

2020

REPÚBLICA
DE
COLOMBIA
RAMA
JUDICIAL



TRIBUNAL
SUPERIOR DE
BOGOTÁ
SALA PENAL
RELATORÍA
BOLETÍN NO. 2
JULIO DE 2020

MAGISTRADOS

MARIO CORTÉS MAHECHA
JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN



El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-penal/103>

PREACUERDOS / Celebración después del allanamiento a cargos – PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y PRECLUSIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES/ Preacuerdo suscrito con posterioridad entre el delegado de la Fiscalía y el Procesado.

[Rad. 110016000000201802062](#)

(27-05-2020)

Magistrado Ponente:

MARIO CORTÉS MAHECHA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión del 21 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad negó dar trámite al preacuerdo suscrito por

el delegado del ente acusador y la procesada Yésica Carolina Gómez Builes.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En audiencia preliminar celebrada el 24 de agosto de 2018 la Fiscalía formuló imputación a Yésica Carolina Gómez Builes por el delito de concierto para delinquir agravado, cargos a los cuales ésta se allanó sin reserva alguna.

El fundamento fáctico de los cargos consistió en que la antes mencionada se concertó de febrero de 2017 a marzo de 2018 con varias personas, entre quienes se encontraba Marlon Marín, para influenciar a servidores públicos pertenecientes al Ministerio de Agricultura, la Agencia de Desarrollo Urbano y el Instituto Nacional de Vías, entre otras entidades, y así obtener la adjudicación de contratos y la viabilización de proyectos productivos, en el marco del acuerdo de paz suscrito por el Gobierno Nacional con las FARC-EP, con lo cual derivó provecho económico ilícito.

2. El trámite de la subsiguiente actuación correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito

Especializado, cuyo titular fijó el 17 de febrero de 2019 para llevar a cabo la respectiva audiencia de verificación de legalidad.

Ese día, sin embargo, el delegado de la Fiscalía solicitó variar el objeto de la diligencia para presentar el preacuerdo que, según expresó, suscribió con la procesada y su defensor después de allanarse ésta a los cargos.

En dicha negociación, explicó, acordó la eliminación, como único beneficio, de la agravante imputada y, a cambio, Gómez Builes entregó documentación e información relacionada con la comisión del delito de concierto para delinquir y con la participación de otras personas en esa ilicitud, además de comprometerse a fungir como testigo de la Fiscalía General de la Nación en los casos adelantados por razón de esos hechos, sin que, en todo caso, la colaboración por ella prestada revista la suficiente envergadura para beneficiarla con el principio de oportunidad.

3. En sesión del 21 de marzo siguiente el a quo negó la petición, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación el delegado de la Fiscalía.

PROBLEMA JURÍDICO

Puede resultar admisible que la Fiscalía y el sujeto pasivo de la acción penal, luego de allanarse este último a los cargos, celebren un preacuerdo en términos diversos a la aceptación?

(...)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El problema jurídico a resolver en este caso consiste en determinar si resulta admisible que la Fiscalía y el sujeto pasivo de la acción penal, luego de allanarse este último a los cargos, celebren un preacuerdo en términos diversos a la aceptación.

En criterio de la Sala, la respuesta a dicha temática no estriba en reconocer si la figura del allanamiento a cargos es o no una modalidad de preacuerdo. Ciertamente, con la sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017¹ la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, retomando pretérita postura, señaló que se trata de mecanismos de terminación anticipada del proceso basadas en el consenso.

En realidad, la problemática se resuelve, como acertadamente lo entendió el a quo, aplicando el principio de irrevocabilidad contemplado en el inciso 1º del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011. De conformidad con esa disposición, tanto cuando el imputado acepta los cargos por iniciativa propia como cuando lo hace por vía de acuerdo con la Fiscalía, no es posible desdecirse de lo admitido luego de que el juez determina que el procesado procedió en forma voluntaria, libre y espontánea. Y esa prohibición opera no sólo para éste sino para la propia Fiscalía, pues la norma claramente consagra la imposibilidad de la retractación para todos “los intervinientes” en el acuerdo.

Más aún, conforme al inciso 4º del artículo 351 de la referida codificación procedimental, la obligación de acoger lo pactado cobija también al juez de conocimiento.

Al tenor de lo establecido en los citados preceptos, la única forma de desconocer la aceptación de cargos o el preacuerdo es demostrando que en la manifestación del imputado medió algún vicio del consentimiento o que en su realización se vulneraron las garantías fundamentales. Así lo ha expresado, por lo demás, de tiempo atrás la alta

Corporación antes mencionada, criterio reiterado, incluso, en una de las sentencias citadas por el aquí recurrente:

“No es posible sustraerse de la aceptación de responsabilidad a menos que, como la propia norma lo prevé, concurra un vicio en el consentimiento del procesado o se transgredan sus garantías², según se extrae del párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, insertado por la Ley 1453 de 2011, el cual debe interpretarse en armonía con el artículo 351 del mismo estatuto procedimental, que al regular lo concerniente a las modalidades de aceptación de cargos en su inciso cuarto, precisa que éstas imponen su aprobación por parte del juez de conocimiento, salvo que se desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

Dicho párrafo ya fue objeto de estudio por parte de esta Corporación³, concluyendo que es posible deshacer la aceptación de responsabilidad en cualquier momento y solo en las dos hipótesis indicadas por la norma, esto es, consentimiento viciado o desconocimiento de garantías, con la carga para quien lo aduce de demostrar que efectivamente se configuró alguna de estas dos situaciones invalidantes, de modo que cada una de las cuales haya determinado por sí sola, la

aceptación de los cargos y la consecuente renuncia al derecho a la no autoincriminación”4.

(...)

Tampoco la directiva 01 de 2006 expedida por la Fiscalía General de la Nación sirve de sustento para apoyar la tesis del recurrente. En primer lugar, porque ese tipo de actos administrativos no obligan a los jueces de la República. Y, en segundo término, porque si, como lo sostiene el censor, dicha directiva autoriza a los fiscales realizar preacuerdos en donde se convengan los términos de la imputación, así como la pena a imponer y la eventual concesión de mecanismos sustitutivos, ninguna novedad aparece consignada allí, pues eso es, precisamente, lo que la ley le permite a los funcionarios instructores, según así lo establece sin ambages el inciso 2º del artículo 351 arriba citado, acorde con el cual “también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias”.

Admitir la posibilidad de que los fiscales, luego de legalizarse el mecanismo de terminación anticipada al cual se opta en su momento, celebre después con el procesado uno distinto, afecta los principios de seguridad jurídica y preclusión de los actos procesales. Sin duda, por cuanto, de no ser

así, por esa vía resultarían realizándose sucesivamente, en una cadena interminable, múltiples negociaciones con miras a que el funcionario judicial las acepte y, consecuentemente, vaya rechazando la inmediatamente anterior, simplemente porque las pretéritas ya no fueron del agrado de las partes.

Como se expresó, una vez el juez verifica la legalidad del acuerdo, ya no es factible la retractación del mismo, salvo las excepciones referidas en precedencia. Y como esa verificación se presentó aquí, la Sala le impartirá confirmación a la sentencia de primera instancia.

CALIFICACIÓN JURÍDICA / control material sobre los preacuerdos o negociaciones

[Rad. 110016000019201806744](#)

(02-06-2020)

Magistrado Ponente:

MARIO CORTÉS MAHECHA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa contra la decisión del 27 de junio de 2019, mediante la cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad improbo el preacuerdo suscrito por la delegada del ente acusador y el procesado Diego Alfredo Linares Castrillón.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En audiencia preliminar celebrada el 13 de noviembre de 2018 la Fiscalía formuló imputación a Diego Alfredo Linares Castrillón por el delito de acceso carnal violento agravado por los numerales 2º y 5º del artículo 211 del Código Penal.

El fundamento fáctico de los cargos consistió en que el antes aludido, el 14 de septiembre de 2018, ingresó arbitrariamente al apartamento habitado por Érika Julieth Ariza Giraldo, esposa de su hermano, situado en la calle 38 sur # 78-I-41, barrio Kennedy de esta ciudad, y allí mediante violencia, tras despojarla de sus prendas de vestir, le tocó los senos y le introdujo los dedos en la vagina.

2. El 5 de febrero de 2019 el ente investigador presentó el respectivo escrito de acusación, cuya audiencia de formulación la realizó el Juez Séptimo Penal del Circuito el 4 de marzo siguiente.

3. La audiencia preparatoria la llevó a cabo el 20 de mayo del mismo año, al término de la cual convocó para el día 27 de junio postrero el juicio oral, en cuya data la Fiscalía solicitó variar el objeto de la audiencia para presentar, en su lugar,

el preacuerdo al cual arribó con el procesado, consistente en que éste aceptaba la responsabilidad a cambio de degradar la conducta punible atribuida para pasar de acceso carnal violento agravado a acoso sexual agravado.

4. Expuestos los términos del convenio, el representante de la víctima manifestó no oponerse al mismo.

5. En el curso de esa misma audiencia el funcionario judicial improbió el preacuerdo, decisión contra la cual se alzaron en apelación la propia Fiscalía y el defensor del acusado.

PROBLEMA JURÍDICO

Puede el Juez, realizar un control material sobre los preacuerdos y negociaciones, y modificar la adecuación jurídica de la conducta hecha por la FGN?

(...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La calificación jurídica de la conducta objeto de investigación es función del resorte exclusivo de la Fiscalía, a cuyo ente le corresponde de manera autónoma diseñar los términos de la imputación y de la acusación, acorde con los supuestos fácticos que en su momento ha encontrado establecidos y con su criterio jurídico, sin que el juez y mucho menos las partes o intervinientes procesales puedan imponérselos, ni siquiera en los casos de preacuerdos o allanamientos.

Dicha regla, sin embargo, tiene como excepción los casos en los cuales el ente acusador quebranta las garantías constitucionales o legales.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene señalado que el juez no puede, por regla general, ejercer control material sobre los preacuerdos o negociaciones y, por ende, le está vedado “inmiscuirse en la calificación jurídica definida” por la Fiscalía, salvo cuando el nomen iuris propuesto “se aparta arbitrariamente de la cuestión fáctica acaecida, atenta groseramente contra el principio de legalidad o vulnera garantías fundamentales de las partes o intervinientes¹”.

La desarmonía entre el supuesto fáctico y el jurídico, por tanto, debe ser manifiesta, grosera o protuberante. Como lo señaló la Corte Suprema en otra decisión, "lo que no puede suceder es que... se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional (o el juez de primera instancia, agrega el Tribunal) razonan diferente o mejor"5.

Eso último es exactamente lo que ocurre en el presente caso. El a quo estima que la Fiscalía no puede variar la calificación jurídica considerada en la acusación (acceso carnal violento agravado) por el delito de acoso sexual agravado, por considerar que se trata de conductas ontológicamente diversas.

Sin embargo, la Sala no evidencia acertado ese planteamiento. Es cierto sí, contrario a lo afirmado por los recurrentes, que dichos ilícitos no se encuentran en el mismo capítulo, pues el acceso carnal violento hace parte del primero, intitulado "de la violación" y el acoso sexual pertenece al segundo, denominado "de los actos sexuales abusivos", pero ambos sí protegen el mismo bien

jurídico, esto es, la libertad, integridad y formación sexuales.

Desde luego, esa coincidencia no sería suficiente para aprobar el preacuerdo objeto de estudio. Sin embargo, no advierte el Tribunal que la calificación jurídica considerada en el referido convenio se aparte de forma grosera, absurda o arbitraria respecto de los hechos contemplados en la acusación. Ambos tienen como común denominador la realización de comportamientos dirigidos a obtener, sin el consentimiento de la víctima, la satisfacción sexual del sujeto activo, en el primer caso el acceso carnal y en el segundo ese mismo propósito u otro también de carácter libidinoso.

(...)

Sea como fuere, la benignidad de la sanción fijada en el precepto penal que tipifica el punible, finalmente, por el procesado no constituye criterio de rechazo del convenio. Precisamente, ese es el fundamento de los preacuerdos, conforme claramente está consagrado en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, arriba citado, cuyos propósitos, como lo dispone el artículo 348 ibídem, son "humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la

solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso".

La única limitación impuesta para quienes intervienen en la celebración del pacto es, según también quedó visto atrás, la exigencia de no desbordar en forma manifiesta el supuesto fáctico contemplado en su momento por la Fiscalía.

No desconoce la Sala que para la consumación del delito de acoso sexual no se requiere obtener el acceso carnal. No obstante, tampoco puede pasarse por alto que los preacuerdos se llevan a cabo porque en desarrollo de su función investigativa el ente acusador puede llegar a concluir que alguna parte de su teoría del caso tendría dificultades de comprobación en el respectivo juicio oral. Eso, justamente, habría podido ocurrir en este caso: simplemente, después de formular la acusación la Fiscalía quizás avizoró complicaciones en la demostración de la penetración sexual y por ello optó por realizar la negociación que le presentó al juez.

Similar situación podría darse cuando la variación se hace por el ilícito de acto sexual violento, si en

un evento determinado la Fiscalía vislumbra también la dificultad de establecer la cópula carnal.

Desde luego, los motivos concretos que hayan llevado, en el presente caso, al delegado del órgano investigador a suscribir el pacto no son los que determinan si el mismo se ajusta o no a la legalidad, sino si no se quebrantaron en él las garantías fundamentales, y esto último no lo evidencia la Sala aquí, máxime cuando la representación de la víctima manifestó su conformidad con el preacuerdo.

PRUEBA ILÍCITA / Derecho a no autoincriminarse.

Rad. 110016000028201900646

(27-05-2020)

Magistrado Ponente:

MARIO CORTÉS MAHECHA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VISTOS

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En audiencia preliminar celebrada el 19 de marzo de 2019 la Fiscalía formuló imputación a John Jairo Muñoz Ciprián por el delito de homicidio agravado, de conformidad con el numeral 1 del artículo 104 del Código Penal.

El fundamento fáctico de los cargos se hace consistir en que el antes aludido dio muerte a Luz

Marina Alvarado Pachón, compañera sentimental suya, como consecuencia de causarle herida con arma corto punzante en el tórax, en inmediaciones de la calle 26 con carrera 13, localidad de Santafé de esta ciudad.

2. El 8 de mayo siguiente el ente investigador presentó el respectivo escrito de acusación y su trámite correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito, cuyo titular realizó el 14 de junio postrero la condigna audiencia de acusación.

3. El 18 de julio de dicha anualidad se dio inicio a la preparatoria, continuándose el 21 de agosto, en cuya sesión el juzgador se pronunció sobre las solicitudes probatorias, negando algunas de las pedidas por el delegado de la Fiscalía, decisión contra la cual se alzó en apelación esa misma parte procesal. Al reconocer la existencia de duda razonable originada en las pruebas practicadas en juicio oral, la sentencia tenía que ser como bien lo encontró el Juez de instancia, de carácter absolutorio.

PROBLEMA JURÍDICO

Puede tenerse en cuenta una prueba recaudada, antes de que el procesado haya

sido informado de su derecho a no autoincriminarse?

(...)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La defensa sostiene escuetamente que el recurrente no cumplió “la carga argumentativa”, pero no ofreció las razones de su afirmación, lo cual resultaría suficiente para desechar su tácita pretensión orientada a obtener la declaratoria de deserción de la apelación. De todas maneras, la Sala no evidencia esa falencia, pues el delegado de la Fiscalía sí expuso los motivos del porqué considera admisibles cada una de las pruebas respecto de cuya negativa manifestó inconformidad.

El Tribunal se referirá a los temas objeto de disenso en el orden propuesto por el impugnante.

1. El argumento del juez para no acceder a la práctica del testimonio del investigador Diego Ascencio conspira contra uno de los pilares sobre

los cuales se funda el esquema penal acusatorio regulado en la Ley 906 de 2006, esto es, el sistema de partes. En virtud de éste, a cada uno de los contendientes procesales le corresponde plantear su teoría del caso y buscar su demostración, sin que el juez pueda tomar partido por alguna de ellas, so pena de vulnerar el principio de imparcialidad.

En ese sentido, si como ocurrió en el presente caso, la defensa consideró que todos los elementos probatorios cuya práctica solicitó la Fiscalía los descubrió ese organismo de manera completa y adecuada, no tenía por qué el funcionario judicial optar por rechazar uno de ellos bajo el prurito de que tal procedimiento no ocurrió, pues proceder de esa naturaleza comporta una indebida intromisión en la forma como del referido letrado ha decidido manejar su labor. Y ello porque puede suceder que, así ese descubrimiento no se haya dado, la otra parte prefiera por estrategia afirmar lo contrario, al juzgar que la respectiva prueba va a beneficiar su teoría del caso, según el análisis que ha hecho del alcance demostrativo de la misma.

Desde luego, distinto es si, en el caso de las pruebas presentadas por la Fiscalía, la postura omisiva del defensor no obedece a su estrategia sino a falta de formación académica que lo lleve a

incurrir en graves desaciertos en su gestión. En todo caso, en ese evento la consecuencia no es rechazar el medio probatorio sino decretar la nulidad de la actuación y proceder al relevo del profesional del derecho. Esta última situación, sin embargo, no se ha planteado hasta ahora en este asunto y la Sala tampoco advierte su presencia, por lo menos, en este momento,

(...)

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que dicha garantía opera desde cuando se judicializa a la persona o se produce su captura. En efecto:

“Para la doctrina y jurisprudencia extranjeras, no existe duda alguna en cuanto a la ilicitud de las manifestaciones realizadas por un capturado, sindicado o procesado cuando a éste no se le ha suministrado información acerca del derecho a no incriminarse. Dicha garantía, sin embargo, opera desde el momento en que las autoridades de policía le restringen a la persona su derecho a la libertad, y no antes” 2.

En el presente caso, la actuación surtida informa que a John Jairo Muñoz Ciprián lo capturaron las autoridades de Policía en horas de la noche del día 6 de marzo de 2009, mientras que la valoración

médica se la efectuaron al día siguiente, como lo reconoce el propio recurrente, luego cualquier manifestación de aquél, con la potencialidad de acarrear consecuencias negativas en su contra, necesariamente requería la presencia de su defensor y con la advertencia previa del derecho que tenía de guardar silencio.

Por tanto, la práctica del testimonio de la profesional Caicedo Sánchez, con el aludido propósito, resulta inadmisibles. Y también lo es en relación con el otro cometido perseguido por el apelante con esa prueba, pues éste, como bien lo destacó el juzgador de primera instancia, no indicó la relación que tiene establecer por qué las lesiones que sufrió el procesado no le acarrearán secuelas, con el tema objeto de prueba en este juzgamiento.

(...)

La adición hecha, sin embargo, resulta inatendible, por cuanto el recurso no se instituyó para enmendar las omisiones en que se incurra al momento de formularse la respectiva petición en torno a la sustentación de la pertinencia de la prueba.

De todas maneras, no se comprende la postura del delegado de la Fiscalía. Pareciera que le hubiese imputado la agravante al acusado sin tener

elementos probatorios con qué demostrarla y, simplemente, pretende incorporar al juicio oral cualquier tipo de elemento de juicio a ver si, por obra del destino, logra acreditarla.

Como lo dijo en alguna oportunidad la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, es "de alguna manera desleal esta suerte de comportamiento procesal, dado que, si la fiscalía no contaba con suficientes elementos probatorios, avistados en la tarea investigativa que le correspondió adelantar previo o con posterioridad a la formulación de imputación, pues, simplemente, no debió acusar o hubo de solicitar preclusión"³. Mutatis mutandi, resulta pertinente señalar, en similar sentido, que no debió atribuir la agravante si no tenía a su disposición los medios de prueba suficientes para demostrarla.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / Es flexible cuando la variación de la conducta no agrava la situación del procesado

[Rad. 11001600002320180519401](#)

(03-02-2020)

Magistrado Ponente:

JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

Estudia la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que condenó a Deifer Puerta Urrego como autor del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años.

HECHOS

El 3 de junio de 2018, en la carrera 1ª Este No. 46ª-17 sur del Barrio San Martín de esta ciudad, en horas de la noche, Deifer Puerta Urrego, sujetó los brazos de K.L.O.C, para entonces de 13 años, "le tapó la boca" indicándole que debía guardar silencio, le "chupó" el cuello, tocó sus senos, la despojó de la ropa e introdujo su miembro viril en la vagina de aquella; hechos que se presentaron dado que la madre de la menor y su compañero sentimental le permitieron a Puerta Urrego pernoctar en la vivienda.

PROBLEMA JURÍDICO

Se desconoce el principio de congruencia cuando el Juez modifica la calificación jurídica de los hechos en la sentencia?

(...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente la Sala para abordar el estudio del recurso de apelación interpuesto por la defensa de

Deifer Puerta Urrego, al tenor de lo dispuesto en el artículo 34.1 del C de P.P., tal competencia se ejercerá con estricto respeto del principio de limitación, que la circunscribe a lo que fue objeto de apelación y lo inescindiblemente vinculado con ello.

El reproche del recurrente está encaminado a poner de presente la atipicidad de la conducta realizada por el acusado por cuanto, afirma, la misma no se adecua al tipo penal endilgado por la Fiscalía sin que sea posible modificar la calificación jurídica de los hechos en la sentencia pues ello desconocería el principio de congruencia.

En relación con el quebranto del principio de congruencia, jurisprudencialmente se ha establecido a nivel constitucional y legal la barrera a los jueces de desconocer los límites señalados por la Fiscalía en su acusación y dictar una sentencia por fuera de dicho marco, lo que conllevaría a quebrantar el principio de separación categórica de funciones, descrito en el esquema acusatorio, toda vez que este involucra al ente investigador y, además, al procesado y su defensor en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas.

No obstante dicha regla no es del todo inflexible, pues existen ciertas excepciones en que tal mutación o cambio puede operar sin vulnerar el principio de congruencia y los derechos a la defensa y el debido proceso, de tal modo, si bien la regla general es la armonía entre la acusación y la sentencia, hay escenarios en donde el funcionario judicial puede variar los cargos exactos acusados siempre y cuando la nueva respete el núcleo fáctico expuesto por la Fiscalía y no agrave la situación del acusado.

(...)

En el asunto ahora estudiado, diáfano es que, desde la formulación de imputación se calificó la conducta de Deifer Puerta Urrego como acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no obstante lo cual, la sentencia se profirió por el delito de acceso carnal violento agravado.

Sin embargo, dicha variación en la adecuación típica de la conducta no representa desconocimiento alguno del derecho al debido proceso del acusado en la medida que, si bien la calificación determinada por el a quo no es una

conducta de menor entidad, no representa una agravante para la situación de Deifer Puerta Urrego en la medida que, el delito previsto en el artículo 205 del Código Penal –acceso carnal violento- tiene establecida una pena igual a la determinada para aquél descrito en el artículo 208 ibídem –acceso carnal abusivo con menor de 14 años-, esto es de 12 a 20 años de prisión.

(...)

Cuestionó el defensor la materialidad de la conducta, en tanto afirmó que la misma no fue demostrada, sin embargo, consistente fue K.L.O.C en narrar lo sucedido el 5 de junio de 2018 en su vivienda, cuando, por autorización de su progenitora y “padrastró” y posterior a una reunión familiar, Deifer Puerta Urrego, pernoctó en su habitación y una vez ésta vuelve del baño, la tomó de los brazos, le “tapó” la boca, bajó el “short”, “chupó” el cuello, le tocó los senos y le introdujo el pene en su vagina, devenir en el que el acusado le decía a la víctima que “se callara y no dijera nada”, no obstante lo cual intentaba dar señales de alerta lo que no lograba pues tenía “la boca tapada”. Estos hechos fueron igualmente referidos por la niña a la investigadora Carolina Pineda Fernández con igual descripción factual .

En la misma medida, se tiene que la menor presentaba “pequeñas petequias (por aparente succión) región lateral derecha del cuello” y asimismo “horquilla vulvar, lesión de continuidad, a las 6 tipo desgarró... con dolor y estigma de sangrado” , hallazgos que igualmente fueron descritos por Wilfran Palacio Castillo, médico del Instituto Nacional de Medicina Legal y que realizó la valoración a KLOC .

Los anteriores aspectos dan credibilidad a los dichos de la menor en el sentido que fue sometida y accedida carnalmente por el acusado; mediante actos de violencia que le impidieron ejercer cualquier acto de defensa, oponerse al mismo o tan si quiera dar signos de alerta a los demás moradores de la vivienda; en la medida que los traumas que presentaba en su cuerpo son contestes con la descripción de los hechos, tales como la succión en el cuello y las lesiones en sus genitales.

De esta forma, está demostrado más allá de duda razonable que el 3 de junio de 2018, valiéndose de la fuerza, Deifer Puerta Urrego, accedió carnalmente a K.L.O.C, para entonces de 13 años de edad , circunstancias que corresponde al verdadero devenir fáctico y que, no se ajustan al delito de acceso carnal abusivo con menor de

catorce años por cuanto en la vulneración del bien jurídicamente tutelado se materializó a través de actos de violencia; aspecto conductual que se adecua al supuesto del hecho del artículo 205 de la Ley 599 de 2000.

Entonces, la adecuación típica determinada por el Juez de primera instancia, no desconoce garantías fundamentales de las partes -pues no agravó la situación del procesado ni fue sorprendido con nuevos hechos- ni de los intervinientes –en la medida que ésta contribuye a establecer la verdad además que garantiza a la víctima el acceso a la justicia y la reparación-, por lo que, posible es concluir que se encuentran acreditados los presupuestos para variar la calificación jurídica acusada.

Así, en atención a que el principio de congruencia es flexible y dado que, con la variación de la conducta no se agravó la situación de Deifer Puerta Urrego y se respetó el núcleo fáctico de la acusación así como los derechos de las partes e intervinientes, procedente era calificar la conducta ejecutada por aquél, en la sentencia, como un acceso carnal violento y en consecuencia, declararlo penalmente responsable de la misma sin que ello implique vulneración de su derecho al debido proceso.

En consecuencia, no acoge esta Corporación los argumentos expuestos por la defensa; razón por la cual se confirmará la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado 36 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que condenó a Deifer Puerta Urrego como autor del delito de acceso carnal violento.

TESTIMONIO DE MENORES DE EDAD / Se deben valorar bajo el tamiz de la sana crítica integrándolos con los demás elementos de convicción

[Rad. 11001600001320170072101](#)

(03-02-2020)

Magistrado Ponente:

JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

Estudia la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado 44 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, dentro del proceso adelantado contra Javier David Corredor Quintana por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales abusivos con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, contenidos en los artículos 208, 209 y 31 del C.P.

HECHOS

Javier David Corredor Quintana para los meses de septiembre y noviembre de 2016, perpetró en contra de D.N.R para entonces menor de 14 años, conductas de índole sexual en la corporalidad de la menor como tocamientos en sus senos, zona íntima y penetración vaginal con sus dedos, hechos estos que acontecían comúnmente en la vivienda de la víctima ubicada en la ciudad de Bogotá.

PROBLEMA JURÍDICO

La renuencia de un menor a declarar en juicio, implica que las revelaciones primigenias carecen de existencia jurídica o se tornan necesariamente como prueba de referencia?

(...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

En resumen a efectos de abordar la censura expuesta, como se dijo en líneas precedentes, el recurso está dirigido a que se revoque la sentencia condenatoria por inexistencia de medios de prueba, error de motivación y defecto fáctico en la valoración probatoria, sobre los cuales se pueda soportar la sanción impuesta contra Javier David Corredor Quintana.

Entonces, para resolver el motivo de inconformidad planteado por la defensa, es necesario recurrir a las pruebas practicadas en sede de juicio oral, entre las que se encuentra el testimonio de la víctima D.N.R, quién en la audiencia de juicio oral se mostró evasiva e incluso desafiante antes las preguntas del órgano instructor, mostrando su renuencia ante la invasión de su esfera privada.

Al respecto es preciso recordar que «En relación con la credibilidad de las manifestaciones de los menores la Corte ha insistido en que se deben valorar bajo el tamiz de la sana crítica integrándolas con los demás elementos de convicción a fin de no llegar a los extremos de afirmar que por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables y se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o al contrario, decir que nunca mienten y

que por eso se les debe creer, porque como a cualquier testigo sus dichos deben ser examinados de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004.»

No obstante, la renuencia de la menor de declarar en juicio en torno a las particularidades de las maniobras eróticas a las que se veía expuesta por parte de Javier David Corredor Quintana de ninguna manera implica, como lo plantea el recurrente, que las revelaciones primigenias carezcan de existencia jurídica o que se tornen necesariamente como prueba de referencia, por lo tanto, que no sean susceptibles de valoración probatoria. De igual modo, tampoco conduce, indefectiblemente, a que deba privilegiarse entonces y con exclusividad el relato brindado en la audiencia pública.

Por el contrario, en la materia, mediante criterio auxiliar de la labor judicial al tenor del artículo 230 de la Constitución Política, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene discernido que “cuando el testigo-víctima, que en las diligencias de instrucción hace imputaciones” se retracta en la audiencia del juicio oral, “corresponde al juzgador apreciar la espontaneidad de la retractación...sobre todo si

aparecen imputaciones certeras a través de reconocimientos, informes, entrevistas, etc” .

Esto último, con norte en las pautas concretas determinadas por la Corte; ámbito en el cual discernió, en primer término (i), que el factor temporal de la declaración no resulta determinante para estimar su veracidad. Así mismo (ii), que el funcionario judicial no está obligado a elegir una de las versiones, máxime si ambas se reputan carentes de credibilidad; como también (iii), que ante la concurrencia de versiones antagónicas el sentenciador tendrá una carga argumentativa adicional frente a la justificación de su decisión, la cual deberá regirse por las reglas de la sana crítica.

De igual modo (iv), que la parte que ofrece el testimonio tiene la obligación de suministrar las pruebas necesarias para brindar claridad sobre las contradicciones en la que incurrió el testigo, sin perjuicio, de que a lo largo de la vista pública pueda impugnar su credibilidad; y, por último (v), que la prueba de corroboración tiene desde luego un papel determinante.

(...)

Lo anterior, porque como lo tiene dilucidado también la Corte Suprema de Justicia, en "caso de que en el juicio oral un testigo", que bien pueden tratarse de la víctima del ilícito, agrega el Tribunal, "modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral".

En este orden de ideas, agrega la decisión en cita, agotado el anterior procedimiento, enfatiza la Sala en apego a la decisión invocada, "al juzgador le es dable valorar con criterios de sana crítica las informaciones contenidas en exposiciones o declaraciones efectuadas en la etapa de indagación o investigación, y confrontarlas con las manifestaciones que aduzca el testigo en el juicio oral". Ello, porque a pesar de haberse producido por fuera de la vista pública, quedan sometidas, precisamente y, por esta vía, se enfatiza, a la contradicción de las partes e integran el contenido de la prueba testimonial.

Desde luego, de acuerdo con esta comprensión, lo exigido para integrar el testimonio del juicio oral

con las manifestaciones previas en esencia y sustancia distintas, en fin, en relación con las cuales se produjo la retractación, de modo alguno puede ser, necesaria o fatalmente, mediante la formalidad de introducir la entrevista, la declaración o la exposición previa mediante su lectura en el juicio oral; menos aún, tratándose de las versiones procesales de los niños, niñas y adolescentes. En primer término, porque el acopio del testimonio de los menores tiene una dinámica propia, según las previsiones contenidas el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006.

(...)

Esclarecido lo anterior y, en la aplicación del criterio aludido en la apreciación anunciada atrás, el Tribunal señala que de ningún modo puede resultar determinante, en orden a discernir la versión de D.N.R que en estas diligencias concita credibilidad, obviamente, con desmedro de la restante y antagónica, que la incriminadora esté contenida en las manifestaciones previas al juicio oral, esto es, con mayor proximidad a la ocurrencia de los tocamientos y acciones rúbricas materia de la acusación. Esto, en contraste además, de la exculpatoria rendida en el juicio oral y público.

Sin embargo, en pretérita oportunidad y contrario a su obstinada posición en el juicio, la menor relató ante su padre - Néstor Fernando Negrete - que sostenía una relación con el acusado- Javier David Corredor Quintana, persona a quien vio en una única oportunidad en su residencia en el mes de septiembre de 2016, contando para ese entonces su hija con 12 años de edad.

Dio cuenta de que la hermana mayor de la víctima encontró en redes sociales una serie de conversaciones e imágenes "habían desnudos (...) aparecía mi hija y un usuario de nombre Paul Jordan" haciendo referencia a la persona denunciada de nombre Javier David Corredor Quintana, a quien describió físicamente, rasgos que concuerdan con las características físicas del acusado.

Así mismo, la menor relató ante la psicóloga Isabel Cristina Díaz Alonso adscrita al CTI de la fiscalía los agravios que eran perpetrados por parte de Javier David Corredor Quintana, con quien se conocieron por parte de una amiga de su colegio y prima del acusado de nombre L.G.C.C quién le insinuó que podía entablar diálogos con aquél, así fue que para el 9 de septiembre de 2016 se inició una relación

amorosa, pese a que éste conocía de la edad -12 años- para aquel entonces de D.N.R y él de 20 años el cual se encontraba adelantado estudios universitarios.

Pese a dicha limitante la relación continuó, con pocos encuentros debido a que los padres de la víctima le restringían las salidas, pese a que ello Javier David Corredor Quintana continuaba el romance; en el curso del mismo, el acusado la compelió que le enviara fotografías en las cuales se evidenciara su corporalidad desnuda, así como que éste también los hacía, imágenes que eran enviadas vía Whatsapp y Facebook, donde el sentenciado se identificaba como Javier David Corredor, dando cuenta de que fueron en múltiples oportunidades en las que ella accedía a los pedimentos de su novio aun incluso a altas horas de la madrugada a efectos de que los padres de ella no evidenciaran lo ocurrido.

(...)

Para el Tribunal resulta claro que la valoración conjunta de las pruebas arrimadas al juicio arrojan una decisión consecuente a la adoptada por el a quo, puesto que es claro que fue el procesado quien realizó los accesos y actos sexuales en contra de la menor D.N.R, siendo su

identificación producto de la investigación adelantada y no producto de un señalamiento mendaz por parte de algunos miembros de su entorno familiar, pues no quedó demostrada alguna venganza o comportamiento malintencionado que conllevara a la denuncia interpuesta.

Es necesario aclarar que no es que la sentencia se esté erigiendo sobre la base de prueba de referencia, por el contrario, es posible sostener inequívocamente que el señalamiento efectuado por la víctima, ante la psicóloga del CTI y ante la galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no adquirió la condición de prueba de referencia al ser sometida a confrontación en relación con las particulares circunstancias que rodearon el hecho.

No desconoce la Sala que el literal (e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 permite la prueba de referencia en los eventos en los que el declarante "Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales", sin embargo, ello no opera de facto pues su interpretación debe ser armónica con las demás disposiciones del Código Procedimental como lo es la posibilidad de proferir condena con sustento únicamente en prueba de referencia.

Y es que el inciso segundo del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal impone la expresa prohibición de proferir condena con base sólo en prueba de referencia, y es precisamente el supuesto de hecho que, diáfano, se configura en el caso estudiado pues existe el señalamiento directo de la menor víctima que tildó a Javier David Corredor Quintana como el único autor del delito que vulneró de manera sistemática su libertad, integridad y formación sexual, que torna admisible aun la versión que esta ofreció ante Medicina Legal y ante las diferentes autoridades en las que se le recepcionó su versión.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sostuvo:

«Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley

como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable.»

En consecuencia, no acoge esta Sala los argumentos expuestos por la defensa; razón por la cual se confirmará la providencia de 25 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 44 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, dentro del proceso seguido contra Javier David Corredor Quintana.

JULIAN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN
Presidente

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Vicepresidente

JAVIER RICARDO DIAZ GUAMÁN
Relator