



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Octubre 31 de 2022 n.º 10

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>

**CASO ACCESO CARNAL VIOLENTO COMETIDO POR EL CÓNYUGE / ENFOQUE DE GÉNERO** - Vulneración: cuando no se aplica y el juez incurre en dinámicas machistas contra la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando la ponderación probatoria o la construcción indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación promovido por el defensor de E.Y.V.I. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que revocó la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad y lo condenó por el delito de Acceso carnal violento, agravado, en concurso de conductas punibles.

La Sala no casó el fallo recurrido, y, por el contrario, confirmó la decisión condenatoria de segunda instancia, al considerar que, no es cierto, como desafortunadamente lo expuso el *a quo*, que las relaciones sexuales sean obligatorias en el matrimonio, ya que, este tipo de afirmaciones se traducen en estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que,

a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima.

Aunado a ello encontró demostrada la responsabilidad del acusado en el delito de acceso carnal violento, en tanto no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido y el tiempo que esta tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio.

**SP3574-2022(54189) de 05/10/2022**

**Magistrada Ponente:**

**Myriam Ávila Roldán**

**Salvamento Parcial de voto:**

**Fabio Ospitia Garzón**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

Desde el 30 de octubre de 2011 hasta el 15 de abril de 2012, E.Y.V.I. accedió carnalmente, de manera violenta, a su esposa y madre de su hija menor. Dicha conducta ocurrió en múltiples oportunidades, cada vez que el agresor llegaba a casa en estado de embriaguez en horas de la madrugada, cuando sin su consentimiento, por medios coactivos de carácter psicológico y bajo la oposición explícita de su cónyuge, la accedía carnalmente.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / CASO ACCESO CARNAL VIOLENTO COMETIDO POR EL CÓNYUGE / PRINCIPIO DE**

**CONGRUENCIA** - Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: entre la formulación de la imputación y de la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Marco normativo

«Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en cuanto «el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena»; igual consonancia debe existir entre la formulación de la imputación y la formulación de la acusación, lo que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en lo que concierne al derecho de defensa, conforma la garantía judicial mínima dirigida a conocer oportunamente los hechos de la acusación y su calificación jurídica, y disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: acto de parte, a cargo de la Fiscalía General de la Nación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos

«[...] en lo que respecta a la imputación, el análisis de su procedencia le fue asignado al fiscal, según lo establecen los artículos 250 de la Constitución Política y 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan además el contenido de este acto comunicacional, el cual no está sometido a control material por parte de los jueces.

Dada su naturaleza, es un acto reglado, de conformidad con el artículo 288 ibidem, que debe contener:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: funciones en el sistema procesal, delimitar la situación fáctica inmodificable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: funciones en el sistema procesal, fijar el marco fáctico y jurídico de la futura sentencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos

«Es, en consecuencia, un presupuesto lógico-procesal que fija el marco fáctico y jurídico de la futura sentencia, a partir de la descripción de unos hechos jurídicamente relevantes, incriminados y atribuidos a un individuo, y su correlación con la calificación jurídica de los mismos, constituyendo un acto consustancial al derecho de defensa.

«Es, en consecuencia, un presupuesto lógico-procesal que fija el marco fáctico y jurídico de la futura sentencia, a partir de la descripción de unos hechos jurídicamente relevantes, incriminados y atribuidos a un individuo, y su correlación con la calificación jurídica de los mismos, constituyendo un acto consustancial al derecho de defensa.

Ello connota su naturaleza medular en el sistema acusatorio por su incidencia en el mandato superior del artículo 29 -debido proceso-, y porque, además, determina (i) el debate sobre la medida de aseguramiento y otras medidas cautelares; (ii) fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación; y, (iii) limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación (sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera). Por lo tanto, ha sostenido la Corte, es un imperativo que la Fiscalía realice correctamente el «juicio de imputación», lo que se traduce en la debida delimitación de la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y su calificación jurídica.

Es por ello que los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación no pueden ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, debiéndose mantener su núcleo fáctico en la formulación de la acusación y en la sentencia, salvo algunas variaciones propias del carácter progresivo de la actuación».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: modificaciones a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: fines

«Esta Sala ha definido que, dentro de los límites de la referida razonabilidad, algunas situaciones

pueden dar lugar al cambio de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación, tales como: efectuar precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etc.; y, suprimir hechos que habían sido incluidos en la imputación, si ello resulta favorable al procesado.

[...] queda claro que la imputación de cargos, esto es, la atribución fáctica de delitos, impone límites al tema de debate, razón por la que su núcleo no debe cambiar en la posterior acusación ni en el fallo, marco dentro del cual opera el principio de congruencia como garantía del debido proceso.

A partir de allí, el acusado puede entender qué situación fáctica se le atribuye para, de esa manera, perfilar su defensa y así evitar que se le sorprenda con cargos nuevos a los que no ha podido oponerse, lo que ocurre cuando se condena por hechos no incluidos en la imputación y acusación y /o por un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica ni jurídicamente en la acusación.

Adicionalmente, ha enfatizado la Sala, la imputación solo debe contener la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, procurándose evitar la mala práctica arraigada en diversos escenarios judiciales consistente en comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba

«Repasando la presente actuación, es fácil advertir que la delegada de la Fiscalía no llevó a cabo de manera debida el juicio de imputación, incurriendo en diversas impropiedades que, sin duda, conspiraron contra la debida claridad en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes.

Fue así como la fiscal del caso entremezcló hechos jurídicamente relevantes con los medios de prueba y con los hechos indicadores [...]

[...] advierte la Sala que, no obstante las claras deficiencias e impropiedades en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la fiscal, resultó comprensible que a VI se le imputaron unos hechos con relevancia penal relativos a múltiples conductas de acceso carnal violento acaecidas de manera sucesiva desde el mes de octubre de 2011 hasta el momento de la denuncia presentada por la víctima el 16 de abril de 2012, según el encabezamiento de lo sucedido, verbalizado por la representante del ente acusador».

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo fáctico de la acusación

«En realidad, en el trámite de la acusación la Fiscalía no modificó la base fáctica de la imputación y tampoco amplió el espectro de la calificación jurídica dada a las conductas atribuidas al procesado, manteniéndose en la formulación de cargos por un concurso homogéneo de conductas ejecutadas en diferentes oportunidades, concretando en su hipótesis que además de las conductas perpetradas en el año 2011, se establecieron otras fechas de realización (al introducir comportamientos del año 2012 -febrero; y 4, 11, 13 y 14 de abril de 2012) y se adicionó la circunstancia de agravación punitiva planteada en la imputación fáctica sobre la condición de cónyuge de la víctima. Todo lo anterior dentro de la delimitación temporal hecha en la audiencia de imputación, esto es, del 15 de octubre de 2011 al 16 de abril de 2012.

Por ese motivo, aunque la fiscal haya aludido a “adicionar el escrito de acusación”, en realidad lo que hizo fue aclarar la imputación en relación con algunas precisiones sobre fechas en las cuales, según la rememoración de la víctima, se habían concretado los comportamientos violentos atribuidos al acusado durante el período de tiempo que había sido señalado desde un comienzo, lo que sin duda hacía parte del núcleo fáctico de la imputación.

[...]

En esas condiciones, tiene que concluirse que la defensa del acusado no fue sorprendida con la incorporación de aspectos factuales que pudieran dar lugar a la aplicación de un tipo penal diferente; tampoco se le abocó a enfrentar hipótesis fácticas diversas a aquellas que fueron dadas a conocer desde un comienzo en la audiencia de imputación. Por lo tanto, no

encuentra la Sala que la actuación haya estado condicionada por un vicio de garantía o de estructura, en tanto la formulación de la imputación fáctica permitió al investigado una adecuada defensa, siendo depurada y aclarada en las actuaciones subsiguientes, de modo que existió consonancia fáctica entre los actos de imputación, acusación y los fallos de primera y segunda instancia».

**PRUEBA** - Principio de selección probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: Principio de selección probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: no se configuran si la prueba fue apreciada

«Es el propio recurrente quien reconoce que en el fallo se hizo alusión al caudal probatorio con la finalidad de acreditar todos los componentes del delito, lo cual incluyó la alusión al dictamen del médico forense CVZV, para lo cual se refirió a los puntos nodales del informe técnico, transcribiendo apartes del examen sexológico y haciendo énfasis en lo relativo al relato de la víctima, obtenido de la anamnesis, concerniente a la inexistencia de agresiones físicas por parte del acusado; la imposibilidad de establecer si hubo delito o consentimiento en las relaciones sexuales; la ausencia de huellas de violencia externa, lo que no descartaba la penetración u otras actividades sexuales; y la posibilidad de que los vestigios de traumas menores se hubieran superado en el tiempo de dos días transcurrido entre la última agresión sexual y el reconocimiento médico.

De ahí que no puede advertirse la existencia del error señalado pues en la sentencia se aprecia el análisis global, del cual derivó el elemento de violencia material -referido al sometimiento físico- y esencialmente moral, dado que el ad quem no ignoró su contenido. Se evidencia, entonces, que el demandante no apreció que la argumentación del fallo entrelazó diversos medios de conocimiento, entre estos, el dictamen médico legal, el cual sí fue valorado, aunque obviamente su aporte en la definición de la responsabilidad del acusado resultó limitado en tanto la naturaleza de la violencia ejercida sobre la víctima no dejó rastros físicos perceptibles en el reconocimiento médico, sin que con ello tampoco se pudiera descartar la agresión sexual.

[...]

De modo que la conclusión pericial, vista desde

otra perspectiva, no desmiente las manifestaciones entregadas por la víctima en su declaración en el juicio oral relacionada con la repetida conducta sexual de que fue víctima.

En esencia, era esa la conclusión relevante en el análisis del juzgador, sin que haya tenido que entrar en mayores detalles frente a ese medio de conocimiento, pues bien se sabe que en virtud del principio de selección probatoria, el sentenciador no está obligado a realizar un examen exhaustivo de todos los medios de convicción incorporados al proceso, sino únicamente de aquellos que considere fundamentales para sustentar la decisión y de los tópicos útiles y relevantes respecto del tema de prueba».

**SANA CRÍTICA** - Método para apreciar los testimonios y el dictamen pericial

En relación con los dictámenes periciales y, en general, los conceptos técnicos aportados a la actuación penal, la Sala ha precisado que deben ser valorados por el juez a la luz de los postulados de la sana crítica.

En ese sentido, valoró el juez colegiado como relevante en la corroboración del testimonio de la víctima que, conforme a lo dictaminado por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, no existían indicios de fabulación en el relato de la víctima; los síntomas evidenciados por LVML eran compatibles con una respuesta de ajuste secundario a la vivencia de un hecho estresante; y, que resultaba compatible en un contexto de victimización la práctica de relaciones consentidas cuando al mismo tiempo se presentaba una dinámica de abuso sexual.

La forense psicóloga NVR no asumió de manera categórica que la respuesta de ajuste secundario y el contexto de victimización respondían a los eventos traumáticos de la violencia sexual aducida por ML. Planteó, eso sí, su compatibilidad con esa especie de circunstancias estresantes narradas por la víctima, dejando claridad sobre que al momento de la evaluación (14 de septiembre de 2012) no había hallazgos de psicopatología significativa, aunque, precisó, si le dejaron reacciones psicológicas asociadas a los hechos como lo son: creencias negativas en torno a la vida en pareja; temor a represalias del procesado; y, sentimientos de culpa por el estado de reclusión del padre de su menor hija.

Tales aspectos, bien podían ser abordados por el fallador para formar su juicio en torno a la



verosimilitud del testimonio de la víctima, como en efecto se hizo, sin que pueda afirmarse que fundó la responsabilidad del acusado exclusivamente en la prueba pericial en cuestión».

**ENFOQUE DE GÉNERO** - Vulneración: cuando no se aplica y el juez incurre en dinámicas machistas contra la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: a través de planteamientos discriminatorios, contrarios a la dignidad de la mujer víctima / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación

«No puede pasar por alto esta Sala que en la sentencia de primera instancia, sobre cuya fundamentación la defensa pretende desvirtuar los argumentos presentados en el fallo del Tribunal, se formulan estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que, a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima.

Ello se derivó de dos ideas fundamentales expresadas como sustento para concluir que no se probó la tipicidad de las conductas atribuidas al acusado: (i) lo ilógico de que una mujer adulta, profesional, con trabajo estable, con apoyo de su familia, soportara durante 7 meses la violencia sexual sin presentar la denuncia, siendo inverosímil que la demora se originara en «la excusa de salvar el matrimonio»; y, (ii) tratándose de un matrimonio, «las relaciones sexuales son prácticamente obligatorias, al tenor de lo dispuesto en la legislación civil que regula» tal contrato; por lo que para la demostración del hecho la Fiscalía no podía «limitarse simplemente a los dichos de la denunciante carentes de respaldo probatorio».

En dichas aserciones se desconoce que hoy en día se impone «un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción». Así, bajo una perspectiva de género, no le es exigible a la mujer víctima de una conducta sexual violenta observar un determinado comportamiento frente a la agresión; tampoco se puede demandar de ella la renuncia a sus libertades en materia de elección y consentimiento sexuales».

**ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, frente a delitos de violencia intrafamiliar o sexual / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **FALSO RACIOCINIO** - Configuración: estereotipos sobre comportamiento sexual de la mujer / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura: cuando la ponderación probatoria o la construcción indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género

«Ha precisado la Corte que la vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, por lo que se incurre en un error por falso raciocinio cuando se incorporan en su valoración falsas reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos anclados en la preeminencia del varón sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual, puesto que «fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres».

De ahí que la asunción de una perspectiva de género garantiza la adecuada apreciación de los delitos de violencia sexual. Sin ella, no se facilitaría la supresión de prejuicios, estereotipos y roles en función del sexo, que a su vez han surgido por elaboraciones conceptuales concernientes al papel de la mujer en la sociedad y su subordinación frente al hombre, hoy en día inaceptables:

La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el

privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales».

**ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: necesidad / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Análisis del contexto: bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes

«Sobre el particular, se aclara que la capacidad intelectual y proyecto de vida de una mujer no puede ser motivo para excluir la agresión sexual en su contra y descalificar su versión de los hechos. De otra parte, bajo el supuesto de un débito conyugal en las relaciones maritales, no pueden pretextarse los atentados a la integridad sexual de la mujer con vínculo conyugal o de hecho vigentes.

De allí que el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos».

**ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elemento normativo: violencia / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, evolución del concepto, enfatiza en la anuencia libre de la

víctima y no en el rompimiento de su resistencia mediante actos instrumentales de violencia física o moral / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Configuración: no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido

«La tipicidad de la conducta de Acceso carnal violento:

Sobre la tipicidad del delito de Acceso carnal violento, esta Sala ha dicho que por violencia “se entiende la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica —intimidación o amenaza— que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta”.

El tipo penal en cuestión no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna, resultando irrelevante la conducta que asuma frente al agresor:

En los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia, [...] no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si se debió haber comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido (es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona) le concierne única y exclusivamente al autor.

Así mismo, se subrayó en lo concerniente al ingrediente de la violencia, que dicho “elemento normativo del tipo [...] no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)”.

La Corte ha recordado que este criterio tiene sustento legislativo. El numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagró como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de la prueba que el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual. Así mismo, se estipuló en el numeral 1° de tal precepto que la aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando esta no sea voluntaria y libre.

Tales recomendaciones establecidas en la citada Ley 1719 de 2014 bajo los criterios que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, tal como se acabó de precisar, son de aplicación general y de “interpretación auténtica” para todos aquellos delitos sexuales que incluyen a la violencia como elemento típico, así sean anteriores a su promulgación.

Otras normas se han ocupado de la misma materia. [...]

De lo anterior se deduce que la víctima no se encuentra obligada a actuar de determinada manera o a desplegar deberes de acción para que se pueda establecer que la conducta del autor es violenta. Corresponde al juez valorar la idoneidad del comportamiento perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares de cada asunto, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación de la víctima) ante las agresiones sexuales».

**TESTIMONIO VICTIMA DE DELITO SEXUAL** - Valoración / **TESTIMONIO** - Víctima de delito sexual: valoración probatoria / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: víctima, en delitos propios de cometerse en privado, delitos sexuales / **TESTIMONIO** - Corroboración periférica: cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión del testigo

«Frente a los ejes de disenso se observa, en primer término, que las manifestaciones de ML no pueden analizarse como la simple contraposición de la versión que ofrece el agresor al punto de exigirle más evidencias que sus afirmaciones, si son el resultado de la correspondencia a circunstancias propias del momento en que ocurrieron, más cuando suceden en el interior del hogar.

De ahí la importancia del testimonio de quien sufre el vejamen, en especial por el hecho de que en la mayoría de los eventos es sobre su propio cuerpo donde se vierte el acto libidinoso del agresor, por lo que no quedan rastros materiales de la agresión sexual, tal como ocurrió en este evento.

Sobre el particular, esta Sala tiene dicho que el testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que queda evidencia física, el dictamen médico legal

sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito y la responsabilidad del acusado.

Sin embargo, los eventos en que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada.

[...]

Por ello, al ponderar la versión de los hechos el ad quem encontró más creíble las manifestaciones de LVML, quien denunció, ante la constante vulneración a su dignidad, por la agresión verbal, física, psicológica y sexual ejercida en su contra. Y, a pesar de sus intentos de un cambio de comportamiento del acusado, la situación siguió presentándose, en especial, los fines de semana cuando llegaba alicorado, forzándola a tener relaciones sexuales, describiendo la escena como una “agresión a la fuerza”.

[...]

El empleo de un arma de fuego para expresar su inconformidad ante la repulsa ofrecida por su cónyuge ante sus propósitos de conjunción sexual representó para ella, a partir de ese momento, una amenaza latente, evocación que explica su miedo, que confluyó en la materialización sexual sin su consentimiento».

**ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Consentimiento de la víctima

«Ya se ha señalado que en esta clase de conductas solamente la aquiescencia manifestada por la víctima puede excluir el tipo penal. De manera que la ausencia de consentimiento en una relación sexual vulnera el bien jurídico de la libertad, resultando irrelevante el análisis de la conducta de la víctima relativa al tipo de resistencia que debió ofrecer para no facilitar la producción del resultado típico.

En ese sentido, sin duda, bastaba que la víctima, como lo narró LVML, le hiciera manifestación al acusado de su propósito de no sostener relaciones sexuales para que éste declinara en su intención de accederla carnalmente (le pidió, le imploró y le dijo que le dolía, para que cesara en sus avances, según lo narró). Pero, además, relató, el acusado persistía incluso ante su oposición física, resultando fácilmente doblegada su voluntad ante la fuerza física que imprimía a la acción.

Ciertamente, ese modo de proceder del victimario, generando un evidente entorno de coacción, determinó que LV se sometiera a su voluntad, penetrándola vaginalmente en diversas oportunidades. Las conductas relativas a sojuzgar a su cónyuge para consumir el ayuntamiento sexual tenían una clara connotación de violencia en los términos del artículo 212A del Código Penal, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, puesto que así no haya prevalecido la violencia física -más allá de la dominación de la víctima por la fuerza-, se hace elocuente un contexto sistemático de coacción psicológica, la amenaza latente del uso de la fuerza, la intimidación, la generación de temor a la violencia y la opresión psicológica, todo lo cual constituye el llamado entorno de coacción que estructura el tipo penal de Acceso carnal violento».

**DERECHOS DE LA MUJER** - Discriminación: en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión judicial / **DERECHOS SEXUALES DE LA MUJER** - Primacía de su consentimiento / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: el vínculo matrimonial no puede imponer sobre la mujer deberes conyugales que sometan su voluntad

«No es cierto, por demás, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, que las relaciones sexuales sean obligatorias en el matrimonio - como lo sostuvo el a quo-, al punto de imponerse sobre la mujer deberes conyugales que puedan sojuzgar su voluntad y la obliguen al sometimiento por la coerción o la fuerza de su marido.

El vínculo matrimonial o la relación de pareja no otorga al hombre ningún derecho sobre la sexualidad de la mujer y cuando el contacto íntimo se obtiene con la clara negativa de la víctima y /o recurriendo a la intimidación o a la fuerza, como ocurrió en este caso, se presenta

una afectación a su libertad de decidir sobre su propia sexualidad, sin que la condición de cónyuge pueda menguar el contenido del bien jurídico tutelado de la libertad sexual, el que se protege con la misma intensidad si se trata de una mujer casada o en pareja, como sucede con cualquier otra mujer.

Precisamente, la Corte ha señalado que la sexualidad voluntaria como derecho de no ceder a otros el poder para decidir cuándo quiere tener relaciones íntimas, ha sido uno de los fundamentos para la emancipación de la mujer de la dominación patriarcal, para que se sientan y sean tratadas como miembros iguales en la sociedad moderna».

**ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura: evento en que se desplegó en el contexto de un fenómeno de sometimiento patriarcal

«[...] la verosimilitud del relato entregado por LVML no se afecta por el hecho de que se haya tardado varios meses en solicitar medidas de protección y denunciar los hechos. Resulta razonable que ante los insistentes actos de agresión sexual ella mantuviera la ilusión de recomponer la vida familiar con su esposo, como lo narró.

Igualmente, tampoco existe un modelo de conducta a seguir impuesto a la mujer para definir el momento de la denuncia de los hechos de que es víctima, fundado en sus condiciones personales, su nivel educativo o el apoyo de su familia. Por lo tanto, es irrelevante que no haya denunciado inmediatamente los actos repetidos de agresión sexual de que era víctima y que lo hiciera seis meses después del primer acto. Tal aspecto hace parte también de su libertad de determinación».

**DICTAMEN PERICIAL** - Informe técnico médico legal sexológico: apreciación, ausencia de lesiones en la víctima no excluye la existencia de la conducta contraria a la libertad, integridad y formación sexuales



«[...] en relación con el dictamen pericial rendido por dicho profesional, basta reiterar que la ausencia de hallazgos en el cuerpo de la víctima en realidad no es indicativa de la inexistencia de la violencia sexual y, por supuesto, tampoco determina la realización por parte de ella de actos

de resistencia física. En realidad, la opinión pericial no infirma en este caso lo declarado por la víctima de la conducta lesiva de su sexualidad».

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo cuando se limita su práctica / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, pueden ser el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, es prueba directa de lo que percibió al momento de hacer el examen / **DERECHO PENAL DE AUTOR** - Está proscrito / **DERECHO PENAL DE ACTO** - Solo se puede condenar por lo que se hizo, y no por lo que se es

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía y la defensa del acusado, contra la decisión proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corporación, por medio de la cual se pronunció sobre las solicitudes probatorias elevadas por las partes en audiencia preparatoria.

En esta oportunidad la Sala revocó el alcance dado por la primera instancia como prueba de referencia a algunos de los medios demostrativos solicitados, para en su lugar acceder a la solicitud probatoria de la Fiscalía; y confirmó en los demás aspectos, el auto objeto de apelación.

Para ello, en primer lugar, aclaró que, si bien, por regla general, el recurso de apelación no es procedente contra el auto que admite el decreto de las pruebas, sino solo contra el que las niega, esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, no así cuando su práctica se condiciona o limita, caso en el cual debe garantizarse la doble instancia.

Posteriormente, analizó lo concerniente al tema de prueba y su relación con los hechos

jurídicamente relevantes expuestos en la acusación, las declaraciones rendidas antes del juicio, la prueba de referencia, el testimonio adjunto, el alcance del testimonio del perito, así como el derecho penal de autor y el derecho penal de acto, a efectos de determinar la pertinencia de las pruebas denegadas por la Sala Especial.

**AP4640-2022(61078) de 24/08/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. La noche del 12 de noviembre de 2017, se celebraba el cumpleaños de A.C., hermano de L.E.C.E.; en esa reunión estaban presentes, entre otros, DAO, la denunciante LABM y sus dos hijos menores de edad.
2. Cerca de las diez de la noche, le pidieron a L.E.C.E. prender el televisor para que los niños se entretuvieran como acostumbraban a hacerlo siempre que allí se reunían, especialmente los fines de semana.
3. En un momento, DAO, padre de la niña M.A.O.B., se dirigió a la habitación de L.E.C.E., desde donde, momentos antes, había salido corriendo el niño S.A.N., allí encontró a su hija de pie, sobre la cama, en la parte izquierda de la cama y a L.E.C.E. de pie al lado de la niña, el padre llamó la atención a la menor por estar jugando en la cama y le pidió que se dirigiera a la sala en donde se encontraba su mamá, a lo cual L.E.C.E. respondió que la dejara, que eran niños.
4. Refirió la denunciante que al día siguiente, la niña M.A.O.B. les refirió que cuando L.E.C.E. fue a poner la televisión, él con el control estaba colocando el televisor y la otra mano “me la metió por dentro del interior y me tocó suave y duro, ... cuando llegó el papá, él la soltó”, que esa era la segunda vez que ocurría y que M.A.O.B., recordaba que el primer evento había acontecido

en una ocasión en la que también estaban en el apartamento de L.E.C.E., ese día ella llevó una película de “Dory” y “la iba a poner e igualmente le metió la mano por dentro del pantalón y le tocó la vagina”.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo prueba ilícita / **RECURSOS** - Presupuestos: legitimación procesal / **RECURSOS** - Presupuestos: legitimación en la causa / **RECURSOS** - Presupuestos: autorización legal / **RECURSOS** - Presupuestos: interposición en la oportunidad legal / **RECURSOS** - Presupuestos: sustentación adecuada y suficiente / **DEBIDO PROCESO PROBATORIO** - Principio de doble instancia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: recursos contra las decisiones que resuelven sobre ellas, contra el auto que admite pruebas no procede el recurso de apelación, salvo cuando se limita su práctica

«[...] no ha sido unanime, la Jurisprudencia de la Corporación, respecto a la procedencia o no del recurso de apelación contra el auto que admite las pruebas, lo que hace necesario aclarar el alcance del postulado jurisprudencial, previa ponderación de los presupuestos superiores que gobiernan el debido proceso probatorio.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, son presupuestos procesales esenciales para la interposición del recurso, la legitimación procesal, la legitimación en la causa, la autorización legal, su interposición en la oportunidad legal y la sustentación adecuada y suficiente

Entendiendo por ellos: legitimación procesal, quien interpone el recurso debe estar reconocido como sujeto procesal, parte o interviniente; por legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir, que la parte que recurre haya sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión, de tal forma que si la decisión cuestionada la beneficia o acoge su postura, no surge interés jurídico en la causa, quedando deslegitimada para pretender la revisión de la providencia ; la autorización legal, relacionada con la facultad que otorga la ley para atacar o controvertir determinadas decisiones, a través de uno u otro recurso, interposición en la oportunidad legal, y la

sustentación adecuada y suficiente, que demanda coherencia conceptual entre la petición, la decisión y la impugnación.

De la confluencia de estos presupuestos, se predica la admisibilidad de los recursos ordinarios, requisitos que satisfechos, nos lleva a considerar que decisiones son susceptibles del recurso de impugnación vertical y cuales no.

El artículo 176 de la Ley 906 de 2004, señala que el recurso de reposición “procede para todas las decisiones”, salvo la sentencia, por su parte el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, “salvo los casos previstos en este código”; así mismo, el artículo 359 inciso final, señala “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

De lo que se deduce, que una de las principales garantías del debido proceso probatorio, es el Principio de la doble instancia, derecho que encuentra desarrollo supralegal en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados multilaterales que en la legislación interna forman parte del bloque de constitucionalidad conforme al artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el artículo 31 preceptúa que “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de la doble instancia como norma rectora, señalando en el artículo 20, que “Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación...”.

Así la forma en que el legislador reguló la impugnación de la prueba, da cuenta de su intención expresa de permitir que las decisiones que afectan la práctica de la prueba, puedan ser impugnadas [...]

Luego entonces, si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, modular, -sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa-, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.

Concluyendo, que si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de forma pacífica; esta regla debe ser entendida frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principialísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial.

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención mas eficaz de los Jueces , ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal».

**PRUEBA** - Finalidad / **PRUEBA** - Pertinencia: directa / **PRUEBA** - Pertinencia: indirecta / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Tema de prueba: aspectos que comprende

«el concepto y alcance de la pertinencia de la prueba, está definido por el legislador e integrado a su vez, por las nociones de pertinencia directa y pertinencia indirecta.

Entendiendo por pertinencia directa, la que refiere al hecho principal objeto de debate en el proceso, evento en que la explicación suele ser más simple, “como cuando se solicita el testimonio de una persona que presencié el delito o de un video donde el mismo quedó registrado”, y por pertinencia indirecta, como el enunciado lo señala, la referida a pruebas con relación indirecta frente al hecho jurídicamente relevante, de la que se derivan consecuencias probatorias frente al hecho principal “como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte” , última que demanda mayor rigor argumentativo, en el sentido de brindarle al Juez mayores elementos de juicio para decidir sobre su práctica o no.

En ese orden, la pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que, a su vez, está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o en el caso de la defensa, por su teoría alterna. Razón por la cual, quien pide una prueba debe asumir su carga argumentativa, para que el funcionario judicial advierta la relación del elemento solicitado con los hechos y circunstancias, objeto de investigación.

Así, al momento de realizar las solicitudes probatorias, las partes están obligadas a exponer con claridad y precisión la pertinencia directa o indirecta, de los medios de convicción que aspiran les sean decretados, para convencer al juez del aporte probatorio de los elementos que se pretenden llevar a juicio y disponer su práctica».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Tema de prueba: aspectos que comprende / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: marco de delimitación del juicio y del tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinan el tema de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: diferencias entre el tema de prueba y el medio de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia, consiste

en el análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba

«La formulación de acusación constituye la principal delimitación del tema de prueba, como quiera que los hechos jurídicamente relevantes allí incluidos representan el principal objeto de debate, sin perjuicio de los hechos que proponga la defensa cuando opta por una teoría fáctica alternativa.

Esta Corporación, ha precisado que el tema de prueba está conformado, en esencia, por los hechos jurídicamente relevantes, entendiendo por ellos, “aquellos aspectos de la hipótesis fáctica de la acusación que pueden ser subsumidos en la respectiva norma penal”, así como por los hechos indicadores, cuando su demostración es necesaria, para que puedan ser utilizados como base de las inferencias atinentes a los hechos que encajan en la respectiva descripción normativa, junto a los aspectos fácticos estructurales de la hipótesis alternativa que presente la defensa, cuando opta por esta estrategia.

De lo que se deriva, que la narración de los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía debe ser clara y sucinta, pues de ello depende la precisión frente a los hechos que integran el tema de prueba, la estructuración de la teoría alterna de la defensa y el consecuente análisis sobre la pertinencia de los medios elegidos para establecerlos y, excepcionalmente, los debates sobre su conducencia y utilidad.

La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán en juicio, por lo que el tema de prueba, está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas o contrafácticas que proponga la defensa, mientras que el medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, de tal manera que el estudio de pertinencia comprende dos aspectos diferenciables pero relacionados.

La trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho que trasciende, le impone a la parte interesada la carga de argumentar si una prueba en particular se relaciona directa o indirectamente con los hechos o circunstancias, si se refiere a la identidad o responsabilidad del acusado, si hace más probable o menos probable

alguno de los hechos o circunstancias relacionadas; quienes además deben sustentar la pertinencia de cada medio de prueba, así exista entre ellos relación directa, delimitación relevante para evitar que se utilicen medios probatorios que no tienen incidencia con los hechos relevantes para la solución del caso, y, se analicen de manera separada los demás requisitos de su admisibilidad.

Frente a la teoría fáctica de la defensa, nuestro modelo adversarial, diferencia claramente los roles de las partes, por un lado el del Acusador dirigido a desvirtuar la presunción de inocencia y convencer al Juez acerca de la responsabilidad del acusado en los hechos, y por otro la defensa, dirigida a desvirtuar o atenuar ese grado de conocimiento, frente a su probable responsabilidad en los hechos; de allí que las partes deban adelantar su propia actividad investigativa, con el fin de obtener los elementos de conocimiento necesarios, que servirán a su propia teoría del caso, y la correlativa exigencia de argumentar su pertinencia directa o indirecta, al momento de sustentar la relevancia de la prueba, lo que dependerá del enunciado fáctico que quieren demostrar, su relación con el hecho acusado y la hipótesis o teoría que pretenden plantear en el desarrollo del juicio.

De lo que se concluye, que la explicación de pertinencia depende de la claridad con la que estén expresados los hechos jurídicamente relevantes, reiterándose la importancia de precisarlos, so pena de desnaturalizar el sentido de la acusación y afectar el derecho de defensa, del debido proceso probatorio, además, de dificultar la delimitación del tema de prueba y la celeridad del juicio oral, lo que incide negativamente en la prontitud y eficacia del debate procesal.

De allí, que sea tan importante, la absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración, lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de pruebas».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: no constituye prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, facilitar el interrogatorio cruzado (refrescar la memoria o impugnar la credibilidad) o como



medio de prueba (prueba de referencia, prueba anticipada o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, pueden ser el tema de prueba

«Debe precisarse, que la regla general es que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, no se pueden incorporar como prueba a la actuación, puesto que el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004, se estructura sobre la base de que sólo pueden ser valoradas como pruebas, las practicadas en el juicio oral, con intermediación, contradicción, confrontación y publicidad -art. 16)-, y sólo en casos excepcionales, podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Así mismo, el uso de declaraciones anteriores, orientado a su empleo en el interrogatorio cruzado de testigos (refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad), no constituye excepciones a la regla consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, pues son herramientas para facilitar el interrogatorio y /o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato.

Por lo tanto, la verdadera excepción a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, está materializada en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medio de prueba, como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y el testimonio adjunto.

En este sentido se ha insistido en la necesidad de diferenciar la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios de conocimiento utilizados para demostrar su existencia y contenido. Se ha precisado, que, si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y /o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga “conocimiento personal y directo” de esa situación.

Los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial, tales como el derecho a la confrontación del interrogatorio y las reglas sobre admisión de la prueba de referencia, entre

otros, no pueden desconocerse bajo el entendido de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza.

En todo caso, corresponde a la parte interesada en su práctica, sustentar si pretende utilizar una declaración anterior como prueba -de referencia o como testimonio adjunto -, o si su finalidad es refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo, bajo el entendido de que cada uno de estos usos está sometido a reglas específicas, que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos

«[...] conforme a la definición legal traída por el legislador, se entiende por prueba de referencia (artículo 437 del C. de P. P.), toda declaración rendida fuera del juicio oral que se utiliza en este, por no ser posible su práctica en el juicio, para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate.

Es así como el legislador, por razones constitucionales vinculadas a la realización de justicia material, ha autorizado que en determinados eventos y previa acreditación de la razonable imposibilidad de que el testigo directo comparezca al juicio, la incorporación de la prueba de referencia, sujeta a unas reglas específicas, que, como lo ha señalado la Corte, no constituyen simples formalismos carentes de contenido, sino la forma como se regulan las garantías judiciales mínimas del procesado y, en general, el debido proceso, como expresión básica de la judicialización en un sistema democrático.

En tal sentido, para adquirir tal carácter de prueba, no basta con su presentación y debate público en el juicio oral, sino que, es imperativo que dicho elemento haya cumplido con un debido proceso probatorio; la Sala de manera reiterada, ha puntualizado, como presupuestos para su admisibilidad:

(i) Descubrimiento formal y material de la declaración previa, y de los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar

su existencia y contenido (ii) demostrar la existencia de una causal excepcional de admisión de la prueba de referencia; (iii) solicitar el decreto en la audiencia preparatoria de la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como de los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma, luego de sustentar su pertinencia, admisibilidad, licitud, validez y legalidad; (iv) precisar el medio a través del cual se incorporará la declaración anterior (testimonio, documento, etcétera); y (v) realizar la incorporación en el momento procesal adecuado, lo anterior, salvo excepciones, como la prueba de refutación (art. 362 CPP) y la prueba sobreviniente (art. 344, inciso 4 CPP), caso en el cual le corresponde al Juez de Conocimiento en desarrollo de la etapa probatoria del juicio oral, resolver sobre el decreto de la prueba novedosa.

Por su parte el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y sólo procede cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) **Adicionado.L.1652 /2013, art.3º. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.**

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos». (Énfasis de la Sala)

Prueba que comporta una limitación al derecho que tiene la contraparte a: (i) controlar su práctica, mediante la proposición de objeciones al interrogatorio (art. 395 C.de P.P.); (ii) refutar, mediante el contra interrogatorio (art. 393-a ibidem); y, (iii) formular preguntas para impugnar la credibilidad (art. 403), afectando el derecho a la confrontación, previsto en el artículo 16 del C. de P.P.».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto,

carece de consagración expresa en la ley / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, ha sido desarrollado por la jurisprudencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, la persona debe estar disponible física y funcionalmente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, el testigo debe retractarse de sus aserciones u ofrecer una versión sustancialmente diferente / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos, la declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante contrainterrogatorio

«El testimonio adjunto, también llamado declaración complementaria, ha sido desarrollado por la jurisprudencia, al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, según los cuales, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio y su teoría del caso; no obstante tratándose de la prueba testimonial, pueden suceder eventos en los que los testigos que concurren al debate público, se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales a su declaración o incluso nieguen haber realizado tales aserciones; proceder en ocasiones determinado por causas como amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera.

Variación en lo expuesto por el declarante que puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

[...]

Por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio oral, cuando tienen lugar fuera del juicio, son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto. Eventos en los que es necesario cumplir con los requisitos definidos en la jurisprudencia, respectivamente.

La Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo, en orden a procurar los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción - artículo 16 de la Ley 906 de 2004- la parte interesada pueda integrar como testimonio adjunto, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral.

Las reglas jurisprudenciales, para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto, precisan:

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrecer un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se ha retractado o cambiado la versión atañe al fundamento del instituto.

La disponibilidad del testigo para ser contrainterrogado desarrolla el derecho a la confrontación, siendo la principal diferencia entre la prueba de referencia y el testimonio adjunto, y uno de los principales fundamentos para su admisión, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Solicitud de parte que cumple dos funciones importantes:

En primer lugar, le permite a la contraparte oponerse, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia; finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de prueba, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el testimonio adjunto, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad».

**TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **TESTIMONIO** - Corroboración periférica:

cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión del testigo

«En cuanto al testimonio de la Víctima en delitos de naturaleza sexual, la Corte ha señalado:

“El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y /o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las

circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.” (SP1525-2016)».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, propósitos que puede tener su declaración en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, respecto de las entrevistas que recibió al menor, víctima de delito sexual / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: testimonio del perito, es prueba directa de lo que percibió al momento de hacer el examen

«Advierte esta Corporación, que la Sala de Instancia admitió la práctica del testimonio de la Psicóloga LAMS, ya que fue una de las profesionales que examinó a la menor M.A.O.B. en urgencias, en la Clínica [...], activando el código fucsia; testimonio que podrá referirse a las condiciones que observó la testigo en esa primera fase de atención, en especial desde la “óptica psicológica” y con su testimonio podrá introducir la historia clínica, que da cuenta del ingreso y evolución de la menor en urgencias, **sin que pueda hacer referencia al relato de la menor, pues el mismo tienen la calidad de prueba de referencia y no fue solicitada su práctica probatoria en tal sentido.** (Énfasis de la Sala).

[...] si bien la Jurisprudencia de esta corporación, respecto a la utilización de la histórica clínica, como prueba de referencia ha señalado:

“(i) los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia”.



Lo anterior es exigible, cuando la pretensión de las partes es incorporar el relato al juicio oral, es decir usarlo como medio de prueba autónomo para ser valorado, carga argumentativa que en efecto no se cumplió, ya que la pretensión probatoria conforme a la sustentación brindada, era la admisión del testimonio de la profesional de la psicología, que valoró a la menor en urgencias, en esa primera etapa de atención, a su vez citada como testigo de acreditación, de la evidencia documental que daría cuenta del ingreso de la menor a urgencias, su evolución, activación del código fucsia, valoración pediátrica, psicológica, estado físico de la niña, etcétera.

Luego la limitación, en tal sentido impuesta por la Sala de Instancia, consistente en que “se admite la prueba, pero no se podrá hacer referencia a los dichos de la menor, pues los mismos tienen la calidad de prueba de referencia y no fue solicitada su práctica probatoria en tal sentido”, carece de sustento fáctico y normativo, en cuanto esa no fue la postulación del ente fiscal.

La solicitud probatoria, pretendía que la testigo declarará sobre los hechos que directamente observó en urgencias, los que si bien derivan de manera inescindible de la versión rendida por la menor, no se puede dar a dicho testimonio el alcance de prueba de referencia, e imponer la restricción señalada por la Sala de Instancia, ya que si bien el testimonio de la Profesional, referirá en algunos aspectos a la información brindada por la menor, para su valoración; la razón de ser del testimonio decretado, no es en manera alguna la facticidad puesta en conocimiento por la víctima, sino los aspectos que como testigo de los hechos presencié la psicóloga LAMS, desde su conocimiento, que son los que interesa dilucidar en el juicio según la argumentación de pertinencia referida.

En tal sentido no le asiste razón a la Sala de Instancia, cuando condiciona la práctica de la prueba, a “que se admite la prueba, pero no se podrá hacer referencia al dicho de la menor, porque los mismos son prueba de referencia”, ni son de recibo los argumentos de replica del Defensor, consistentes en que el recurrente pretende la admisión de la prueba de referencia en segunda instancia, porque ese no fue el sustento de la impugnación.

Argumentos por los cuales se revocará la restricción impuesta por la Sala de Instancia a la

prueba admitida, enfatizando en el derecho indiscutible que le asiste al acusado de contradecir o confrontar la misma».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como prueba de referencia, requisitos, cargas demostrativas para su admisión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: del menor víctima, herramientas para utilizarlas, como prueba de referencia, aún si asiste al juicio

«[...] encuentra la Corte, que le asiste razón a la Sala de Instancia, al inadmitir su práctica anticipada como prueba de referencia; pues efectivamente la Fiscalía en desarrollo de su teoría del caso, decidió llamar como testigo directo a la menor M.A.O.B, con el fin de que rinda declaración en el juicio oral, y adicional a ello, desarrolló los requisitos legales exigidos por el artículo 438 de la ley 906 de 2004, tendientes a que la entrevista forense, realizada a la menor, fuera admitida como prueba de referencia, en el supuesto que la niña no este en disponibilidad de asistir. Fundamentando además los requisitos, para que, ante la eventualidad que se retracte o cambie su declaración en juicio, la versión anterior pueda ser incorporada como “testimonio adjunto”.

Pretensión probatoria, que si bien ambicionó abarcar las diversas eventualidades que pueden asistir a la testigo directo en el desarrollo del juicio oral, se distanció de los principios que regulan la práctica de la prueba de referencia y su admisión excepcional; cuando como en el presente caso, la Fiscalía opta por presentar a la niña como testigo directo en el juicio oral y adicional, solicita que la entrevista forense realizada a la menor, sea admitida como prueba de referencia y /o testimonio adjunto.

[...]

Desarrollo jurisprudencial, del que se deriva, que si bien, tratándose del testimonio de menores víctimas de abuso sexual, es aceptada la incorporación de las declaraciones rendidas fuera del juicio oral, como prueba de referencia, cuando el menor es presentado al juicio oral y se acredita alguno de los supuestos de disponibilidad relativa; dicha postulación probatoria deberá diferirse hasta el desarrollo del debate oral, escenario en el que se demostrará argumentativamente por la parte interesada en la práctica de la prueba, que la testigo a pesar de ser llamada al juicio oral, no se encuentra

disponible para declarar o que, estando disponible, confluyen algunos de los presupuestos que facultan la práctica del testimonio adjunto, bien porque la testigo se retracte, modifique o niegue su versión.

Previó cumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 438 ibídem, -norma adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que contempla que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante «Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código», y de las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corporación, para la admisibilidad de la prueba de referencia.

Por lo que es deber de la Fiscalía una vez decretado el testimonio directo de la menor, hacer todo lo posible porque su testigo comparezca al juicio, y lograda su comparecencia adoptar los correctivos que sean necesarios para evitar el riesgo de victimización secundaria.

Razones por las cuales, la Corte confirmará la decisión de inadmitir la entrevista forense como prueba de referencia autónoma, sin perjuicio de que dicha solicitud pueda ser presentada por el fiscal del caso, en el desarrollo del juicio oral o como testimonio adjunto, evento en el que previa consideración del Juez Plural de Instancia sobre su admisibilidad, deberá ser decretada y practicada conforme a las reglas fijadas por la ley y la jurisprudencia».

**PRUEBA PERICIAL** - Diferencia entre testigo perito y testigo técnico / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Dictamen pericial: perito, reglas de acreditación

«Respecto a la Prueba pericial, relacionada con el testimonio de ÓSC; no señaló la Defensa, la calidad específica del testigo, esto es si concurre al juicio como testigo experto en determinado conocimiento, ciencia, técnica, arte o como un perito.

Si bien la Jurisprudencia de la Corte, frente al testigo experto y al perito, ha diferenciado, en el entendido de que el perito accede a la situación de hecho investigada, no por su conocimiento personal, sino a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, entre otros y con base en dichas fuentes, elabora un análisis o

dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica.

Al testigo técnico si le constan los hechos objeto de litigio, porque los pudo aprehender por los sentidos directa o indirectamente y puede dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de su conocimiento especializado, pero sin extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte, ajenos al objeto puntual del debate, entre otras distinciones de carácter instrumental.

Distinción relevante, tratándose de la admisión de la prueba novel, que señala, que “para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios...”

Los cuales adquieren mayor relevancia, cuando la opinión pericial se soporta en áreas del conocimiento poco difundidas, frente a las que no existen consensos consolidados, o los procedimientos que sirven de soporte a la conclusión no están suficientemente estandarizados.

La defensa afirmó, que la teoría “del reconocimiento facial de la emoción” o “de la existencia de micro expresiones faciales y otras comunicaciones del lenguaje corporal inconsciente”, ha sido verificada por la ciencia, y sometida a la crítica científica, revestida de universalidad y evaluada por estudiosos en la materia.

Pero no refirió ningún autor, científico, investigador o académico puntual que acredite o de respaldo a la teoría subyacente mencionada. Nunca nominó quienes son los estudiosos que apoyan o cuestionan la teoría, tampoco aportó los estudios, investigaciones, publicaciones, técnicas de orientación, de probabilidad o certeza, que, según su argumentación, se han desarrollado en el mundo, para respaldar la científicidad de la teoría.

Postulados, respecto de los cuales, no es posible afirmar que se cumplió con los presupuestos de su admisibilidad, esto es la acreditación de alguno de los requisitos legales exigidos, en el artículo 422-; pues la Sala no logró establecer si la técnica subyacente referida por el impugnante, ha sido publicada y sometida a la crítica de la comunidad académica, o verificada por la

comunidad científica, tampoco su nivel de confiabilidad o aceptabilidad, criterios que no fueron demostrados por el recurrente.

[...]

Aunado a que esta técnica probatoria, incrementa el riesgo probable de victimización secundaria de la menor, al exponerla, al análisis y cuestionamiento por un perito o un experto -la defensa no lo aclaró-, de sus gestos, movimientos, reacciones, expresiones faciales, tono de voz. Aspectos conductuales de la declarante, que no son objeto de valoración en el juicio, y que conducen a la apreciación de la credibilidad de la testigo y no de su testimonio.

Sin que necesariamente sea una evidencia que conduzca a la exactitud o inexactitud de su testimonio, potenciando así juicios erróneos de credibilidad, generando mayor confusión».

**DERECHO PENAL DE AUTOR** - Está proscrito / **DERECHO PENAL DE ACTO** - Solo se puede condenar por lo que se hizo, y no por lo que se es / **PRUEBA** - Impertinente

«[...] la petición de la defensa, tendiente a probar si el acusado evidencia rasgos “compatibles o incompatibles con pedofilia o atracción sexual por menores”, no surge conducente, no solo por carecer de relación directa con el tema de prueba, sino porque tiene como objeto fijar un rasgo del carácter del acusado, que no es tema del juicio penal.

Ya que, como bien lo enuncio la Sala de Instancia, nuestro sistema penal se gobierna por principios como el derecho penal de acto y no de autor, tal como se deriva del artículo 29 Constitucional, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...”, en el que sólo se valida castigar al hombre por sus actos, por lo que hace, no por lo que es, desea, piensa o siente.

De aceptar la solicitud probatoria propuesta por la defensa, más allá de pretender incorporar en el sistema jurídico, teorías foráneas relativas a la evidencia de carácter, como la de “abrir las puertas”, ello significaría admitir que en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, son admisibles y susceptibles de juzgamiento -y por la tanto objeto de prueba-todas aquellas particularidades del sujeto, del ser, de sus condiciones sicofísicas o de su personalidad, desplazando el objeto de la prueba, no a los hechos objetivizados en el proceso sino a la potencialidad de los mismos.

En tanto que, en el derecho penal de acto, el sujeto responde por sus actos, conscientes y libres —o por infracciones a sus deberes jurídicos— es decir por la realización de conductas por él conocidas y queridas, previstas expresamente y prohibidas por la ley, por ser contrarias a derecho, acreedoras de sanción penal.

Motivo por el cual esta postulación probatoria, si bien puede abordar estudios o análisis relacionados con los rasgos del carácter del acusado, no contribuye a hacer menos o más probable la responsabilidad del acusado, pues no se está juzgando su comportamiento, si es buena persona o no, ni sus gustos, preferencias, pasado o vida sexual; ese no es el objeto del juzgamiento, más aún cuando la Fiscalía no planteo como tema de prueba de su teoría del caso, ni hecho indicador del mismo la existencia de distorsiones cognitivas propias de los abusadores sexuales de menores, como un rasgo a probar en el acusado.

Por lo que la postulación probatoria tendiente a probar el comportamiento del acusado no surge conducente, no sólo por carecer de relación directa con el tema de prueba, al pretender establecer un rasgo del carácter del acusado, que no es objeto del juicio penal, sino por desbordar el tema de prueba».

---

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Configuración: el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización,

demostración, Fiscalía, obligaciones / **CULPABILIDAD** - Presunción: es improcedente criminalizar y excluir a la población de calle o a los indigentes por su condición de vulnerabilidad

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación presentado por el

Procurador 70 Judicial II Penal de Cali contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de esa ciudad confirmó la condena que el Juzgado 16 Penal del Circuito le impuso a S.M.N.L. por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia impugnada y en su lugar absolvió a la acusada del cargo referido, al encontrar que no se demostró en juicio el aspecto subjetivo del delito, esto es, que la droga hallada en poder de S.M.N.L., tuviere como destino la comercialización, distribución o tráfico ilícitos.

Al respecto, recordó que, no es posible acreditar la intención de comercialización o venta tan solo de la porción de sustancia hallada en poder del agente; adicionalmente, consideró improcedente la presunción de culpabilidad efectuada por el Tribunal, en cuanto dedujo el elemento subjetivo del tipo de la precariedad económica de la acusada.

#### **SP3191-2022(52032) de 07/09/2022**

##### **Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

**Aclaración de voto:  
José Francisco Acuña Vizcaya  
Myriam Ávila Roldán**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

En la tarde del 2 de noviembre de 2014, en vía pública de Cali, S.M.N.L. fue sorprendida por agentes de la Policía Nacional llevando consigo 9.1 gramos de bazuco distribuidos en 45 papeletas.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, evolución jurisprudencial / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Configuración: el verbo rector llevar consigo requiere de un elemento subjetivo remitido a la venta o distribución / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o

comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones / **IN DUBIO PRO REO** - Se debe aplicar si no hay certeza de la culpabilidad del procesado / **CULPABILIDAD** - Presunción: es improcedente criminalizar y excluir a la población de calle o a los indigentes por su condición de vulnerabilidad / **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbo rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica

«El tema propuesto por el recurrente en este asunto tiene que ver con las particularidades del punible descrito en el artículo 376 de Código Penal, en concreto, el ingrediente subjetivo inserto en esa norma, relativo a la finalidad de distribución o comercialización que debe asistir al agente que porta o lleva consigo sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas, y que constituye elemento indispensable para actualizar el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad por la cual se convocó a juicio a la acusada SMNL.

2. Sobre esta temática la jurisprudencia de la Sala ha pasado por diversas etapas en la comprensión del tipo penal en cuestión [...]

En síntesis, conforme tiene establecido la Sala desde la sentencia del 9 de marzo de 2016 Rad. 41760, i) la tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución, de modo que, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad; ii) la cantidad de la sustancia no es el factor determinante del juicio de tipicidad en la conducta «llevar consigo», aunque ese dato sí podrá valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente; y iii) la carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.

3. La acusación elevada por la Fiscalía en contra de SMNL, se concreta en que transitando por la calle 30 con carrera 6ª, barrio Porvenir de Cali, al notar la presencia de la policía «se torna nerviosa y arroja al suelo una bolsa plástica de color negro que contenía 45 papeletas color blanco con rojo las cuales a su vez contienen una sustancia



pulverulenta color habano que por sus características físicas se asemeja al bazuco» de la cual se estableció pericialmente que, en efecto, era un derivado de la cocaína; conducta a la cual asignó la denominación jurídica de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo, artículo 376-2 del Código Penal.

[...] evidentemente, el fallo recurrido omitió la demostración del ingrediente subjetivo requerido para la estructuración de delito de tráfico de estupefacientes en las modalidades portar o llevar consigo, el cual consiste en que el agente tenga la sustancia respectiva para fines de tráfico a través de la comercialización o distribución a otras personas, lo cual torna su conducta potencialmente lesiva al bien jurídico de la salud pública.

5. El deber de estructurar ese componente careció de interés a lo largo del trámite, lo cual se evidencia en la imputación formulada a la indicada y en la acusación que se le hizo como autora de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En efecto, la convocatoria a juicio que le hizo la Fiscalía a SMNL anunciaba ya ese vacío, pues omitió toda referencia fáctica destinada a ilustrar que la imputada, aprehendida en posesión de la sustancia ilícita en cantidad superior a la dosis mínima, realizaba o parecía, al menos, que realizaba con las papeletas de droga actividades propias de la comercialización o distribución, onerosa o gratuita del producto.

[...]

De esa manera, la Fiscalía puso límites a la actividad que le correspondía en juicio de demostrar los hechos jurídicamente relevantes del ilícito imputado, pues, en los precisos términos de la acusación antes indicados, no podía, sin desconocer el principio de congruencia, esforzarse en demostrar los hechos no atribuidos a la acusada de comercialización o distribución a terceros del estupefaciente que se le incautó y por el cual fue judicializada.

En este punto, cabe reiterar lo ya decantado por la Sala, en cuanto a que la carga demostrativa de una finalidad distinta a la del consumo personal -distribución, comercialización o tráfico-, radica exclusivamente en cabeza de la fiscalía «pues el procesado no tiene por qué presentar pruebas de su inocencia, siendo función del Estado acreditar la ocurrencia del delito, que el acusado intervino

en su realización y que es penalmente responsable»

[...]

En el presente asunto la Fiscalía tampoco satisfizo la obligación probatoria que le correspondía, toda vez que no adelantó en juicio actividad alguna encaminada a acreditar que la acusada tenía el propósito de comercializar o distribuir el estupefaciente. Cifró su labor en demostrar, a través de la declaración de uno de los agentes de policía, que a SMNL se le aprehendió en posesión de la cocaína, sin poder comprobar que llevaba la sustancia para distribuirla o comercializarla con terceras personas, omisión que, según quedó expuesto, deriva en que no estructuró demostradamente el ingrediente subjetivo especial inmerso en la norma penal que tipifica el comportamiento por el cual la convocó a juicio.

A pesar de ello, el Tribunal concluyó que la intención de la acusada llanamente era la de traficar el producto, teniendo en cuenta: i) la cantidad que llevaba, pues «no es común encontrarla para el consumo de una persona indigente por carecer del músculo económico para adquirirla», ii) que no se acreditó su condición de consumidora «y no puede volverse regla que la ausencia de prueba sobre el preordenamiento para tráfico, insoslayablemente convierta al agente en consumidor y de contera la conducta atípica».

Conclusión desacertada del sentenciador de segundo grado, por cuanto la jurisprudencia de la Corte no ha generado una regla de semejanza estirpe y tampoco hay lugar a deducirla.

Por disposición constitucional, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde la investigación de los hechos que revistan características de un delito y recaer, además, en esa institución, la carga de la prueba, por lo que en cada caso debe demostrar la existencia de la conducta ilícita y la responsabilidad del procesado. El ordenamiento establece, en forma adicional (art. 381 C.P.P.) que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en juicio, de modo que si sobre alguno de esos extremos o ambos, no se llega al nivel de conocimiento aludido, la opción jurídica que se impone es la absolución, independientemente del injusto de que se trate incluso el analizado en

este caso, pues, se insiste, al Estado le corresponde demostrar toda la estructura de la conducta punible, la intervención del acusado en esa delincuencia y responsabilidad que se deriva de su conducta.

De esa manera, si no acredita el tipo objetivo, el tipo subjetivo de la infracción o el ingrediente subjetivo tácito que permite diferenciar la conducta de quien lleva consigo sustancias psicoactivas para traficar, distribuir o comercializar, de la de quien simplemente la requiere para su propio consumo sin afectar la salud de otros, se impone la absolución del acusado por la razón que logre establecerse: eventualmente el acusado no ejecutó la conducta, existe duda sobre su ocurrencia, medió una eximente de responsabilidad, etc.

Pero si lo que se tiene debidamente demostrado es que el implicado o acusado es adicto, consumidor ocasional o circunstancial, y la sustancia que lleve consigo es para su propio consumo, lo que procede es declarar la atipicidad de la conducta, pues, según enfatiza la jurisprudencia de la Corte: "El consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador".

Se tiene claro en este caso que la Fiscalía no le atribuyó a la acusada la ejecución de actividades propias de comercialización o distribución de estupefacientes, menos acreditó que las hubiese realizado. El único testigo de cargo en el juicio declaró que la señora NL no tuvo interacción con otra u otras personas, deambulaba solitaria y en el lugar de los hechos nadie más se encontraba, de modo que, en ese momento al menos, la distribución, intercambio o comercialización de la sustancia resultaba imposible por ausencia de otra persona destinataria de la mercancía, con potencialidad de verse afectada por el eventual comportamiento ilícito de la procesada.

Suponer que traficaría la sustancia, en consideración de la cantidad de droga que llevaba

y su precariedad económica, resulta equívoco. En primer lugar, porque la Corte tiene decantado que no es posible acreditar la intención de comercialización o venta tan solo de la porción de sustancia hallada en poder del agente. En segundo lugar, el argumento de que se trata de una habitante de calle, sin posibilidades económicas de acceder a los mercados, entraña una perspectiva deshumanizante y discriminatoria contraria a los valores y principios constitucionales que orientan la organización estatal y rigen la función de los servidores públicos en un estado social y democrático de derecho, como se define Colombia en el artículo 1° de la Constitución Política, conjunto axiomático que torna del todo improcedente criminalizar y excluir a la población de calle o a los indigentes por su condición de vulnerabilidad, a partir de presunciones de culpabilidad como la elucubrada por el Tribunal que dedujo el elemento subjetivo del tipo de la precariedad económica de la acusada quien - asegura el fallo recurrido - por ser habitante de calle, no tiene el "músculo económico" suficiente para adquirir 9 gramos de bazuco, reflexión desacertada que, por supuesto, tampoco cuenta con elementos objetivos que le den soporte.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la actuación carece de datos relacionados con el costo de la sustancia hallada en poder de la acusada y el sentenciador no citó fuentes de las que pudiera obtener esa información. Simplemente, como un acto de poder (decisionismo judicial) afirmó que la procesada no tenía cómo adquirir esa cantidad. De hecho, la inferencia del ad quem desconoce que, como se encuentra empíricamente decantado, "los consumidores de bazuco... son principalmente hombres... de estrato socioeconómico 1 y 2", esto es, personas sin mayores recursos financieros, e incluso - y justamente - que en "los habitantes de la calle... el perfil de mayor consumo es el bazuco debido a su bajo coste y fácil acceso".

En síntesis, los sentenciadores debieron resolver el caso teniendo en consideración que la parte acusadora sólo demostró el aspecto objetivo del delito, esto es, que la procesada llevaba consigo sustancia estupefaciente en cantidad de 9.1 gramos, pero no acreditó el de orden subjetivo, y en esas condiciones, resultaba improcedente emitir sentencia condenatoria».

**DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS  
HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS,  
BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS  
CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES -**

Antecedentes de su tipificación

**/ APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE  
SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Tipo penal  
en blanco / **DELITOS DEL APODERAMIENTO  
DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS,  
BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS  
CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES** - Bien  
jurídico tutelado: el orden económico y social /  
**APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE  
SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos:  
los documentos que se presenten para tratar de  
ocultar su verdadero origen no hacen parte del  
tipo penal objetivo

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de R.E.S.H., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual revocó la absolución que por el delito de receptación de hidrocarburos había dispuesto el Juzgado 8o Penal del Circuito Especializado de Bogotá, y lo condenó por el delito de apoderamiento o alteración de sistemas de identificación.

En esta ocasión, la Sala casó la sentencia de segunda instancia y, como consecuencia de la anterior determinación, dejó en firme el fallo por medio del cual se absolvió al procesado, al considerar que, el Tribunal interpretó erróneamente la descripción típica del artículo 327-B del Código Penal.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte analizó los antecedentes, características y elementos normativos de los delitos del apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, logrando determinar que, el Tribunal no contaba con la prueba suficiente para llegar al conocimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la tipicidad en el delito de apoderamiento o alteración de sistemas de identificación. Además, la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar en cabeza de SH, la configuración de la conducta punible de Receptación de hidrocarburos.

**SP3217-2022(51798) de 07/09/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

**RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. El Grupo de Operaciones Especiales de Hidrocarburos de la Policía Nacional -GOESH- recibió una llamada telefónica de una fuente no formal informando que, en un parqueadero, estaban hurtando combustible. Al llegar al sitio a las 00:30 horas del 29 de marzo de 2012, encontraron a varias personas trasvasando combustible, con ayuda de motobombas y mangueras, de un primer vehículo tipo tracto camión, a un segundo vehículo más pequeño tipo tanque, que se encontraba al lado del primero y dentro del cual encontraron un aproximado de 200 galones de un hidrocarburo. Algunos sujetos emprendieron la huida, empero, siete fueron capturados.

2. Esa misma madrugada, y después de realizadas las capturas, la Policía recorrió el parqueadero y a una distancia no menor de cien (100) metros del carrotanque, encontró un tercer vehículo tipo tanque, el cual, según los agentes de la Policía, expedía un fuerte olor característico de un hidrocarburo denominado “nafta”, y del que, además, se estaba regando tal sustancia.

3. En este tercer rodante encontraron 2.000 galones de hidrocarburo sin marcador, el cual, realizadas las pruebas químicas resultó no ser “nafta” ni aceite. En la cabina de ese tercer vehículo encontraron 7 facturas expedidas por la empresa A.R.S. a nombre de R.S.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**NON BIS IN ÍDEM** - Concepto / **COSA JUZGADA** - Relación con el principio non bis in ídem / **NON BIS IN ÍDEM** - Elementos: identidad de objeto, persona y causa

«La garantía del Non bis in ídem, -expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”—, es de rango constitucional, contenida en el artículo 29 de la Constitución Política y reproducida como norma rectora en el artículo 8° del Código Penal y 21 de la ley 906 de 2004 , que guarda íntima relación con la garantía de cosa juzgada o res iudicata, al prohibir que una persona en contra de la que el Estado ha ejercido su potestad punitiva, sea sometida nuevamente a juicio respecto de unos hechos frente a los cuales ya hubo pronunciamiento definitivo.

Consagración sustancial, que no deriva solo de su naturaleza Constitucional, sino de la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos, al ordenamiento jurídico; artículos 14.7 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”, y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos “El inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, que en forma expresa propenden por su protección.

El contenido y alcance de ese principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, al señalar que la Institución del non bis in ídem, está sometida a la verificación de tres presupuestos de identidad o equivalencia: i) identidad de sujeto, ii) identidad de objeto e iii) identidad de causa.

- Identidad de persona -eadem personae-: Demanda que el mismo individuo sea inculcado en dos o más actuaciones, adelantadas con el mismo propósito y fundamento.
- Identidad fáctica o de objeto -eadem res-: Requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; el supuesto de hecho debe ser idéntico, dar lugar a una única tipicidad y ser sometido a doble juzgamiento.
- Identidad de causa o de fundamento -eadem causa-: La identidad de causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma.

De allí que se imponga como mandato procesal, adelantar una única persecución, y se prohíba investigar, juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva, circunstancia delictual o postdelictual, a una persona; buscando con ello, racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo.

Derecho que está íntimamente ligado al de cosa juzgada, y si bien éste forma parte del núcleo fundamental del debido proceso, no tiene carácter absoluto, pues frente al mismo, proceden excepciones de orden constitucional o legal, tendientes a la protección de valores superiores como la justicia material, los derechos de las víctimas, la soberanía como bien jurídico estatal superior y la efectividad de los derechos y deberes del Estado».

**COSA JUZGADA** - Demostración: el juez está facultado constitucionalmente para en cualquier momento del proceso verificar el respeto por la cosa juzgada / **NON BIS IN IDEM** - Demostración: el juez está facultado constitucionalmente para en cualquier momento del proceso verificar la no vulneración de esta garantía

«[...] se verificó en la presente actuación que el juez de conocimiento, ante el reclamo por la defensa en su alegación final de la presunta infracción a la garantía del non bis in ídem, consignó en la sentencia de primer grado haber revisado “el sistema de gestión de los juzgados de esta especialidad”, estableciéndose que en el radicado [...] seguido en el Juzgado 4 homólogo se adelantó un proceso por los mismos hechos, y que se “EXHORTA a la Fiscalía General de la Nación para que evite estas prácticas atentatorias de derechos humanos”.

Aunque podría pensarse que el Juez acudió a su conocimiento particular, es lo cierto que tal proceder es perfectamente admisible cuando se trata de velar por la indemnidad de la garantía constitucional consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política que impide que las personas sometidas al poder punitivo del Estado sean juzgadas dos veces por el mismo hecho.

La acreditación de tan importante garantía no está sujeta a las estrictas reglas de producción, aducción e incorporación de la prueba que rigen a las partes e intervinientes en el proceso penal. El juez, como garante de los principios y garantías constitucionales, está facultado constitucionalmente para acreditar o para admitir la acreditación en cualquier momento del proceso, de la existencia de la cosa juzgada para evidenciar la garantía del non bis in ídem y evitar de esa manera la consolidación de una situación inconstitucional.

Ahora, que el juez pueda verificar el respeto por la cosa juzgada y la no vulneración del non bis in ídem con los medios de convicción pertinentes introducidos, incluso sin sujeción a las reglas de prueba, no significa que automáticamente opere la aplicación de la garantía. En todo caso es obligación del juez establecer que quien está siendo procesado en su Despacho ya haya sido condenado o absuelto, o esté siendo procesado, por exactamente los mismos hechos en otro proceso. Precisamente tal circunstancia no logró demostrarse en la presente actuación, no



obstante que de manera errada así lo dejó ver el juez de primera instancia, al manifestar que “se EXHORTA a la Fiscalía General de la Nación para que evite estas prácticas atentatorias de derechos humanos y se concentre en procesos e investigaciones que realmente ameriten la intervención del Estado”.

[...]

Culminada la audiencia de juicio oral, el Juez consignó en la sentencia que ante la sorpresa que le generó el conocer que el procesado ya había sido juzgado y condenado por los mismos hechos, procedió “a revisar el sistema de gestión de los Juzgados de esta especialidad, estableciéndose que a RESH, se le adelantó un proceso -preacuerdo- en el Juzgado 4 bajo el radicado [...] por los mismos hechos”.

Sin embargo, el juez erró al concluir erradamente, a partir de la simple consulta en el sistema de gestión, que por existir un proceso en otro despacho, seguido en contra del mismo procesado y por el mismo nomen iuris, automáticamente se trataba de una actuación que se adelantó por los mismos hechos.

El yerro del Juez a quo fue evidenciado por el delegado de la Fiscalía General de la Nación en la sustentación del recurso de apelación. [...]

En consecuencia, la nulidad por afectación al non bis in idem propuesta por la defensa queda desvirtuada porque la Fiscalía dio a conocer que el soporte fáctico planteado en el otro proceso seguido en contra del acá procesado no es idéntico, por lo tanto, el primer cargo no está llamada a prosperar».

**DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES** - Antecedentes de su tipificación / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Tipo penal en blanco / **DELITOS DEL APODERAMIENTO DE LOS HIDROCARBUROS, SUS DERIVADOS, BIOCOMBUSTIBLES O MEZCLAS QUE LOS CONTENGAN Y OTRAS DISPOSICIONES** - Bien jurídico tutelado: el orden económico y social

«El delito por el que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a RESH está tipificado en el artículo 327B del Código de Penal de la siguiente forma:

“Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación. El que se apodere o altere sistemas o mecanismos legalmente autorizados para la identificación de la procedencia de los hidrocarburos, sus derivados, los biocombustibles o mezclas que los contengan, tales como equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años y multa de setecientos (700) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Subrayado fuera del texto legal).

La descripción legal es un tipo penal en blanco, como quiera que se hace obligatoria la remisión a otros ordenamientos para entender los elementos objetivos del tipo, especialmente lo referente a los ingredientes normativos (sistemas o mecanismos de identificación, marcadores, y detectores).

Sea lo primero indicar que el delito de Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación forma parte del Título X “Delitos contra el orden económico y social” (al igual que los de Apoderamiento de hidrocarburos, Recepción de hidrocarburos y Destinación ilegal de combustibles -artículos 327-A, 327-C y 327-D del Código Penal-), fue incorporado al Código Penal por la Ley 1028 de 2006, por iniciativa de los Ministerios de Minas y Energía y el entonces Ministerio del Interior y de Justicia, con el propósito de contar con normas sancionatorias eficaces, permanentes y especializadas para reprimir los constantes ataques a la infraestructura petrolera del país y evitar la considerable afectación de la economía nacional.

En un principio tales conductas se sancionaban como delitos autónomos cuando recaía sobre algún automotor o sobre el combustible que se llevara en ellos. Así a modo de remembranza, para el apoderamiento de combustible se acudía al delito de hurto agravado (original artículo 241.6 del Código Penal, cuando el apoderamiento recaía “sobre medio motorizado, o sus partes importantes, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos”). El legislador en el artículo 1º de la Ley 813 del año 2003 derogó la anterior norma y en el artículo 2º le dio la categoría de hurto calificado para imponerle mayor pena “La pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía **o combustible que se lleve en ellos.**”

Si la conducta fuere realizada por el encargado de la custodia material de estos bienes, la pena se incrementará de la sexta parte a la mitad” (subrayado de la Sala).

Para lo que se denomina actualmente Receptación de hidrocarburos, anteriormente se sancionaba bajo la modalidad de Receptación establecida en el artículo 447 del C.P., la cual también fue modificada por la Ley 813 de 2003 que agregó: “Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía **o combustible que se lleve en ellos**, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Subrayado fuera del texto legal).

Ahora, la conducta por medio de la cual se alteraban los sistemas de identificación del combustible, era encasillada en el tipo penal de Falsedad marcaria que establecía: “El que falsifique marca, contraseña, signo, firma o rubrica usados oficialmente para contrastar, **identificar** o certificar peso, medida, calidad, cantidad, valor o contenido, o los aplique a objeto distinto de aquel a que estaba destinado, incurrirá en prisión de...” (Subrayado de la Sala).

Cuando de hurto de hidrocarburos se trata, la especialidad del caso generó problemas de tipificación frente a las conductas desplegadas posteriormente al apoderamiento y tendientes a burlar los controles y los sistemas que utiliza el Estado para identificar el combustible obtenido legalmente. La ley 813 de 2003 no dio una solución al caso pues en la modificación al artículo 285 del Código Penal solo refirió la alteración realizada sobre medios motorizados omitiendo referencia alguna al combustible.

La importancia de adicionar las conductas punibles referidas, al Título del Código Penal que protege el bien jurídico del Orden Económico y Social, fue para entender que no solo afectan el patrimonio económico de los particulares (mayoristas o refinadores) y del Estado (ECOPETROL), sino que resquebrajan toda la economía del país debido a que los hidrocarburos son fuente generadora de ingresos que repercuten en pro de la sociedad, más si se tiene en cuenta que ECOPETROL S.A. es una Sociedad de Economía Mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con lo establecido en la Ley 1118 de 2006.

En la exposición de motivos del proyecto presentado ante el Senado de la República, se justificó la criminalización de dichos comportamientos de manera autónoma y especial debido a que “la delincuencia organizada había diseñado sistemas para burlar los controles establecidos, tales como procedimientos de mezcla, uso indebido, manipulación y alteración de los sistemas que utiliza ECOPETROL como medida preventiva para identificar la procedencia de los combustibles objeto de inspección y protección” . También, por cuanto “la estatal Petrolera ECOPETROL S.A ha puesto en ejecución mecanismos de control de sus sistemas de identificación de combustibles, estos han sido insuficientes ante el ingenio de las organizaciones al margen de la ley dedicadas a estas actividades ilícitas, las que en la actualidad ya hurtan los elementos necesarios para la marcación de combustible, herramienta tecnológica de reconocido valor para la diferenciación de producto lícito e ilícito”.

**APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Tipo penal en blanco / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: verbo rector, apoderar / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: verbo rector, alterar / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: los documentos que se presenten para tratar de ocultar su verdadero origen no hacen parte del tipo penal objetivo

«Adentrándose en la determinación de los elementos objetivos del tipo penal denominado Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación, como tipo en blanco que es, se debe ver la reglamentación que sobre ese especial tema contienen se ha proferido en Colombia.

Así, tenemos que el Decreto 1503 de 2002 consagra que todo combustible que se comercialice debe ser de origen legal, y que a la gasolina y al ACPM se le debe aplicar un procedimiento de “marcación”, utilizando un “marcador” que es una “Sustancia química que permite obtener información sobre la **procedencia** del combustible. La aplicación de marcadores en los combustibles puede ser utilizada para propósitos de diferenciar

calidades, mezclas, combustibles extraídos ilícitamente de los poliductos y para controlar evasión de impuestos y adulteración de combustibles, entre otros” (subrayado fuera del texto reglamentario).

Dispone el Decreto que es responsabilidad de ECOPETROL determinar el procedimiento de “Marcación” y de “detección” y distribuir el “Marcador” que se utilizará en todo el país. También es obligación de esa empresa “Suministrar el "Detector" aplicable bajo el procedimiento de "Detección" diseñado por él, a los distribuidores mayoristas, así como a las autoridades y organismos de control que colaboren en la búsqueda de combustibles ilícitos”, y diseñar y aplicar los “mecanismos que permitan asegurar la trazabilidad del origen del combustible”.

El mismo Decreto en su artículo 11 (modificado por el Decreto 3563 de 2002) establece que ECOPETROL “podrá distribuir el "Detector" directamente o a través de terceros contratados para tal efecto, quienes deberán rendir informe a Ecopetrol S.A., respecto de la entrega que realicen”.

Por su parte, el Decreto 1073 de 2015, reglamentó los requisitos y obligaciones que deben acatarse cuando se distribuye combustibles en el territorio nacional, dándose a la tarea de realizar varias definiciones de conceptos para entender los procedimientos de marcación y de detección de combustible legal e ilegal, a los cuales debemos remitirnos para entender el tipo penal consagrado en el artículo 327B del Código Penal que busca sancionar a todas las personas que se apoderen, no del combustible, sino de los equipos que sirven para determinar el origen legal del combustible o su identificación y calidades.

El Decreto 1073 de 2015 compila varias definiciones en el artículo 2.2.1.1.2.2.1.4, entre ellos y a manera de ejemplo, y para el subexamine se señalan los siguientes: 1.- Detector (Sustancia o equipo que permite detectar la presencia y /o concentración del "Marcador" en el combustible), 2.- Marcador (Sustancia química que permite obtener información sobre la procedencia del combustible), 3.- Surtidor (equipo fijo que llenan directamente los tanques de combustible)

Obligatorio resulta indicar que el tipo penal contiene varios supuestos de hecho. El primero,

el apoderamiento de mecanismos para identificar la procedencia, lícita agrega la Corte, de los hidrocarburos, sus derivados y mezclas. Sin embargo, la misma norma hace referencia a que esos mecanismos son: “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores”. El segundo es la “alteración” de esos sistemas o mecanismos, y al igual que el anterior supuesto, el tipo refiere “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores”.

En ninguno de los supuestos de hechos vistos, los documentos que se presenten a las autoridades que controlan la distribución de hidrocarburos, para tratar de ocultar su verdadero origen, hace parte del tipo penal objetivo; podrá constituir otra clase de conductas punibles (falsedad material o ideológica en documento público o falsedad en documento privado -dependiendo de quien lo expida-) pero no la descrita en el artículo 327B del Código Penal».

**RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS - Elementos / RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS - Elementos: sujeto activo no cualificado / RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS - Verbos rectoros / RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS - Dolo**

«En lo que respecta al delito de Receptación de hidrocarburos, descrito en el artículo 327-C del Código Penal, conducta por la cual se imputó, acusó y absolvió en primera instancia; su estructura típica prevé un sujeto activo no cualificado, que debe resultar ajeno a las conductas descritas en los artículos 327-A y 327-B, y que “adquiera, transporte, almacene, conserve, tenga en su poder, venda, ofrezca, financie, suministre o comercialice a cualquier título hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan debidamente reglamentadas o sistemas de identificación legalmente autorizados”, y que debe tener conocimiento de la procedencia ilícita del bien, de allí que sea un tipo de comisión dolosa.

[...].»

**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

«No puede la Sala dejar de advertir someramente que la segunda instancia, en el presente caso, no

contaba con el soporte fáctico para cambiar los hechos jurídicamente relevantes que de manera idéntica se le formularon al procesado tanto en la imputación como en la acusación (aunque más concretos en la última) para acomodarlos a un tipo penal que en su estructura objetiva difiere de los hechos puestos de presente por el Fiscal.

[...]

La Fiscalía General de la Nación en tal descripción de los hechos jurídicamente relevantes nunca planteó el apoderamiento o la alteración de “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores” que empleen las autoridades para identificar la procedencia lícita o ilícita de los hidrocarburos.

Por lo anterior, debe anotarse que, para condenar por un tipo penal diverso a aquel por el cual se acusó, no basta simplemente con escoger uno que tenga pena inferior, sino que éste debe acoplarse en su estructura objetiva con los hechos formulados por la Fiscalía, respetando siempre el núcleo fáctico del acto de comunicación. Actuar como lo hizo el Tribunal es quebrantar el derecho de defensa, pues se está sorprendiendo a las partes con circunstancias que no fueron debatidas en el proceso, en una etapa en la cual ya no se puedan controvertir el nuevo núcleo fáctico.

No obstante lo anterior, aunque es un comportamiento errado del Tribunal, la Corte lo superará, dado que para la correcta resolución del presente caso, el análisis de las pruebas que fueron practicadas en el juicio oral del 28 de abril de 2014, permite establecer la ausencia de responsabilidad de SH, como lo exige el artículo 381 del C.P.P. de 2004, en cualquiera de las conductas, tanto en el delito por el que fue condenado, como en aquel por el que se le formuló acusación».

**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 / **APODERAMIENTO O ALTERACIÓN DE SISTEMAS DE IDENTIFICACIÓN** - Elementos: los documentos que se presenten para tratar de ocultar su verdadero origen no hacen parte del tipo penal objetivo

«Para la Corte, en el presente caso el Tribunal no contaba con la prueba suficiente para llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable

sobre la tipicidad en el delito de Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación establecido en el artículo 327B del Código Penal, por cuanto (i) no se estableció la procedencia ilícita del hidrocarburo encontrado en el rodante de placas [...] el día de los hechos; (ii) tampoco que el procesado hubiera desplegado actos de alteración de equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores que se utilizan para identificar la procedencia del hidrocarburo por el procesado, y (iii) que el procesado hubiera cargado el combustible que se encontró en el rodante del cual era poseedor.

Además, en el presente caso, la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar en cabeza de SH, la configuración de la conducta punible de Recepción de hidrocarburos, puesto que en el juicio oral, por más que trató de demostrar que la sustancia encontrada en el vehículo de placas [...] era ilegal y que era “nafta”, su teoría del caso fue derruida por cuenta del testimonio rendido por la investigadora de la Policía Judicial e ingeniera química NMC, y también por la deficiente labor de investigación que realizó la Fiscalía.

[...]

Tal y como lo destacó el juez de primera instancia, la labor investigativa de la policía fue deficiente para determinar que el vehículo de placas [...] cargaba combustible ilegal, pues fue la misma perito quien expuso que no se podía determinar que la sustancia encontrada en éste proviniera del rodante con placas [...], y tal nexo causal no fue determinado tampoco por los agentes de Policía, sin que el olor o la primera prueba preliminar PIPH tomada a la sustancia hallada en estos dos vehículos llenara tal vacío.

En este punto, es importante resaltar que el vehículo fue encontrado a cien (100) metros de distancia de aquél donde se estaba hurtando hidrocarburo (...), no se hallaron mangueras, motobombas, canecas o instrumentos que permitieran concluir que las acciones tienen una unidad fáctica, no se capturaron personas en el vehículo de placas [...], no se estableció relación alguna entre el conductor del vehículo (OHRB) y su tenedor y actual procesado RESH con alguno de los siete (7) capturados, no se entrevistó al administrador del parqueadero para establecer, por ejemplo, si el vehículo de placas [...] entró al mismo cargado o sin carga como lo manifestó el acusado en el juicio oral, pero además, tampoco



se estableció si ese combustible pertenecía a ECOPETROL.

[...]

Todas estas falencias permiten sostener que no existe el conocimiento más allá de toda duda razonable, para atribuir responsabilidad por del delito de Receptación de hidrocarburos por el que fue acusado SH.

Ahora, frente al delito de Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación establecido en el artículo 327B del Código Penal, encuentra la Corte que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cometió la equivocación de pensar que con las facturas que “presentaba” el vehículo de placas [...], se configuraba el supuesto de hecho contenido en la norma.

Al respecto debe decirse que tal razonamiento resulta equivocado. En primer lugar, las facturas no las presentó el procesado, fueron halladas en la guantera del rodante de placas [...], ni al amparo de qué facultad legal se accedió a esa documentación, en segundo lugar, la deficiente labor investigativa no permitió establecer que las facturas fueran falsas, más cuando el investigador DFPM en juicio oral, ante las preguntas complementarias del Ministerio Público, declaró que no se determinó que las facturas fueran apócrifas o que la empresa [...] no existiera.

Sin embargo, el Tribunal hizo una interpretación errada del tipo penal por el cual condenó, pues recuérdese, como se estableció al inicio de la parte considerativa de la presente providencia, que los sistemas o mecanismos a que se refiere el artículo 327B, son aquellos “equipos, sustancias,

marcadores, detectores o reveladores” que utilizan las autoridades para identificar la procedencia del hidrocarburo, objeto material del tipo penal objetivo que no se demostró dentro del plenario.

La confusión de la segunda instancia consiste en pensar que las guías de transporte que expide ECOPETROL (a las que hizo referencia el investigador PM para denotar que se elaboran cuando esa empresa envía hidrocarburos por medio de tractocamiones), son sistemas o mecanismos para identificar la procedencia de los hidrocarburos o sus derivados, cuando realmente ese documento -guía de transporte- no tiene tal calidad.

Reitera la Corte, el mismo artículo 327B del C.P., establece que esos sistemas o mecanismos son los “equipos, sustancias, marcadores, detectores o reveladores” utilizados por las autoridades y por ECOPETROL para identificar los hidrocarburos y sus derivados.

También se insiste que los documentos que se presenten a las autoridades que controlan la distribución de hidrocarburos, para tratar de ocultar su verdadero origen, no hace parte del tipo penal objetivo, y de demostrarse que son utilizados para fines de ocultamiento (no de identificación), esa acción podrá constituir otra clase de conductas punibles, verbi gratia falsedad en documentos, lo que también se descarta en esta oportunidad debido a que no se estableció que las 7 facturas fueran apócrifas, y tampoco se desvirtuó (debido a la deficiente labor investigativa) que el camión hubiera entrado al parqueadero con su tanque lleno y con una sustancia diferente al aceite residual».

---

### **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO**

- Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO**

- Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - La renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide su imposición en la sentencia / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Procedencia: la permanencia en el empleo o cargo público no es presupuesto para su aplicación / **LA PÉRDIDA**

### **DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza:

puede ser pena principal o accesoria, situaciones en las que su imposición como pena accesoria es obligatoria / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - No es excluyente con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial 54 Penal II, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual condenó a J.A.R.R. como coautor del delito

de concusión, la Sala de Casación Penal adicionó la sentencia impugnada, en el sentido de imponer al condenado la pena accesoria de pérdida del cargo y la inhabilitación para desempeñar cualquier cargo público u oficial por el término de 60 días. En todo lo demás confirmó la decisión de primera instancia.

Al respecto, la Corte explicó que, la pérdida del empleo o cargo público implica la inhabilitación temporal para desempeñar cualquier otro de la misma naturaleza, siendo indiferente para su imposición como accesoria, que el acusado no se encuentre desempeñando el cargo por renuncia al mismo.

Además, afirmó que, el hecho de que el preacuerdo no haya comprendido la pena accesoria, no impide que el juzgador pueda imponerla.

#### **SP3456-2022(62227) de 07/09/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. J.A.R.R., en su condición de Fiscal 4º Especializado de Bucaramanga, tenía bajo su cargo la indagación iniciada en julio de 2010 a los entonces esposos J.F.M.F. y A.C.R.R., por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. A partir del 15 de enero de 2021, el citado funcionario judicial con la colaboración de un miembro de policía judicial y de un abogado, abusando de su función, empezó a ejecutar actos para obligarlos a entregar entre 350 y 400 millones de pesos para archivarles dicha investigación.

2. Como resultado del seguimiento dispuesto por la fiscalía ante la denuncia de una de las víctimas, el fiscal fue capturado el 9 de abril de 2021, después de guardar, en un maletín de su propiedad, 100 millones de pesos que previamente le había entregado J.F.M.F.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PENA ACCESORIA** - Supone la existencia de una pena principal / **PENA** - Pérdida de empleo o cargo público / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Inhabilita al penado hasta

por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial / **PENA ACCESORIA** - Debe tener relación directa con la realización de la conducta punible / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - La renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide su imposición en la sentencia / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Procedencia: la permanencia en el empleo o cargo público no es presupuesto para su aplicación / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Naturaleza: puede ser pena principal o accesoria, situaciones en las que su imposición como pena accesoria es obligatoria

«El artículo 34 de la ley 599 de 2000, señala que las penas que pueden imponerse con arreglo al Código Penal, son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no se impongan como principales.

En este sentido, la pena accesoria supone la existencia de una principal. Puede ser principal, cuando como tal se consagre en la parte especial del estatuto punitivo.

El artículo 43 de la Ley 599 de 2000, relaciona las penas privativas de otros derechos, citando en su numeral 2, como una de ellas “la pérdida del empleo o cargo público”.

Tal pena conlleva una inhabilitación temporal. Su imposición, inhabilita al mismo tiempo al condenado hasta por cinco (5) años “para desempeñar cualquier cargo público u oficial”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Código Penal.

Con excepción de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, correlativa a la pena de prisión, las demás accesorias “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible”, por i) abuso del derecho que conlleva a su imposición, ii), facilitar su comisión y iii) contribuir a la prevención de conductas similares, según lo contempla el artículo 52 de la misma codificación sustantiva.

Bajo tales premisas legales, a la pérdida del empleo o cargo público, sea pena principal en los casos previstos en la parte especial del Código Penal o accesoria por acceder a una de esa naturaleza, es consustancial el impedimento de ejercer otro por el lapso señalado.

Siendo inherente a dicha pena la inhabilidad que hace parte de ella, la renuncia voluntaria del acusado al cargo o su destitución antes de la culminación del proceso penal, no impide legalmente su imposición en la sentencia, toda vez que no es presupuesto de su aplicación la permanencia en el empleo o cargo público que se pierde por virtud de la condena.

En este sentido, aunque no esté en el cargo público, la sanción sigue siendo eficaz al impedir al acusado hasta por el término de cinco (5) años ocupar uno de esa naturaleza.

Por el contrario, la inaplicación por la dejación del cargo propiciaría que la inhabilidad no dependa del mandato legal sino de otros factores no previstos en él, entre ellos, la decisión personal del acusado que la haría nugatoria.

[...]

Además los delitos en los que está contemplada como pena principal acompañante quedarían sin pena, sin motivo legal alguno; y, las funciones de la sanción penal, entre ellas, la de prevención general y retribución justa, las cuales rigen la aplicación tanto de las privativas de la libertad y de las que no lo son, serían desconocidas como fundamento de su existencia.

Su imposición como pena accesoria es obligatoria, estando el juez compelido a fijarla, cuando determine que la realización del punible fue posible porque el condenado en su ejecución abusó del cargo o empleo que desempeñaba, su ejercicio facilitó la comisión del delito o la restricción para ocuparlo sirve para prevenir conductas similares a las que originaron la condena».

**PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Inhabilita al penado hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial, pero no es equivalente a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - No es excluyente con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Procedencia / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Pena accesoria / **PENA ACCESORIA** - Debe tener relación directa con la realización de la conducta punible / **LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Inhabilita al penado hasta

por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial

«[...]la pérdida del empleo o cargo público y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, no son penas excluyentes.

La disimilitud entre ambas es evidente. Aunque pueden ser penas principales si así son contempladas en la parte especial del Código Penal, en su calidad de privativas de otros derechos son imponibles por motivos legales distintos.

La pérdida del empleo o cargo público, como accesoria aplica cuando tiene relación directa con la realización de la conducta punible, mientras la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por mandato legal accede a la de prisión.

Aun cuando las dos son consecuencia del delito, la pérdida del empleo o cargo público implica la dejación del que actualmente el acusado desempeña o ha ocupado, lo que implica una sanción por el abuso que ha hecho del mismo, que conlleva además el impedimento para trabajar con la administración pública por un periodo determinado; la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impide a aquel hacia el futuro el desempeño de las que puede ser sujeto, es privarlo de la facultad para ejercer funciones que aún no tiene o a las cuales no se encuentra dedicado.

Para efectos penales, la pérdida del empleo o cargo público, aunque el ejercicio de este comprenda una función pública, no hace parte de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la que según el artículo 44 del Código Penal “priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”.

[...]

La consagración en numerales distintos del artículo 43 del Código Penal, permite su coexistencia siempre que existan o cumplan los presupuestos legales que permitan su aplicación, bien como penas principales o accesorias, aun cuando tal distinción coincida o no con las de otras ramas del derecho».

**LA PÉRDIDA DE EMPLEO O CARGO PÚBLICO** - Dosificación punitiva / **SISTEMA PENAL**

**ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: pena accesoria

«Al atender a la literalidad del numeral 2 del citado artículo 43, el tribunal pasa desapercibido que la pérdida del empleo o cargo público implica la inhabilidad temporal para desempeñar cualquier otro de la misma naturaleza, tal como está previsto en el artículo 45 del estatuto punitivo, siendo indiferente para su imposición como accesoria por no haber sido prevista como principal para el delito y tener relación directa con la realización de la conducta punible, que el acusado no se encuentre desempeñando el cargo por renuncia al mismo.

En este caso, la pena opera por ministerio de la ley y no por decisión del inculpado. El legislador quiere mayor drasticidad cuando el hecho punible es cometido mediante el aprovechamiento del cargo y prevenir a los asociados que conductas similares a las que originan la condena, conlleva como pena adicional a la principal su pérdida y consiguiente inhabilidad.

Ahora, como el preacuerdo no comprendió la pena accesoria, ello no impide que el juzgador pueda imponerla. Primero, la ley en ningún caso despoja al juez de la facultad de fijar e imponer las penas previstas para los delitos, pues lo autorizado en virtud de la declaración de culpabilidad del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, es la eliminación de alguna causal de agravación punitiva o cargo específico, o la tipificación de la conducta en el alegato conclusivo de una forma específica con miras a disminuir la pena; y segundo, no queda eliminado lo que no ha sido objeto del convenio ni tal omisión lo frustra, como equivocadamente el defensor lo adujo ante el Tribunal.

[...]

La Sala en su determinación al considerar el tribunal ajustada al principio de legalidad la pena, la fija teniendo en cuenta que la pena mínima privativa de la libertad prevista para el cómplice, cuarenta y ocho (48) meses, fue incrementada en dos (2) meses al acordarse una sanción final de cincuenta (50) meses de prisión, proporción que servirá igualmente para determinar la accesoria, sin acudir al sistema de cuartos tal como lo previene el artículo 3° de la Ley 890 de 2004.

El artículo 45 del Código Penal señala que la inhabilidad es “hasta por cinco (5) años”; luego el mínimo de la sanción es un (1) día y el máximo mil ochocientos (1.800) días, hecha la conversión correspondiente a días.

Para el cómplice, la pena prevista para la infracción se disminuye de una sexta parte a la mitad, de modo que el mínimo se establece en 0.5 días y el máximo en 1.500 días, por lo que al realizar un incremento de sesenta (60) días (esto es, el mismo aumento de dos meses efectuado respecto de la pena mínima de prisión prevista para el cómplice frente al delito materia de juzgamiento), la sanción accesoria de pérdida del cargo se establece en sesenta días.

En consecuencia, la Sala impone a R.R. la pena accesoria de pérdida del cargo de Fiscal 4° Especializado de Bucaramanga y la inhabilitación por el término de sesenta (60) días para desempeñar cualquier cargo público u oficial, comunicando tal decisión a la Fiscalía General de la Nación.

Como quiera que ninguno de los intervinientes mostró inconformidad con la legalidad de la sentencia y de la pena privativa de la libertad impuesta al acusado, la Sala la confirma en los aspectos no discutidos en sede de apelación».

---

**LIBERTAD PROVISIONAL** - Vencimiento de términos / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, sólo es posible cuando ese ejercicio no genera un traumatismo o resquebrajamiento del sistema mixto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: es indispensable respetar la especificidad de cada sistema penal, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **MEDIDA DE**

**ASEGURAMIENTO** - Libertad provisional: principio de favorabilidad, Ley 600 de 2000 y 906 de 2004

La Sala de Casación penal confirmó, en sede de apelación, el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual le negó a N.I.M.R. (exsenador), una petición de libertad provisional.



Para ello, la Sala aclaró que, al procesado no le es aplicable por favorabilidad el numeral 6 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, y no se han agotado los dos años de vigencia de la medida de aseguramiento prevista para los delitos contra la administración pública.

#### **AP4146-2022(62192) de 13/09/2022**

#### **Magistrado Ponente:**

**Fernando León Bolaños Palacios**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

1. En el período 2008-2011, en diversas entidades del Distrito Capital se suscribieron de manera irregular varios contratos públicos y fueron desviados recursos oficiales para el pago de coimas o comisiones con destino a servidores públicos, contratistas y terceros que oficiaron como lobistas e intermediarios, dentro de un entramado públicamente conocido como el «carrusel de la contratación en Bogotá».

2. Las indagaciones alrededor de esta red de corrupción permitieron conocer que, en el año 2009 la Secretaría de Salud del Distrito Capital, a través del Fondo Financiero Distrital de Salud, realizó licitación pública con el objeto de contratar un servicio de ambulancias para la capital de la República.

3. Sobre este negocio jurídico se estableció que H.Z.R., secretario distrital de salud –quien a la vez fungía como director ejecutivo del Fondo– suscribió como resultado de la licitación mencionada, contrato con la unión temporal representada legalmente por J.A.B.L., cuyo objeto se contrajo a «la prestación de servicios de salud de atención prehospitalaria, en diferentes unidades móviles a través de uno o de varios operadores para que realicen asesoría, atención y /o traslados de pacientes con patología médica y /o traumática y /o adulto y /o pediátrica; de manera que se garantice el derecho a la atención de urgencias, emergencias y desastres de la población en el Distrito Capital», por la suma de sesenta y siete mil doscientos tres millones seiscientos noventa mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$67 203 690 774).

4. La adjudicación del contrato estuvo mediada presuntamente por un arreglo ilícito entre el alcalde mayor y su hermano, el exsenador

N.I.M.R., con concejales, contratistas del Distrito Capital e intermediarios, en el que los pliegos de condiciones del proceso licitatorio se elaboraron con determinadas especificaciones que permitieron su direccionamiento hacia el proponente ganador. Además, se habría acordado la distribución de coimas correspondientes al nueve por ciento (9%) del valor del contrato.

5. A N.I.M.R., senador de la República para la época de estos hechos, se le atribuye haber dispuesto con su hermano, alcalde mayor de Bogotá, que la adjudicación del contrato de ambulancias recayera en el proponente señalado por el concejal H.M.G. y haber impartido instrucciones para la distribución de dineros de la «comisión» pre acordada con el contratista y entregada por este, correspondiente al 9% del valor del contrato, asegurándose de que todos los involucrados recibieran importantes sumas de dinero, con el consiguiente detrimento al erario.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**LIBERTAD PROVISIONAL** - Vencimiento de términos / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: de la Ley 906 de 2004, a los procedimientos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, sólo es posible cuando ese ejercicio no genera un traumatismo o resquebrajamiento del sistema mixto / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación: es indispensable respetar la especificidad de cada sistema penal, cuando se comparan normas de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Libertad provisional: principio de favorabilidad, Ley 600 de 2000 y 906 de 2004 / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** - Detención preventiva: plazo máximo de duración

«La Sala Especial denegó la solicitud de libertad en favor del procesado N.I.M.R., principalmente, por considerar improcedente la aplicación favorable del numeral 6 del artículo 317 del C.P.P. /2004, según lo dicho por la jurisprudencia, y porque aun si, en gracia de discusión, se admitiera la tesis del defensor, no han transcurrido 300 días desde la realización de la audiencia de juzgamiento.

[...]

El artículo 29 superior consagra el principio de legalidad como componente básico del debido proceso, pero con igual fuerza normativa establece que: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará

de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Tal mandato es reproducido por el artículo 6 del Código Penal, tanto del sustantivo como del procedimental (para las normas con efectos sustanciales).

La sentencia SP, feb. 16 /2005, rad. 23006 explicó con sencillas palabras el fenómeno de la favorabilidad como una excepción al principio de legalidad: “... cometido un delito, toda la normatividad que lo regula en su descripción típica, en su sanción y en las normas procesales de efectos sustanciales, acompañan ad infinitum a ese comportamiento y a su autor, salvo que con posterioridad surja norma nueva que favorablemente modifique tales atributos para que ésta sea aplicada retroactivamente.”.

Desde los albores de la Ley 906 /2004 y debido a la vigencia paralela, para casos anteriores, de la Ley 600 /2000, la Corte admitió que el principio de favorabilidad podía operar no solo frente a la tradicional hipótesis de sucesión de leyes sino también para la de coexistencia de las mismas, siempre que ello no implicara desconocer o alterar aspectos esenciales o estructurales de los sistemas procesales enfrentados. [...]

En adelante y hasta la fecha se entendió que la retroactividad de normas sustanciales o procesales con efectos sustanciales de la Ley 906 /2004 a los procesos regidos por la Ley 600, anterior pero vigente, es viable siempre que se cumplan los siguientes requisitos: “i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales y iii) que con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable” (AP4711-2017, jul. 24, rad. 49734, entre otros).

Al amparo de esos criterios, la Corte ha admitido la remisión de las actuaciones tramitadas por el código procesal de 2000 a algunas regulaciones más favorables del que entró en vigencia con posterioridad, por ejemplo: los requisitos menos exigentes de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria previstos en el artículo 314 posterior (SP, may. 4 /2005, rad. 23567) y el beneficioso límite temporal de la detención preventiva introducida por la Ley 1786 /2016 (AP4711-2017, jul. 24, rad. 49734).

Y, claro está, con base en los mismos parámetros de análisis, otras veces la jurisprudencia también ha negado la pretendida retroactividad, como ocurrió frente a la premisa normativa de inexistencia de la revocatoria de la libertad provisional con motivo de la acusación prevista en el artículo 365.4 del C.P.P. /2000 (AP7414-2015, dic. 16, rad. 46822 y AP3888-2021, sep. 1, rad. 59850).

La cuestión de si el numeral 6 del artículo 317 del C.P.P. /2004 es aplicable retroactivamente, por virtud del principio de favorabilidad, a un proceso regido por las pautas de la Ley 600 /2000, como el seguido contra N.I.M.R., ya ha sido abordada y resuelta en forma negativa por esta Sala de Casación.

[...]

En esta ocasión se reitera que la inclusión en el régimen procesal del 2000 de la causal de libertad provisional descrita por el numeral 6 del artículo 317 del C.P.P. /2004, supondría no un ejercicio de favorabilidad sino una verdadera modificación legal, porque el primero no consagra una norma que regule el mismo supuesto fáctico que la sobreviniente.

Además, no puede olvidarse que en el precepto invocado la causal liberatoria obedece al incumplimiento de un término para realizar la “audiencia de lectura del fallo o su equivalente” y esta diligencia oral no está prevista para las actuaciones procesales reguladas por la Ley 906 /2004; por tanto, no existe similitud fáctica en el presupuesto de la consecuencia jurídica.

La anterior interpretación no implica que después de iniciada la audiencia pública de juzgamiento en el procedimiento penal primigenio, la vigencia de la medida cautelar de privación de la libertad sea indefinida; porque, como se recordará, en el auto AP4711-2017, jul. 24, rad. 49734, ya la Corte estableció que el límite temporal introducido por la Ley 1786 /2016 (art. 1) al sistema procesal de 2004, debía aplicarse por favorabilidad a los sucesos juzgados bajo el régimen legal coexistente (1 año prorrogable por otro en ciertos casos), [...]

De esa manera, el interregno entre la audiencia de juzgamiento y la sentencia de primera instancia en procesos de favorabilidad legal anotado, queda comprendido por el límite temporal general de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En consecuencia, la interpretación

sistemática del régimen de la cautela personal y de las causales de libertad provisional salvaguarda el derecho a la libertad personal y a ser juzgado en un plazo razonable, contrario a lo alegado por el recurrente, tanto así que este mismo la invoca como segundo argumento de su pretensión.

[...]

En lo que interesa al caso bajo examen, la norma citada prescribe que la vigencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad es de un año; y que este término podrá prorrogarse por otro igual cuando se investiguen o juzguen, entre otros, “actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011”. Una vez cumplido el plazo general o el prorrogado de la detención preventiva podrá debatirse sobre su sustitución por una no privativa de la libertad.

El apelante pretende que se aplique a su representado el parágrafo 1° del artículo 307 del C.P.P. /2004, por ser más favorable, pero solo en la parte que regula la vigencia general de la medida de aseguramiento privativa de la libertad; es decir, con exclusión de lo relativo a la prórroga por otro año que es viable frente a delitos de corrupción, como son aquellos por los que se acusó al procesado. En otras palabras, la pretensión del recurrente es la inadmisibles aplicación parcial de la proposición normativa más favorable.

[...]

De otra parte, sin fundamento alguno, alegó el titular de la defensa técnica que la prórroga a 2 años de la vigencia de la medida de detención preventiva no opera para los delitos de corrupción cometidos antes de la Ley 1474 /2011, límite temporal este que no prescribe el inciso 1° del artículo 307 y que, además, supone una nueva mutilación del ordenamiento jurídico acomodaticia a sus intereses procesales consistente en que la disposición normativa sea aplicable a los hechos de corrupción anteriores a la Ley 1474, en la parte que es menos exigente para obtener la consecuencia beneficiosa; y que solo lo sea para los posteriores, en la parte que impone un requisito temporal más riguroso.

Basta revisar el tenor literal de la norma en cuestión para comprender que cuando menciona los “actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011” como uno de los supuestos en que la duración de la medida de detención puede ser hasta de 2 años; simplemente remite a las

conductas delictivas que en tal estatuto legal fueron catalogadas como “actos de corrupción” y, en consecuencia, de ninguna manera esa remisión tenía que ver con la vigencia de aquel. En otras palabras, fue la técnica empleada por el legislador para referirse a una categoría de delitos sin tener que mencionarlos uno a uno.

Recuérdese que la Ley 1474 /2011 buscó “fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Con ese propósito, entre otras medidas de orden penal, el artículo 13, por ejemplo, excluyó de beneficios (subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, la prisión domiciliaria, entre otros) a los “delitos contra la administración pública”, dos de los cuales son, precisamente, aquellos por los que es juzgado N.I.M.R.: peculado por apropiación y el interés indebido en la celebración de contratos.

[...]

El primer inciso del artículo 307 del C.P.P. /2004 dispone que la prórroga de la medida de aseguramiento será decidida por el Juez de Control de Garantías previa petición del representante de la Fiscalía o de las víctimas. Esta prescripción involucra la figura de un funcionario judicial especializado en la verificación de las garantías procesales, un fiscal que interviene como parte con poder de postulación y, obviamente, el principio dispositivo que rige, por regla general, las decisiones judiciales con previa oportunidad de contradicción.

Tales contenidos normativos son de la estructura o esencia del sistema procesal acusatorio de 2004; por lo que, resulta imposible o, cuando menos, bastante traumática su adaptación al procedimiento regulado por la Ley 600 /2000, más aún cuando el juzgamiento es adelantado por la Sala Especial de Primera Instancia, porque ante esta no interviene un órgano acusador. Es claro que, como lo advirtió el recurrente, la sentencia C-545 /2008 ordenó al legislador la separación de funciones de investigación y juzgamiento de aforados dentro de la Corte Suprema de Justicia; pero no, y tampoco es una consecuencia de dicha orden, que los Magistrados con función de instrucción concurrieran a la etapa de juicio a defender la acusación.

En las condiciones expuestas, la fijación de un límite temporal a la medida de aseguramiento de detención preventiva (art. 307, par. 1º, C.P.P. /2004), sea de 1 año en general o de 2 para ciertos delitos como los que atentan contra la administración pública, es más favorable que la indefinición que prohijaba la Ley 600 /2000. Pero, reitérese, aquellos contenidos que solo se entienden en la estructura del procedimiento establecido por la Ley 906 /2004, no resultan aplicables al anterior.

Así las cosas, en punto de la duración de la detención preventiva, el mandato de favorabilidad legal permite entender que tendrá un máximo de un año por regla general y que en los delitos para los cuales esta prevista la prórroga dicho término es de dos años, con mayor razón cuando se trate de procesos cuyo juzgamiento compete a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, en el que no interviene el acusador».

---

**PRUEBA DOCUMENTAL** - Sentencia proferida en el extranjero: valor probatorio / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: debe acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: aspectos que se deben revisar, decisión en firme o providencia con la misma fuerza vinculante / **NON BIS IN IDEM** - Demostración: decisión judicial en firme y ejecutoriada /

La Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de M.P.O. y M.V.P., contra la sentencia mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado del mismo Distrito Judicial, que condenó a los procesados, como coautores del delito de tráfico de estupefacientes agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

La Sala no casó la sentencia impugnada, por cuanto no fue posible demostrar la vulneración del principio *non bis idem*, ya que la documentación aportada no cumple con los requisitos para tenerse como sustento probatorio válido, en tanto, por ausencia de autenticación, no hay certeza de la existencia y contenido de la sentencia aparentemente proferida por la Corte del Distrito Sur de New York.

De otro lado, la Corte descartó la existencia de falencias en la motivación del llamado a juicio y de las sentencias de instancia.

**SP3509-2022(56588) de 05/10/2022**

**Magistrado Ponente:**

**Fernando León Bolaños Palacios**

---

## **RELACIÓN DE ANTECEDENTES**

1. Producto de interceptaciones telefónicas legalmente adelantadas por las autoridades competentes, así como de lo acreditado por otros medios de prueba, fue posible establecer que, en 1998, M.P.O., D.P.C. y M.V.P. hicieron parte de una organización criminal, denominada “Los Niches”, dedicada al tráfico de estupefacientes desde el Valle del Cauca.
2. De manera puntual, se determinó que los prenombrados participaron en el envío de siete (7) cargamentos de estupefacientes incautados.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**NON BIS IN IDEM** - Prohibición de doble valoración: alcance y significado / **PRUEBA DOCUMENTAL** - Sentencia proferida en el extranjero: valor probatorio / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: debe acreditarse la identidad de persona, causa y objeto o identidad fáctica / **NON BIS IN IDEM** - Sentencias extranjeras: aspectos que se deben revisar, decisión en firme o providencia con la misma fuerza vinculante / **NON BIS IN IDEM** - Demostración: decisión judicial en firme y ejecutoriada / **PRUEBAS** - Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero: validez, presupuestos

«46. En desarrollo de los postulados de seguridad jurídica y justicia material, el artículo 29 superior contempla que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas... quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.



47. Tal prerrogativa implica, en concreto, que las decisiones judiciales definitivas, adoptadas una vez culminados los procesos legales respectivos, brindan la seguridad al interesado de que los mismos hechos no serán objeto de posteriores debates, ni sanciones, toda vez que ese susodicho pronunciamiento materializa la precisa expresión de la justicia, en el caso particular.

[...]

49. En consecuencia, como parte del derecho fundamental al debido proceso, a los asociados les asiste la prerrogativa de no ser doblemente juzgados, ni sancionados por las mismas circunstancias fácticas.

[...]

53. Así las cosas, la viabilidad de dar aplicación a la garantía del non bis in idem supone que:

- i) El procesado es la misma persona, en dos actuaciones judiciales de la idéntica naturaleza;
- ii) Existe correspondencia y similitud de las circunstancias fácticas objeto en los procedimientos penales; y
- iii) El motivo de la iniciación de los procesos es el mismo en ambos casos.

[...]

58. En este asunto, expone el demandante que ya se dictó sentencia condenatoria en el exterior, por hechos que, según él, corresponden a los mismos que fueron objeto de investigación y juzgamiento por la jurisdicción colombiana, donde se emitió la decisión actualmente controvertida en sede de casación.

59. De establecerse que el condenado PO ya fue juzgado y condenado en nuestro país, por los mismos hechos que, de manera previa, motivaron su extradición y condena en los Estados Unidos, resultaría claro que se configuró la violación de la garantía en cuestión.

60. Tal conclusión deberá imponerse, siempre que se logre verificar la concurrencia de las tres identidades, a las que se ha hecho referencia.

Identidad en la persona

61. Coincidente con la resolución de acusación, en la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, se individualizó a PO [...]

[...] no cabe duda de que PO fue condenado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado

Bogotá, el [...] de [...] de [...], y es la misma persona que extraditada hacia los Estados Unidos, en octubre de 2000.

[...]

66. Según la documentación allegada, con los elementos legales para ser apreciada, se debe indicar que, mediante indictment N° S1 99-CR-0101 del 9 de marzo de 1999, PO fue acusado por la justicia de los Estados Unidos, por cuatro (4) cargos [...]

73. En Colombia, PO fue declarado penalmente responsable por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, en concurso homogéneo y sucesivo [...]

76. Las reseñas transcritas en los acápites anteriores permiten establecer que el requisito de la identidad del hecho, únicamente, se satisface de manera parcial e incompleta.

[...]

80. En Colombia, PO fue acusado por hacer parte de una organización criminal, en 1998, dedicada a tráfico de estupefacientes y por sacar del país (exportar) significativas cantidades de cocaína con destino a Europa, USA y África.

[...]

84. Ahora bien, a pesar de la igualdad de las circunstancias fácticas, no resulta menos cierto sostener que PO fue procesado por dos verbos rectores diferentes, en Estados Unidos por introducir la cocaína (importar) a ese país y en Colombia por sacarla (exportar) con múltiples destinos.

85. Esa distinción, a pesar de ser verídica, mal puede justificar la emisión de dos condenas por una misma hipótesis factual. Al respecto, la identidad debe predicarse entre los hechos, entendidos como la misma génesis ontológica y naturalística de los dos o más diligenciamientos, y no entre las determinadas acciones jurídicamente relevantes que configuran el punible de tráfico de estupefacientes.

86. Lo anterior, por cuanto, como lo ha señalado la Corporación:

- i) Un procesado no puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho;
- ii) De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del condenado; y

iii) Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que, en estricto sentido, es único.

[...]

88. Se establece, de manera parcial y preliminar, que los hechos por los cuales, en su momento, fue promovida la extradición de PO, son los mismos por los que, en su mayoría (4), se dictó la sentencia condenatoria en Colombia por siete operaciones de tráfico de estupefacientes.

89. En concreto, entonces, son siete los hechos por los cuales se dedujeron operaciones de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en Colombia. Sin embargo, sólo cuatro de esos casos (...) ontológica y naturalísticamente son los mismos que originaron la petición de extradición.

90. Tal aserto, por cuanto, indiscutiblemente tanto en la sentencia condenatoria proferida en Colombia, como en la acusación emitida en Estados Unidos, existen elementos concordantes, como lo son la cantidad de cocaína traficada, las fechas de incautación, el periodo de tiempo en el que se produjeron los acontecimientos delictuales, los participantes, la modalidad de envío marítimo, vía container, así como el puerto de destinación.

91. No obstante, en sede extraordinaria, de este hallazgo no se pueden extraer las consecuencias reivindicadas en la demanda de casación y menos afirmar la afectación al non bis in ídem. Lo anterior se afirma, en razón de la imposibilidad de verificar la validez de la sentencia extranjera y su ejecutoria.

[...]

95. Por los anteriores motivos, la condena, en Colombia, por esas tres últimas incautaciones mencionadas debe permanecer incólume, sin que pueda predicarse la afectación al postulado del non bis in ídem, planteada en la demanda, toda vez que la justicia norteamericana no se pronunció sobre tales circunstancias.

96. Si esa fuera la conclusión definitiva, en la parte resolutive de esta decisión, correspondería redosificar la sanción impuesta.

97. Sin embargo, una determinación en tal sentido no será adoptada por esta Corporación, en razón de la consideración adicional que se procede a detallar.

[...]

100. El éxito de tal aserto se encuentra supeditado a la acreditación probatoria tanto la existencia del fallo emitido en el extranjero, como su ejecutoria y fuerza vinculante. Ello, con el lleno de los requisitos de autenticidad y validez previstos legalmente en nuestro ordenamiento para los documentos públicos otorgados en un país extranjero, en los términos del artículo 251 del Código General del Proceso, aplicable por virtud de la remisión a la que alude el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

[...]

102. En ese sentido, la sentencia que, según el demandante, fue aparentemente proferida por la Corte del Distrito Sur de New York, para ser apreciada como prueba debía, como mínimo:

i) Obrar en el proceso;

ii) Haber sido allegada con su correspondiente traducción, efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez;

iii) Contar con apostilla de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia;

iv) Estar debidamente autenticada por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y, en su defecto, por el de una nación amiga.

[...]

104. La documentación aportada por la defensa no cumple con ninguna de las exigencias previstas en la ley para ser estimada como medio suasorio; no se tiene certeza de su creador ni de su contenido, como tampoco de que haya adquirido firmeza.

105. Ahora bien, en respuesta a cartas rogatorias 002, 003 y 004, de 10 de junio de 2006, el 26 de septiembre de 2016, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos remitió al Juzgado Sexto Penal Especializado de Bogotá “información por parte de las autoridades de los Estados Unidos con relación a los fallos judiciales en contra del ciudadano colombiano MDJPO”.

106. En efecto, fue enviada la copia simple de la “amended judgment in a criminal case” y su traducción efectuada por traductor oficial [...]

107. Verificado ese documento, se observa que el mismo no cuenta con apostilla, ni se encuentra debidamente autenticado.

108. Por lo anterior, debe concluirse que los elementos cognoscitivos obrantes en la actuación no pueden ser apreciados como pruebas que acrediten la existencia, contenido, alcance y firmeza de un fallo emitido por la justicia norteamericana, por los mismos hechos sancionados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

109. Los requisitos previstos para la incorporación y valoración judicial de documentos en idioma extranjero y otorgados por autoridades foráneas son exigencias de orden público, instituidas por el Legislador. Se trata de normas imperativas, obligatorias, no son susceptibles de ser obviadas, pues conciernen al interés público y social del Estado.

110. No existe norma en nuestro ordenamiento que faculte a los jueces a aplicar, de manera discrecional, tales exigencias para la valoración probatoria de dichos medios suasorios.

111. En consecuencia, acreditada la ausencia de apostilla o autenticación de la sentencia, por funcionario competente, no puede la Corte justipreciar esa decisión, para efectos de corroborar la identidad en la causa y proceder a una redosificación de la pena impuesta.

[...]

116. Por lo tanto, en consideración a que la alegación del demandante carece de respaldo probatorio regular y válido, por ausencia de autenticación de la sentencia judicial, refulege evidente que no se cumplieron todos los ritos formales de legalización prescritos por las normas de orden público nacionales. Por tal razón, la Corte no puede tenerlos como aptos para servir de prueba en este asunto, inobservándose así la exigencia estudiada acerca de la imposibilidad de determinar la identidad en la causa y ausencia de prueba de la existencia de una decisión en firme o providencia con la misma fuerza vinculante.

117. Sólo el conocimiento cierto sobre el contenido de los términos de aceptación de responsabilidad, acuerdo de culpabilidad o plea agreement y de la firmeza de la sentencia emitida por la Corte del Distrito Sur de Nueva York permitiría analizar la identidad de los cargos de conspiración para importar cocaína, importación de cocaína, conspiración para distribuir y poseer con intención de distribuir y distribución y posesión con intención de distribuir cocaína, con

los que fueron objeto de sanción por las autoridades patrias».

**SENTENCIA** - Motivación: clara y expresa con base en las pruebas y normas aplicables al caso / **DECISIONES JUDICIALES** - Motivación: debida argumentación, garantiza los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, impugnación y doble instancia que hacen parte del debido proceso / **SENTENCIA** - Defectos de motivación: modalidades / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Defectos de motivación: no se configura / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Falta de motivación: motivación incompleta, ambivalente, sofisticada o aparente / **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Requisitos: motivación

«119. Una de las máximas expresiones del derecho fundamental a un debido proceso es, definitivamente, la motivación de las providencias judiciales, toda vez que, desde un doble cariz, entraña la certeza y seguridad sobre las razones de la determinación, de cara al ejercicio del derecho de impugnación, y a su vez se erige como garantía en contra de la arbitrariedad y el capricho judicial.

120. Tal prerrogativa no puede ser entendida bajo el ropaje de una forma ritual, como tampoco de la concisa o predeterminada resolución formal del fallador.

121. Desde la referida óptica iusfundamental deviene imperativo que, en el texto de la decisión, se indiquen con claridad, suficiencia y concreción los argumentos de orden fáctico, probatorio y jurídico que explican y justifican el sentido de la solución del asunto sometido a consideración del funcionario judicial.

[...]

125. La obligación de motivar las providencias judiciales aplica tanto para los fallos de instancia, como para el llamamiento a juicio. [...]

136. Lo anterior descarta la existencia de falencias en la motivación del llamado a juicio, pues de manera razonada y circunstanciada la Fiscalía sí fundamentó fáctica y probatoriamente por qué le atribuyó a los procesados la comisión de los punibles de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico de estupefacientes agravado, demostrados con suficiencia en los siete envíos frustrados.

137. Sin mayores desarrollos, el demandante hizo extensiva la misma postulación a las sentencias de instancia, pues considera que éstas se encuentran también huérfanas de referencias a la participación de PO en los hechos de Caldas (Antioquia), España o Bélgica.

[...] las sentencias de instancia sí especificaron las razones fácticas y probatorias que permitían conectar las tres incautaciones de Caldas (Antioquia), España y Bélgica, con la organización criminal y PO».

**FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - Por tergiversación: se configura, pero no es trascendente para casar el fallo / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria

«154. Contratado lo objetivamente informado por los testigos con el contenido atribuido por la segunda instancia a esas declaraciones, se constata que, efectivamente, el ad quem le agregó aspectos de los que carecían y le hizo decir a la prueba algo que, en realidad, es producto de una adición que consistió en concluir erróneamente que los mencionados testigos habían afirmado que MP. “desarrollaba tareas específicas ...

respecto al tráfico de drogas a las diferentes ciudades del continente europeo”, aseveración que no fue realizada por ninguno de los tres declarantes.

[...]

169. Sin embargo, los tres testigos (M, C y H) sí coincidieron en manifestar que el procesado era subordinado de PO y cumplía múltiples funciones que permitían el normal funcionamiento de las empresas que encubrían la operación de tráfico de estupefacientes, labor de real significancia en el interés y pretensión de que pasara desapercibido el envío de cocaína a Estados Unidos, Europa y África.

[...]

A las mismas conclusiones de la segunda instancia se arriba, como lo hizo el a quo, por otros medios de prueba (interceptaciones, fijación fotográfica, seguimientos, incautaciones de cocaína, declaración de AM) que, valorados conjuntamente, con lo informado en las tres precitadas declaraciones, permiten afirmar la participación y contribución sustancial del MV a la organización delictiva».

---

**PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR** - Normativa / **PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR** - Reglas jurisprudenciales para su aplicación / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el juez debe verificar si el procesado se encuentra en una situación de inimputabilidad que impida avanzar con el trámite procesal / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: allanamiento o aceptación de cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías

La Corte Suprema de justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito para Adolescentes de la misma ciudad, que condenó a

J.J.C.C. como autor del punible de hurto calificado agravado.

En esta oportunidad, la Sala casó la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de decretar la nulidad de la actuación, desde la audiencia de verificación de allanamiento a cargos e imposición de sanción, con el fin de que esta se rehaga y se determine allí si J.J.C.C. al momento de la comisión de la conducta punible, pudo comprender y tener conciencia de su conducta.

Lo anterior por cuanto el juez de primera instancia no verificó correctamente la legalidad del allanamiento a cargos y, además, tampoco realizó una interpretación constitucional ni convencional adecuada frente al artículo 142 Inc. 2° de la Ley de Infancia y Adolescencia, porque cuando observó las incapacidades psicológicas y psiquiátricas del menor infractor, debió ordenar un dictamen médico legal que le permitiera aclarar si el menor se encontraba en una situación de inimputabilidad que impedía avanzar con el trámite procesal.



**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS**

En la noche del 10 de febrero de 2021, en la ciudad de Bogotá, C.F.S.C. fue abordado por J.J.C.C. -que para entonces tenía 17 años- y un tercero no identificado, quienes, tras intimidarlo con un machete, lo despojaron de una bicicleta valorada en \$1.500.000. El adolescente fue capturado momentos después por agentes de la Policía Nacional que se encontraban en el sector y fueron alertados de lo sucedido.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: parámetros que debe analizar el juez / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el Juez de Control de Garantías para Adolescentes podrá hacer una remisión del caso a las diferentes entidades administrativas que conforman el Sistema de Infancia y Adolescencia para inspección, vigilancia y control a fin de garantizar el restablecimiento de derechos

«Los menores de edad, en virtud de su nivel de desarrollo físico y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos así como jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Jurisprudencialmente se han establecido parámetros de aplicación de este principio en los asuntos donde se encuentran en amenaza los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En lo atinente, se ha señalado que deben revisarse i) las condiciones jurídicas y ii) las condiciones fácticas:

«Las primeras, constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio

pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales. Las segundas, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos».

**PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD** - Concepto / **PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE NIÑOS Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD** - Normativa / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Principio de protección y desarrollo de niños y niñas con discapacidad

«Ante una situación de vulnerabilidad o amenaza de derechos, el Estado cuenta con mecanismos legales que le permiten intervenir con miras a garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y adolescentes. Para ello, la normatividad enunciada establece “medidas de restablecimiento de derechos”, las cuales tienen por objeto “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados” (Art. 50), así como para darle cumplimiento a ello, se contemplan varias medidas que puede el funcionario examinar (Art. 53) a fin de brindarle una protección adecuada al menor.

Jurisprudencialmente, sobre este principio se ha reconocido que las personas en situación de discapacidad son un grupo que históricamente ha sido excluido o segregado en razón a sus características físicas, lo que impone implementar “medidas encaminadas a la eliminación de los obstáculos que impiden la adecuada integración social de los discapacitados en condiciones de igualdad material y real”.

**SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: parámetros que debe analizar el juez / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA**

**ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el Juez de Control de Garantías para Adolescentes podrá hacer una remisión del caso a las diferentes entidades administrativas que conforman el Sistema de Infancia y Adolescencia para inspección, vigilancia y control a fin de garantizar el restablecimiento de derechos

«Una lectura de los antecedentes normativos del artículo 142.2 avala la anterior lectura, dado que lo pretendido por el legislador fue brindar una hipótesis normativa de exclusión de casos del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, pero confundió dentro de su redacción las medidas de seguridad del Código Penal con las medidas de protección, cuestión que estaba antes unificada en el derogado Código del Menor, quedando un rezago de esa legislación, contradiciendo las finalidades y principios de la Ley 1098, las cuales están basadas en los anteriores instrumentos internacionales ya mencionados.

Ello se refuerza con la interpretación jurisprudencial -Constitucional y de la Sala Penal- sobre los principios antes mencionados, y con el desarrollo normativo comparado, demostrando cual debe ser la interpretación de la norma referida, acorde con el bloque de constitucionalidad.

Para esos eventos - como en el sub judice- el Juez de Control de Garantías para Adolescentes, podrá hacer una remisión del caso, a las diferentes entidades administrativas que conforman el Sistema de Infancia y Adolescencia para inspección, vigilancia y control a fin de garantizar el restablecimiento de derechos, tal como se enuncia en los artículos 208 a 214 de la Ley 1098 de 2006.

Estas instituciones administrativas desarrollarán actividades para el cuidado y restablecimiento de derechos del menor, pero así mismo el Juez Control de Garantías para Adolescentes -siempre que sea requerido por la gravedad del del asunto-, podrá supervisar dichas medidas amparado en el artículo 44 de la Carta y los diferentes instrumentos internacionales de protección de los mencionados derechos a fin de que se cumpla el principio de protección integral del menor, en su función de Juez constitucional como se expuso previamente (Supra Párr.32-34)».

## **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES**

- Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: el juez debe verificar si el procesado se encuentra en una situación de inimputabilidad que impida avanzar con el trámite procesal / **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Menor con incapacidad psicológica o psiquiátrica: allanamiento o aceptación de cargos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: acto libre, espontáneo, voluntario e informado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación o allanamiento a cargos: control por el juez, protección de garantías

«[...] durante la audiencia de verificación de allanamiento a cargos e imposición de sanción, se evidenció sobre la situación mental de J.J.C.C., no sólo en la comisión de la conducta, sino posterior a ella, por cuanto dichos reportes develan los diferentes problemas psicológicos y psiquiátricos que presenta el menor procesado y que estos fueron conocidos por el Juez de instancia al momento de verificar la aceptación de cargos, no obstante se ignoraron procediéndose a dictar la sentencia condenatoria correspondiente.

Pese a que se debatió en las instancias sobre si el infractor al momento de cometer la conducta punible padecía de esos problemas mentales, no hay certeza para esta Corporación acerca de su concreta afectación.

Por ello, resulta fundamental por parte del Juez verificar la legalidad del allanamiento a cargos, determinando que haya sido libre, consciente, voluntario e informado, tal como lo describe específicamente el artículo 131 de la Ley 906 de 2004.

El incumplimiento de ese deber configura “un vicio sustancial en la actuación procesal, tanto de estructura, porque se (dictaría) sentencia sin que se hubiera realizado el acto procesal que le daba fundamento a esta sin la previa celebración de un juicio, esto es, la verificación del allanamiento a cargos, como de garantía, porque esa vigilancia del respeto de los derechos del procesado no se (llevaría) a cabo”.

No hay que olvidar que, como lo ha destacado la Sala Penal en CSJ-SP, 16 mar. 2022, Rad. 60.633, en trámites del procedimiento abreviado, el acta de aceptación de cargos que firman el fiscal, defensor y procesado, requiere para

constituir una verdadera aceptación de cargos que el Juez de conocimiento verifique su validez -Artículo 539 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017-; y ante dicho funcionario el procesado reconocerá que la manifestación de aceptación de responsabilidad fue libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, lo que no ocurrió en este caso.

De esta forma, la Corte ha destacado que el Juez, al estudiar la pretensión de condena presentada por la Fiscalía, debe verificar que: i) la aceptación de cargos haya sido libre y suficientemente informada; ii) las evidencias físicas, los documentos y la demás información aportada le brinden un respaldo suficiente a la premisa fáctica, según el estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; iii) la calificación jurídica corresponda a los hechos relacionados por el acusador; y iv) en general, que se respeten los derechos del procesado y las víctimas.

[...]

Como quedo anteriormente en evidencia, el Juez del caso se limitó a preguntar si al hacerse el traslado del escrito “hubo aceptación o no de cargos”. Cuando se le informó que el adolescente aceptó su responsabilidad, apenas preguntó a la Fiscalía si “el relato de los hechos fue claro en el escrito” y si el mismo “está firmado... por el adolescente y la defensa técnica”. Respondido lo anterior, dejó “constancia del trámite del escrito de acusación y de la aceptación por parte del adolescente” y dio paso a la solicitud de internamiento preventivo. No interrogó a J.J.C.C.

sobre su manifestación ni verificó que la misma hubiese sido consciente, voluntaria e informada.

Aquí el vicio de la voluntad que habría determinado el allanamiento del menor imputado estaría referido a que -según lo manifestó éste en la audiencia de verificación-, no entendió los cargos que se le formularon y tampoco recibió asesoría suficiente de su defensora para tomar esa decisión.

Visto lo anterior, es claro que el Juez cuando dio aval a dicha aceptación de cargos, no tomó en cuenta dichos postulados y avanzó impartiendo legalidad a la sentencia, pero ello no resulta el único aspecto para decretar la nulidad solicitada.

Adicionalmente, y según se estudió en las consideraciones iniciales, tampoco el Juez realizó una interpretación constitucional ni convencional adecuada frente al artículo 142 Inc. 2° de la Ley de Infancia y Adolescencia, en los términos anteriormente explicados.

Ello, porque en la oportunidad procesal en que observó las incapacidades psicológicas y psiquiátricas del menor infractor, el Juez debió no avalar el allanamiento a cargos fundado en las conclusiones vistas anteriormente (Supra Párr. 63), pero además, -como lo menciona el primer cargo de la demanda de casación- le correspondía ordenar un dictamen médico legal que le permitiera aclarar dicha situación, ya que con lo visto anteriormente, era indicativo que se encontraba en una situación de inimputabilidad que impedía avanzar con el trámite procesal».

---

***Diana Marcela Romero Baquero***  
***Relatora***

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá