetivo, sino que ha de ser razonable frente a las circunstancias o según las actitudes del supuesto agresor”.

Si al momento del impacto, como ya se dijo, RM estaba subyugado y boca abajo, a la vez que rodeado de funcionarios armados, **no existe ningún sustento objetivo atendible para que RB se representase mentalmente una amenaza inminente**. Su conducta es típica del delito de homicidio agravado por el que se le formuló acusación.

Como no se observa, entonces, que WAR haya obrado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad penal, se impone **casar la sentencia para, en su lugar, condenar** al nombrado en los términos consignados en la resolución por la cual se calificó el mérito sumarial».

DOBLE CONFORMIDAD - Impugnación especial: procedimiento transitorio en la Sala de Casación Penal cuando la primera sentencia condenatoria es dictada en sede del recurso extraordinario

«Como la presente providencia supone la **primera condena** emitida contra el enjuiciado, quien fue absuelto en primera y segunda instancia, la misma, conforme las reglas transitorias fijadas en el fallo SP-4883-2018, es suscrita por cinco de los Magistrados integrantes de la Sala.

Frente a tres Magistrados que no participan de esta decisión, el interesado, si así lo quiere, **podrá promover recurso de impugnación especial**, en los mismos términos procesales

previstos en la Ley 600 de 2000 para el recurso de apelación».

(Textos resaltados por la Relatoría)

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

Se configura, cuando se supone, sin prueba alguna, la captura del procesado como evidencia de su presencia y participación en los hechos

Al casar el fallo *condenatorio* del Tribunal para, en su lugar, validar el *absolutorio* emitido en primera instancia respecto del acusado por el delito de *hurto calificado y agravado*, la Sala encontró importante recordar que cuando el fallador realiza la apreciación uniforme de los medios de prueba, debe examinar que no ofrezcan desacuerdos en aspectos primordiales.

Del mismo modo, consideró configurado un *falso juicio de existencia por suposición*, habida consideración que el juzgador asumió, sin contar con evidencia alguna, la acreditación de la aprehensión del procesado como sustento de la coautoría y responsabilidad en el comportamiento imputado. Esto implicó que, a su vez, incurriera en *falsos juicios de identidad y raciocinio*.

SP3209-2019 (52762) del 14/08/19

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Criterios de valoración:** el análisis conjunto es una regla estructural de apreciación probatoria || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Criterios de valoración:** apreciación uniforme de los medios suasorios, implica analizar que no tengan desacuerdos en aspectos esenciales || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por suposición:** se configura

«[...] el reproche [...] en relación con los **errores** (no concretados en la demanda) en los que incurrió el juzgador, **al dar por probada la**

captura del procesado y deducir de ahí la coautoría, cuando ni siquiera el único testigo presencial de los hechos puede afirmarlo, tiene vocación de éxito, como se estimó al principio de la parte considerativa de esta decisión, al evidenciarse la configuración de la causal 3ª del artículo 181 de Código Procesal Penal del 2004.

Para abordar cada uno de los errores, encuentra la Sala oportuno precisar que el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 estatuye que **las pruebas deben valorarse en conjunto** de acuerdo con los criterios fijados para cada una de ellas. Por lo tanto, **cuando el juzgador aprecia como uniformes unos medios suasorios y de ellos extrae una sola conclusión demostrativa, debe previamente analizar que las mismas no tengan desacuerdos entre sí en aspectos esenciales.**

En este caso, como se registra en las transcripciones de las consideraciones expuestas, el ad-quem, sin diferenciar las variables trascendentales en los relatos de los testigos que comparecieron al juicio, determinó una secuencia fáctica que no se ajustaba en estricto sentido a lo que se extrae de cada una de las declaraciones y ello condujo a las fallas que a continuación se señalan.

Así, como se glosó textualmente, sobre el «delito de hurto calificado y agravado», el Tribunal estimó que la conducta no fue desplegada en forma individual, sino en grupo y por lo tanto, el comportamiento penalmente relevante le era imputable a todos los integrantes a título de coautoría impropia. Para el efecto, partió de considerar que, de los testimonios de CAVC, CARV y YFOB se establecía que:

d. De los atacantes hacía parte un sujeto alto, delgado de cabello muy corto y que mandaba a los demás. Era el único con esas características morfológicas. Los agentes lo capturaron, conocieron sus nombres y apellidos y le dieron esa información a CA: se trataba de NRGD. (Subrayado fuera de texto)

En consonancia con lo anterior, estimó que el policía que llegó al lugar de los hechos, no presencié la agresión física ni el hurto; su misión se limitó a perseguir y capturar a las

personas referidas por la víctima como autores de las lesiones y el despojo. En consecuencia, que la falta de la incorporación del informe de captura y de la práctica de los testimonios de los uniformados, echada de menos en el fallo de primera instancia, no eran determinantes.

Al respecto, si bien es cierto, el debate acerca de las circunstancias de **la captura** tiene su escenario propio en las audiencias preliminares, esto para efectos de la legalidad del procedimiento, también lo es que, **como evidencia procesal no fue probada en este caso**, a pesar de lo cual en la sentencia de segunda instancia se afirmó que así ocurrió y que precisamente esa aprehensión recayó en NRGD.

Como resulta claro, **el agente que supuestamente hizo la retención** de uno de los integrantes de la pandilla y suministró a los testigos el nombre que permitió identificar al acusado, **no fue traído al juicio para declarar sobre ese hecho, en relación con el cual tampoco los restantes medios probatorios dan cuenta específica.**

De lo anterior se sigue que **la Fiscalía no presentó prueba alguna a través de la cual se pudiera determinar si realmente la persona fue capturada y puesta a su disposición**, si se legalizó el procedimiento o, por el contrario, cuál fue el motivo por el que, de haberse efectuado la aprehensión del inculcado, no se judicializó, aspectos que resultaban de trascendental importancia, en orden a demostrar la relación del retenido con el delito que se le imputa.

Para **el Tribunal** estos vacíos no tuvieron incidencia y **dio por hecho, sin prueba que lo demuestre, que GD fue capturado, lo que configura un falso juicio de existencia por suposición**.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Captura en flagrancia: no es una prueba en sí misma sino una circunstancia que se debe probar en el juicio || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Identificación e individualización del procesado:** su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Modalidades:** técnica en casación || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por adición:** se configura || **FALSO RACIOCINIO - Se configura** || **PETICIÓN DE PRINCIPIO - Se configura** || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA -**

Por suposición: se configura, cuando se supone, sin prueba alguna, la captura del procesado como evidencia de su presencia y participación en los hechos || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO - No se configura**

«De esta actuación surgida en el trámite del proceso, ajena por completo al debate probatorio propio del juicio, **no dimana que NRGD haya ingresado al sistema penal por información de la policía sobre la aprehensión o por señalamiento directo de algún testigo o por petición de la Fiscalía para la legalización del procedimiento.**

Esa inadvertida circunstancia, puede considerarse inane por tratarse de un tema eminentemente procesal; sin embargo, cobra importancia, si se tiene presente que, **de la supuesta captura se derivó la identificación y vinculación posterior del acusado**, al punto que los testimonios con base en los cuales el Tribunal encontró prueba suficiente de la participación de NRGD, lo inculparon por virtud de la información que les dio el policía que lo «capturó», Por manera que, la ciencia de la mención por sus nombres y apellidos que hicieron en el juicio —toda vez que, no existe constancia que en dicho acto procesal tuvieron contacto con el vinculado— no devino de su constatación personal o directa sino, según afirman, de lo que les dijo un policía, que no fue citado ni oído en juicio.

De suerte que, cuando **el Tribunal** aseveró que los policías «emprendieron la persecución de los pandilleros. Capturaron a dos, pero por motivos que se desconocen no fueron judicializados, y agregó que la ausencia de los testimonios o documentos emanados de quienes cumplieron esta labor no eran determinantes, **dio por demostrado el aspecto fáctico de la captura del procesado, sin prueba que lo acreditara** y por contera, a más de incurrir en falso juicio de existencia, dejó de analizar la incidencia que tenía frente a la demostración de que la persona identificada por la policía como NRGD fuera la misma que formaba parte del grupo que despojó del bien a CARV.

En ese orden, **la suposición de la aprehensión del enjuiciado inmediatamente después de los hechos y/o por señalamiento realizado por los testigos, llevó al Tribunal a una cadena de errores** en la apreciación de los

testimonios de cargo, con igual trascendencia respecto de la declaratoria de responsabilidad del procesado.

En esa medida, conviene recordar que el **error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad** estriba en que el juzgador al valorar la prueba, **(i)** deje de lado un segmento de ella, esto es, la cercena, **(ii)** le hace agregados al medio de convicción, es decir, se le adicionan expresiones que no hacen parte de la composición fáctica o **(iii)** tergiversa su contenido material, para hacerle decir al medio de persuasión aquello que no se desprende objetivamente del mismo.

Frente a ello, se encuentra que los errores del Tribunal emanan de apreciar bajo un mismo rasero las declaraciones de CARV, CAVC y YFOB, con los que solventó las fallas cometidas por la Fiscalía, por su inactividad probatoria, para lo cual de cara a la secuencia fáctica adicionó aspectos no señalados estrictamente en los testimonios, en torno a que la persona identificada por la policía fuera la misma que cometió la conducta punible.

[...] De lo referido por los testigos se advierte que, no participaron en aludido procedimiento de captura, pues mientras ello sucedía, se estaban desplazando al CAI, es decir que, no se enteraron de lo que sucedió entre el momento en que la policía salió en persecución de grupo que huía y cuando regresaron al CAI, intervalo en el que, al parecer, la fuerza pública obtuvo la información que la persona alcanzada respondía al nombre de NRGD.

En relación con ese tema, el Tribunal indicó que: «Los agentes lo capturaron, conocieron sus nombres y apellidos, y le dieron esa información a CA: se trataba de NRGD. Ello resulta ser un error por falso juicio de identidad por adición, toda vez que el vacío acerca de la forma o trámite que llevó a efecto la policía para identificar a la persona perseguida, no se podía suplir con el contenido material de la prueba testimonial, en tanto que los testigos no dieron a conocer como se desarrolló o cuál fue la fuente de información con la que contaron los uniformados, para establecer que el presuntamente capturado o retenido respondía a dichos nombre y apellidos y era la misma persona que cometió el delito.

En este orden de ideas, respecto del reconocimiento de la persona presuntamente

capturada, a pesar de que, las respuestas dadas por CARV y YFOB Sugieren que dicho acto se cumplió en el Centro de Atención Inmediata, dicha circunstancia, además de no haber sido aclarada en el juicio y de ser desvirtuada, por CACV, el que, como ya se dijo testificó que el retenido no fue llevado al CAI y que se imagina que su hermano lo reconoció para el momento que le propinó el golpe, tampoco puede tenerse como demostrativa de la conexión entre la persona identificada por la policía y el autor de la conducta, pues se itera, los testigos no dan cuenta de por qué y cómo los agentes obtuvieron los nombres de la persona perseguida, lo que a la postre determina un **error de falso raciocinio, por no constituir razón suficiente para inferir que el procesado quedó identificado desde el mismo momento de los hechos como la persona que cometió el hurto.**

[...] Se extracta entonces que el Tribunal no podía tener como verdad sabida que el acusado respondía a las mismas características físicas de uno de los integrantes del grupo que cometió el punible, puesto que, **lo estipulado fue la plena identidad del procesado y no la del autor del delito** y adicionalmente, si bien, la víctima indicó algunos datos físicos de su atacante, no fueron comparados, ni reconocidos en juicio como los que individualizaban concretamente al procesado.

En este orden de ideas, cuando el Tribunal consideró irrelevante la falla de la Fiscalía de probar a través del testigo directo, esto es el policía que acudió al lugar, si el procesado fue capturado, por qué y cómo se obtuvo la información acerca de la identificación, soslayó la incidencia que tenía en la verificación de que NRGD, y no otro, fuera quien, en compañía de otras personas, hurtó el bien que tenía CARV.

De todo lo dicho concluye la Sala que, ha quedado demostrado cómo en efecto **el Tribunal incurrió en falso de existencia por suponer sin prueba alguna la captura del procesado como evidencia procesal de su presencia y participación en los hechos, falso juicio de identidad** al derivar la prueba testimonial rendida por CAVC, CARV, YFOB, una secuencia fáctica que no se extractan de su contenido material y **falso raciocinio** al incurrir en la falacia de petición de principio y razón insuficiente sobre la individualización y

reconocimiento del procesado como integrante del grupo asaltante.

En esa forma como, lo alega el demandante y lo respaldan los delegados de la Fiscalía y el Ministerio Público ante la Corte, dejó de reconocer la duda razonable en favor del acusado, al tener por probado sin estarlo, que era la misma persona que actuó en compañía de otros para apoderarse de una cámara, cuando en relación con este singular aspecto, ninguno de los testigos pudo dar a conocer, más allá de toda duda, si la persona perseguidas por la policía con los datos que identificaban al

inculpado correspondían al mismo que con su grupo cometió el hurto, lo que a la postre excluía toda posibilidad de endilgarle la denominada coautoría impropia.

En consecuencia, se acredita que los errores de hecho cometidos por el ad quem son de tal entidad que obligan a variar el sentido de la decisión, esto es, **casar el fallo impugnado y validar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

PRUEBA PERICIAL

No es dable descalificar las conclusiones con fundamento en críticas carentes de respaldo científico, técnico o artístico

Al inadmitir la demanda de casación, la Corporación estimó preciso recordar cómo, tratándose de la *prueba pericial*, no es adecuado censurar las conclusiones con sustento en cuestionamientos alejados de cualquier soporte científico, técnico o artístico. En tal sentido, acotó que si lo que se critica es el método seguido por el perito, debe ponerse de presente en cuál de sus fases se infringió la regla o principio que es disponible en el asunto en particular. Por último, advirtió que la argumentación del censor en el caso puntual, constituyó un *alegato de instancia*, ajeno a los parámetros casacionales.

AP3159-2019 (50767) del 05/08/19

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRUEBA PERICIAL - Técnica en casación: no es dable descalificar las conclusiones con fundamento en críticas carentes de respaldo científico, técnico o artístico || **PRUEBA PERICIAL - Técnica en casación:** el recurrente debe explicar de qué manera se desconocen los criterios de los cuales depende la científicidad de las conclusiones || **LEY DE LA CIENCIA - Técnica en casación:** cuando se cuestiona el método, el recurrente debe evidenciar en cuál de

sus fases se infringió una determinada regla o principio científico aplicable al asunto || **DICTAMEN PERICIAL - Informe técnico médico legal sexológico:** apreciación, en evento de condición elástica del himen en la víctima || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:** se configura || **DEMANDA DE CASACIÓN** - Es antitécnica cuando se reduce a un alegato de instancia || **FALSO RACIOCINIO** - No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria || **DEMANDA DE CASACIÓN - Inadmisión**

«**Tampoco es dable descalificar una conclusión pericial con fundamento en críticas carentes de respaldo científico, técnico o artístico, según el caso.** El método científico corresponde a un modelo general de aproximación a la realidad o comprensión de un fenómeno, compuesto por pautas o modelos generales y abstractos, dentro de los cuales se desarrollan procedimientos o protocolos específicos a aplicar en las investigaciones. Entre otras características, la opinión científica ha de ajustarse a criterios de objetividad, verificabilidad, conceptualización, racionalidad y medición de la falibilidad.

En ese sentido, la metodología tiende a estandarizar los procedimientos en las diversas fases del análisis científico, como la formulación del problema, la observación del fenómeno, el análisis y la interpretación de datos, la elaboración de hipótesis y la emisión de conclusiones.

De suerte que **una censura por infracciones a las reglas de la ciencia** en la valoración de pruebas científicas **ha de poner de manifiesto de qué manera se desconocen los criterios de**

los cuales depende la cientificidad de la conclusión pericial. Si el cuestionamiento se dirige al método, deberá evidenciar en cuál de sus fases se infringió una determinada regla o principio científico aplicable al asunto.

Si bien el demandante identificó un postulado científico aplicable en el ámbito de la investigación forense, de entrada se advierte que éste no fue quebrantado por los falladores en el escrutinio probatorio de los testimonios periciales.

El censor cuestiona al Tribunal por no aplicar el principio de intercambio de Locard, más lo hace bajo una contraevidente comprensión del resultado del **examen sexológico**, sin atención de la **condición elástica del himen en la víctima**.

Sin soporte científico alguno, el libelista inexorablemente reclama hallazgos de alteraciones a nivel vaginal, a fin de corroborar la veracidad de lo narrado por la menor. [...]

[...] [...] el ad quem concluyó que: el acceso carnal ejecutado en contra de la integridad y formación sexual de L.V.P.R no necesariamente tenía que dejar una huella física, ya que como lo explicó el legista, aunque no se hallaron signos de trauma reciente ello obedece a que la infante posee un **himen íntegro elástico**.

En esas circunstancias, contrario a lo afirmado por el demandante, dadas las aludidas

condiciones fisiológicas en la menor no quedaría evidencia de la penetración. Ello deja en el vacío el reproche por la supuesta infracción de principios científicos.

En síntesis, **los reproches** formulados por el libelista, como viene de verse, **constituyen** apenas **argumentos propios de un alegato de instancia**, carentes de aptitud para ser atendidos en casación bajo la óptica del falso raciocinio. Pues, como lo tiene dicho la Sala, no hay lugar a predicar la configuración de dicho yerro cuando simplemente se presenta una apreciación probatoria que no se comparte. La mera disparidad de criterios en ese aspecto no habilita para acudir al recurso de casación (CSJ AP 3 dic. 2009, rad. 27.264). En la misma dirección, ha puntualizado que la simple oposición de apreciaciones subjetivas contra los razonamientos probatorios efectuados por el juez o la postulación de críticas a la actividad valorativa, formuladas con la amplitud propia del ejercicio de contradicción de las instancias, sin el debido planteamiento, conduce a la inadmisión del recurso de casación (CSJ AP 16 jun. 2010, rad. 33.697)».

(Textos resaltados por la Relatoría)

FALSO JUICIO DE LEGALIDAD
Se configura, cuando el fallo se fundamenta en elementos probatorios incautados en registro y allanamiento de domicilio ilegales

Al casar el fallo impugnado, para *absolver* a los acusados del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, la Sala ahondó en el tópico relativo a la protección de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, extensivos a la habitación de un hotel. En este orden, recordó los parámetros constitucionales y legales que permiten la realización de *allanamientos o registros*, así como las consecuencias que comporta el efectuar un procedimiento de tal naturaleza por fuera del marco constitucional y legal, que no son distintas a la ausencia de valor de los *elementos materiales probatorios* y

evidencia física recopilados de esa manera, así como su *exclusión* de la actuación.

SP1862-2019 (48498) del 29/05/19

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A LA INTIMIDAD - En la habitación de un hotel: protección constitucional || **DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO - En la habitación de un hotel:** se asimila al de un domicilio privado

«El derecho a la intimidad en la habitación de un hotel

La Ley 300 de 1996, por medio de la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones, en su artículo 83, modificatorio del canon 44 de la Ley 23 de 1982, dispuso que *“las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedajes que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado”*.

[...] Lo anterior significa que **las habitaciones de hotel gozan de protección constitucional** por tratarse de un espacio en el cual las personas se desarrollan como seres libres y autónomos, sin estar sometidos a la mirada de otros, es decir, se configura un espacio que debe ser protegido».

DERECHOS FUNDAMENTALES - Ninguno ostenta el carácter de absoluto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** limitaciones al derecho a la intimidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** procedencia y finalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** requiere de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** en situaciones de flagrancia y otras contempladas en la ley || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** requiere orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** eventos en que la Fiscalía debe someter la diligencia a control de legalidad posterior || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** si se efectúa por fuera del marco constitucional y legal, implica la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física

«Limitaciones al derecho a la intimidad en el registro y allanamiento

La Corte Constitucional ha sostenido que **los derechos fundamentales no son de carácter absoluto**, sino que por el contrario, existen eventos en los que la injerencia en el ámbito privado de la persona es necesaria y razonable.

El artículo 14 de la Ley 906 de 2000 señala que no podrán hacerse registros, **allanamientos** ni incautaciones en el domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino **en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos**

previamente definidos en dicho Código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

Las diligencias de registro y allanamiento afectan el derecho a la intimidad y a la libertad personal, de ahí que su validez esté condicionada al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 250 de la Constitución Política y en el canon 219 del Código de Procedimiento Penal ; es decir, **deberá existir una orden previa emitida por parte de la Fiscalía** con la finalidad de: **(i)** obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, o de **(ii)** realizar la captura del indiciado, imputado o condenado cuando se trate de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

La orden expedida por el Fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia, conforme lo prevé el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal.

Además, la Ley 906 de 2004 también regula, en el Libro Segundo, las actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización. **El precepto 229 ibídem autoriza a la policía judicial en situaciones de flagrancia para proceder al registro y allanamiento** del inmueble, nave o aeronave del indiciado, y dispone que en caso de éste refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, **los agentes policiales deben solicitar el consentimiento del propietario o tenedor**, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004, señala cuales son las **excepciones al requisito de la orden escrita**, así:

(i) Cuando medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

(ii) Cuando no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

(iii) Cuando se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad.

En estos casos la Fiscalía General de la Nación deberá someter a control posterior la legalidad de la diligencia.

La exigencia de la orden para el registro y allanamiento, y su posterior examen de legalidad tienen como finalidad la protección del domicilio y de la intimidad de injerencias arbitrarias.

Ciertamente, **la consecuencia de realizar un registro o allanamiento por fuera del marco constitucional y legal es que los elementos materiales probatorios y evidencia física carecen de valor y deberán excluirse de la actuación** conforme lo disponen los artículos 232, 237 y 360 del mismo Código.

La razón de ser de una estipulación semejante, como ya lo ha precisado la Sala, descansa en los fundamentos que sirven de base al Estado de social de derecho, pues para asegurar y garantizar la dignidad humana, el debido proceso y la legalidad, se estableció la prohibición de valorar cualquier medio de conocimiento judicial que se obtenga con detrimento de las garantías y derechos fundamentales, ya que *“la ruptura del sistema normativo penal por parte del infractor no puede ser conjurado por las autoridades estatales acudiendo también a prácticas lesivas del ordenamiento que dice proteger, so pretexto de combatir la criminalidad y la impunidad”*.

PRUEBA ILEGAL - Diferente a prueba ilícita || **PRUEBA ILEGAL** - Concepto || **PRUEBA ILÍCITA** - Concepto || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** sus efectos se producen tanto en los eventos de ilicitud como de ilegalidad probatoria || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** Excepciones, fuente independiente, vínculo atenuado y descubrimiento inevitable ||

PRUEBA - Cláusula de exclusión: Aplicación, prueba derivada de una ilícita o ilegal, fundamentos || **PRUEBA - Cláusula de exclusión:** juicio de ponderación que debe realizar el funcionario judicial

«[...] la jurisprudencia de la Sala ha distinguido entre la **prueba ilegal y la prueba ilícita**. La primera se refiere a la violación de las reglas de ordenación, práctica o incorporación a la actuación de material probatorio, y la segunda, tiene ocurrencia cuando las evidencias y los elementos materiales probatorios son obtenidos con desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de las personas. Es el caso de la violación de los derechos a la vida, a la no autoincriminación, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, entre otros.

Respecto de ambas especies de prueba opera la cláusula de exclusión, y la jurisprudencia se ha encargado de matizar el respectivo **efecto**, puesto que si se trata de **prueba ilegal** el funcionario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar su exclusión, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio probatorio puede continuar obrando dentro del proceso.

Por el contrario, tratándose de **pruebas ilícitas siempre opera la cláusula de exclusión probatoria**, excepto en unos precisos casos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación, lo cual ocurre cuando la prueba es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado.

No obstante, la Ley 906 de 2000, artículo 455, prevé criterios que permiten morigerar la cláusula de exclusión y atenuar los efectos del artículo 23 de la misma obra, como son el **vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable** y los demás que establezca la ley.

Esta Sala precisó que con el fin de establecer cuándo un medio de prueba reflejo debe ser excluido, el funcionario judicial debe realizar un **juicio de ponderación** que, en armonía con los criterios citados con anterioridad, comprende las siguientes pautas:

“a) En primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental

constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

b) La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por último, y esto es lo más determinante, no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, sino que debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran al rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.»

En conclusión, siempre que exista una relación inescindible entre el acto violatorio de una garantía o derecho fundamental y el elemento de convicción obtenido, la prueba derivada debe ser excluida, lo cual implica la imposibilidad de repetirla a fin de depurarla, cuando exista una relación de causalidad entre la prueba ilícita y la nueva prueba lícita a la que se arriba con base en el conocimiento arrojado por el elemento de juicio ilícito. Por ello, la doctrina especializada en la materia ha señalado que “no debería admitirse su subsanación o convalidación mediante la práctica de un nuevo reconocimiento con todas las garantías o mediante su simple ratificación en el acto del juicio oral al estar

viciado en su origen.”. Así, la ineficacia de la prueba ilícita se extenderá también a todos aquellos elementos probatorios obtenidos de forma lícita, pero que han sido descubiertos gracias a los resultados obtenidos con una prueba ilícita.

Lo anterior, por cuanto el vínculo entre la fuente ilícita y la prueba derivada de ella no es ajeno a la vulneración del mismo derecho, sino que se presenta como su fruto, de manera que la protección debida al derecho fundamental solo será simbólica sino se excluye el material obtenido y derivado de la prueba espuria».

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: contradicciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** requiere de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** si se efectúa por fuera del marco constitucional y legal, implica la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Registro y allanamiento:** cuando no se cuenta con orden escrita, la autorización del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad ha de ser autónoma || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Policía judicial:** facultades, son diferentes a las de la Policía de vigilancia || **PRUEBA ILEGAL - Exclusión || FALSO JUICIO DE LEGALIDAD - Se configura:** cuando el fallo se fundamenta en elementos probatorios incautados en registro y allanamiento de domicilio ilegales || **FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES - No se configura**

«La Sala observa que entre la versión del administrador del hostel [...], MGC, y la del patrullero RPL existen algunas contradicciones; sin embargo, resulta claro que **el procedimiento de ingreso al hotel y a la habitación no estuvo precedido de una orden judicial**, a pesar de que fue invocada para penetrar en el hotel conforme lo relatado por el administrador, y luego bajo la convicción errada de la existencia de la orden legítima, ante el pedido de los policías, procedió a abrirles la puerta.

En su declaración en el juicio oral, el policial SCQ manifestó que una fuente humana les informó que varias personas se encontraban

reunidas en el hostel [...], de la ciudad [...], y que estaban planeando realizar varios atracos o que se dedicaban a actividades delictivas.

[...] El testimonio de SC deja en evidencia que **el consentimiento de los moradores para ingresar a la habitación no fue libre** como lo exige nuestro ordenamiento jurídico, **pues la autorización del titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad ha de ser autónomo** y en el presente asunto no lo fue.

En efecto, la Sala observa que, en el acta de registro y allanamiento con autorización del morador, que constituye la evidencia física No. 1, se guardó silencio sobre las protestas que hicieron los ocupantes del inmueble y de las cuales dio cuenta el policial SCQ, lo cual refuerza el razonamiento de la Corte respecto de la ausencia de libertad y autonomía en la autorización de ingreso al inmueble en el presente asunto.

Además, **las facultades que ostenta un miembro de la policía judicial son diferentes a las que atañen a la de vigilancia**, conforme las funciones que para la época de los hechos tenían el patrullero RPL y los seis compañeros de institución que participaron en el operativo.

[...] De esta manera, las labores previas de verificación que facultan para allegar documentación, realizar el análisis de información y escuchar en entrevista a quienes se considera que pueden tener conocimiento de la comisión de una conducta punible, **se transformó en un allanamiento y registro sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales que le deben de preceder.**

La actuación de los miembros de la Policía Nacional en el presente caso **no encuentra cobijo en alguna de las excepciones para proceder al registro y allanamiento sin orden escrita como son: i)** el consentimiento del propietario o tenedor del bien objeto de registro, el cual debe ser expreso, pues no resulta suficiente la ausencia de objeciones, y debe

acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización, dado que el acceso a la habitación se hizo sin el consentimiento de los ocupantes, pues fue el administrador quien abrió la puerta, conforme se estableció en el juicio oral; **ii)** el arma de fuego no se encontraba en campo abierto o abandonado, **iii)** Existía una expectativa más que razonable de intimidación en la medida en que se trataba de la habitación de un hostel ocupada; **iv)** tampoco se encontraban los miembros de la policía ante situaciones de emergencia como incendio, inundación, que pusiera en peligro la vida o la propiedad, o situaciones de riesgo inminente para la vida, la salud, la integridad personal o sexual.

Como en materia de protección de derechos fundamentales las formas procesales no se justifican por sí mismas, sino que es necesario establecer en concreto de qué manera la incorrección sobre el mandato procedimental derivó en el quebranto efectivo de un derecho o garantía, señala la Sala que en este asunto **la ilegalidad del registro y allanamiento de la habitación del hotel** que ocupaban desde hacía 30 días LFGV y DARS, no comportó únicamente esta ilegalidad, sino que **vició la incautación del revólver Smith & Wesson calibre 38 largo** [...].

Así las cosas, **prosperan las censuras por violación indirecta de la ley sustancial, producto del error de derecho por falso juicio de legalidad propuesto por la defensa, pues se demostró que el Tribunal fundamentó el fallo de condena en los elementos probatorios incautados a LFGVI y DARS en el marco de un registro y allanamiento de domicilio ilegales.**

Como sin los medios de conocimiento excluidos la sentencia de condena no consigue mantenerse, **se impone casar tal decisión y absolver a LFGV y DARS».**

(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