



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La Secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado contra **Carlos Eduardo Rodríguez Luna**, por el punible de **Abuso de Confianza Agravado**, agravados se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **16 de noviembre de 2022**.

Para notificar al procesado y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 09 de diciembre de 2022, siendo las 8:00 a.m.

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La Secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado contra **Marcos Fernando Sánchez Rincón**, por el punible de **Acceso Carnal Violento y otros**, agravados se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **21 de noviembre de 2022**.

Para notificar al procesado y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 09 de diciembre de 2022, siendo las 8:00 a.m.

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 1020.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la víctima contra el fallo del 6 de abril de 2022, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, mediante el cual absolvió a **Carlos Eduardo Rodríguez Luna** del delito de **abuso de confianza agravado**; conforme lo descrito en el artículo 179 Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

La primera instancia los describió así:¹ *«Noticia el diligenciamiento que el día 9 de septiembre de 2009 el señor Henry Maldonado González realizó una promesa de compraventa de cosa futura sobre planos en la ciudad de Bucaramanga, de un apartamento ubicado en el conjunto residencial Lago Condominio Club en la Torre 2 apartamento 1201 ubicado en Floridablanca (Santander), el cual se suscribió con el representante legal de la sociedad Import Construcciones S.A.S CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ LUNA y se estableció como precio del apartamento en CIENTO SIETE MILLONES DE PESOS (\$107.000.000), dineros cancelados por Henry Maldonado y a quien finalmente no le fue entregado el apartamento prometido y tampoco le fue devuelto el dinero pagado por el mismo».*

¹ Folios 15 y 16 cuaderno digitalizado.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 12 de junio de 2018², la fiscalía corrió traslado del escrito de acusación a Carlos Eduardo Rodríguez Luna, oportunidad en la que le atribuyó en calidad de autor la responsabilidad en la conducta punible de abuso de confianza agravado (artículo 249 inc. 1, en concordancia con el artículo 267 C.P.), cargos que no fueron aceptados por el procesado.

Sometidas a reparto las diligencias, correspondieron al Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, ante quien se adelantó la audiencia concentrada el 25 de febrero de 2019³, resolviéndose negativamente la solicitud de nulidad impetrada por la defensa, decisión confirmada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad el 11 de junio siguiente⁴.

El juicio oral se desarrolló en las sesiones del 10 de septiembre⁵ de 2019, 3 de febrero de 2020⁶, 6 de mayo⁷, 2 de agosto⁸ y 30 de noviembre⁹ de 2021, fecha en la que se alegó de conclusión, emitiéndose el sentido del fallo en sesión del 28 de febrero de 2022¹⁰. El traslado de la providencia de primera instancia se surtió el 6 de abril de 2022, contra la cual interpuso recurso de apelación la apoderada de víctimas.

SENTENCIA RECURRIDA

En fallo del 6 de abril de 2022¹¹, el Juez Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, absolvió a Carlos Eduardo Rodríguez Luna del delito de abuso de confianza agravado, en el entendido

² Folio 181-203 cuaderno digitalizado.

³ Folio 163-168 cuaderno digitalizado.

⁴ Archivo No. 17 expediente digital.

⁵ Folio 136-137 cuaderno digitalizado.

⁶ Folio 108 cuaderno digitalizado.

⁷ Folio 60 cuaderno digitalizado.

⁸ Folio 51 cuaderno digitalizado.

⁹ Folio 46 cuaderno digitalizado.

¹⁰ Folio 43 cuaderno digitalizado.

¹¹ Folios 21-38 cuaderno digitalizado

que no se acreditó la materialidad del reato, no obstante, evidenciar que se produjo una entrega de dineros y la ejecución de una relación contractual con incumplimientos, por lo que al emerger duda la resolvió en favor del acusado en observancia de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Luego de reseñar las pruebas practicadas en el juicio oral, como fundamento de su decisión, señaló la instancia que en el presente asunto conforme a lo acreditado en juicio oral, no era posible deducir más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal del acusado en el delito de abuso de confianza, puesto que: i) el encartado como representante legal de Import Construcciones S.A.S., recibió la suma de 107 millones de pesos por parte de Henry Maldonado, en contraprestación a la celebración de un contrato de promesa de compraventa de un inmueble futuro, quien conocía que el bien era propiedad de Construcasa y que la transferencia de la titularidad de dominio estaba sujeta al cumplimiento de condiciones entre las partes, a sabiendas de tales riesgos decidió entablar el negocio jurídico, sin que el incumplimiento de lo pactado generara el deber de regresar los recursos entregados.

ii) Que dichos dineros no fueron entregados a título no traslativo de dominio y sujetos a una obligación de restituirlos, que tampoco se desprendía un deber jurídico de transferirlos a un tercero (por ejemplo, Construcasa), o devolverlos al comprador que los entregó al representante legal de Import Construcciones S.A.S., con la expectativa de la titularidad del inmueble proveniente del negocio celebrado entre las mencionadas empresas, en virtud del cual el procesado recibió el dinero del querellante bajo una concepción de propiedad que lo habilitaba para ello, a cambio de entregar el inmueble que prometió vender a Henry Maldonado.

iii) Resaltó que los contratantes asumen riesgos al momento de celebrar negocios jurídicos frente a posibles incumplimientos, sin que se estructure el punible de abuso de confianza de manera automática a partir de los mismos (los incumplimientos), dado que la entrega del dinero no se efectuó a título traslativo de dominio, elemento estructural del tipo penal endilgado que impide entender configurado el atentado económico, advirtiendo que el acusado como representante legal de Import Construcciones S.A.S., no actuó como intermediario ni promitente vendedor autorizado por Construcasa, que en ese orden no tenía el deber de allegar los dineros recibidos a la empresa en cuestión.

Reiteró que no se estructuran los elementos del tipo penal endilgado, que no se puede enrostrar responsabilidad penal al encartado con el haz probatorio practicado en juicio oral y, que por tanto, no se llegó al convencimiento requerido por el artículo 381 del CPP, para proferir condena, pues si bien existieron maniobras reprochables para eludir el cumplimiento del negocio jurídico, aquellas no son susceptibles de reproche en sede penal aunque hayan resultado perjudiciales para la víctima y su familia, máxime cuando también resulta posible a través de los medios alternativos de solución de conflictos.

Arguyó también que en todo caso no se trataba de un asunto penal sino de un incumplimiento de un contrato, el cual no debía resolverse por los cauces penales, sino por medio de la jurisdicción civil promover la reclamación del dinero entregado a Import Construcciones S.A.S., en el que incluso podría vincular a la controversia a Construcasa, descartando lo planteado por la defensa en torno a i) la exigencia de un grado de confianza para la configuración del reato, ii) la pretendida sustracción del acusado del negocio jurídico celebrado con el objetivo de relevarlo de las consecuencias que de él se derivan, iii) la calidad de querellante legítimo que ostenta quien

concorre como víctima, iv) la caducidad de la querella y, v) la prescripción de la acción penal.

EL RECURSO

Inconforme con la decisión adoptada por el a-quo, la apoderada de víctimas apeló con el propósito que se revoque en su integridad la sentencia absolutoria y en su lugar, se condene al procesado por el delito de abuso de confianza.

Del escrito presentado se extrae que la censura está dirigida a la valoración probatoria realizada en instancia, pues en criterio de la recurrente se acreditó la estructuración del tipo penal endilgado dado que el acusado actuó con dolo, al escudar su comportamiento en una promesa de compraventa apropiándose en su beneficio de la suma de dinero entregada y alegando que la firma de dicho contrato, no correspondía a un título traslativo de dominio y por ello su única obligación era la de hacer la entrega del inmueble prometido.

Además, manifestó que el enjuiciado ofreció el inmueble a un precio inferior al establecido en el mercado inmobiliario, porque sabía que la víctima aceptaría celebrar el negocio jurídico, pero su intención real era incumplir la entrega del inmueble y apropiarse en provecho suyo del dinero, sin devolverlo a la víctima, *modus operandi* encaminado revestir el comportamiento ilícito como un negocio jurídico y/o relación comercial, reiterando que el dolo en la conducta se deduce del incumplimiento de lo pactado y la omisión de devolver el dinero, lo que no fue valorado por la instancia de cara a la configuración del reato de abuso de confianza.

Censuró los dichos de la testigo de descargo María Isabel Arenas, advirtiendo que pretendía el favorecimiento del encartado, además de criticar que se remitiera el asunto a la jurisdicción civil, puesto que se trata de un

contrato utilizado como medio de encubrimiento del actuar ilícito, encaminado a la apropiación de los recursos entregados con el consecuente perjuicio de la víctima.

Anotó que son dos los elementos para que haya abuso de confianza, el primero que el sujeto activo sea el tenedor de la cosa mueble ajena, estableciéndose que el procesado recibió la suma de \$107.000.000., el segundo que, en vez de devolver dicha suma, como era su obligación, se la apropiara en provecho suyo, ello acreditado con el dicho de la víctima y los restantes testigos, que dan cuenta de la entrega del dinero al encartado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. - Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la apoderada de la víctima, contra la sentencia absolutoria del 6 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, dentro del proceso seguido contra **Carlos Eduardo Rodríguez Luna** por el delito de **abuso de confianza agravado**.

La censura de la representante de víctimas se contrae a aducir que se estructuró el reato atribuido por la fiscalía al encartado, pues se probaron los elementos estructurales de dicha conducta punible, la que aduce fue ejecutada con dolo por parte del acusado, que por tanto debe ser declarado responsable del delito en cuestión.

Para resolver los cuestionamientos planteados, la Sala abordará los siguientes temas: i) el delito de abuso de confianza, ii) valoración probatoria y iii) caso concreto.

2. Desarrollo de la providencia.

2.1. El delito de abuso de confianza.

El ilícito en comento está descrito por el legislador en el artículo 249 sustancial penal, de la siguiente manera: *«el que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado a un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión (...) Si no hubiere apropiación, sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá a la mitad.»*

En ese orden de ideas, en el abuso de confianza *la relación del sujeto activo con el bien que se le entrega a título no traslativo de dominio le confiere un poder precario que el ordenamiento jurídico reconoce* (CSJ AP 936 de 2015).

Puntualmente respecto del vocablo título, utilizado en la descripción típica la Corte ha aclarado que puede significar tanto el documento contentivo del derecho como la causa del derecho. Al respecto, la doctrina enseña: *«En nuestra legislación hay disposiciones que refieren la expresión 'título' al documento contentivo del derecho, como ocurre con el artículo 33 de la ley 57 de 1887, que al hablar de cesión de créditos preceptúa no tener efecto 'sino en virtud de la entrega del título'. Esta misma norma también se refiere al título en su concepción de causa remota del derecho al decir 'cesión de un crédito a cualquier título que se haga'.¹²*

En el artículo 249 del Código Penal se encuentra empleado en el segundo sentido, esto es, como causa remota del derecho, pues la disposición expresa que la cosa mueble ajena se le debe haber confiado o entregado al sujeto agente "por" un título no traslativo de dominio, no con un

¹² VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. BIENES. Decimotercera edición. Ed. Temis. Bogotá, 2014. Pág. 274 y 275, Citado en CSJ AP134 de 2018.

título de esa especie, y tal es la séptima acepción que aquel término tiene en el Diccionario de la Real Academia Española: preposición que "Denota causa".» (CSJ AP134 de 2018, rad. 48789)

2.2. Valoración probatoria.

Destacamos que la reconstrucción de la verdad, propiciada por el proceso, no es de carácter absoluto, sino relativo, en tanto, depende de la actividad probatoria de las partes, es decir, sobre la capacidad de informar lo que éstas dicen, para que el funcionario judicial pueda formarse con base en ello el conocimiento necesario para concluir qué fue lo que aconteció en un determinado espacio de la realidad.

En el escenario probatorio, el legislador, estimó que *los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos* (artículo 373 del CPP). Lo que se traduce, en que, para probar un determinado hecho, las partes pueden valerse de cualquier medio que sea pertinente, necesario, legal, descartándose así, el sistema tarifado.

Su finalidad es la construcción de una verdad procesal que permita asumir una postura definitiva para resolver la disyuntiva planteada por las partes, la cual resulta de un análisis individual de los medios de conocimiento y la valoración conjunta e íntegra de los mismos, al ser un deber del juez referirse a la totalidad de las pruebas legalmente decretadas y posteriormente ingresadas al proceso, bien sea para acogerlas como elemento estructural de su fallo o para indicar que las mismas finalmente no realizan ningún aporte para el esclarecimiento del hecho investigado, a través de una argumentación en la que se expliquen las razones por las cuales sus pretensiones fueron acogidas o desestimadas.

En ese sentido, el legislador estableció en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 que, *«los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto»*, determinando para tales efectos en cada capítulo unos criterios de valoración, cuya función es *«estructurar en el fallador una idea clara acerca de la verdad procesal a la cual se enfrenta, para de esa manera arribar a una conclusión que, o bien acoja la proposición del fiscal ora lo haga con la de la defensa.»*¹³

Así, por ejemplo, a efectos de extractar el mérito que le corresponde al testimonio, éste se examina de conformidad con los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, lo cual implica que *«el juez deberá atender los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos por los cuales se apreció lo narrado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad. Por manera que, al valorar la prueba testimonial, el juez puede «no solo acogerla o rechazarla integralmente, sino parcialmente, atendiendo a los criterios de apreciación racional, sin que ello implique, per se, el desconocimiento de las reglas de la sana crítica, ni por ende, un error de apreciación probatoria» (cfr. CSJ SP, 18 ene. 2001, rad. 13265).»*¹⁴

Por tanto, *aunque es ideal que los declarantes hayan percibido directamente el hecho desde una posición privilegiada como ocurre con el testigo ático, no por ello puede descartarse su aporte informativo en la reconstrucción del hecho, pues si las pruebas deben ser valoradas en conjunto, es ese conglomerado probatorio el que permite al juez acercarse lo más posible a la verdad procesal relativa en punto de la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, sin que sea acertado*

¹³ CSJ SCP, SP8087-2017, junio 7, rad: 47295.

¹⁴ CSJ SC, SP5391-2018, diciembre 5, rad: 51889.

descartar la valía de toda una declaración porque no se percibió un momento del desarrollo de la conducta, como parece asumirlo el ad quem en este caso. (CSJ SP6353-2015, Radicado 39233)

2.3. Caso concreto.

2.3.1. Pruebas practicadas en el juicio oral.

Los extremos procesales excluyeron del debate probatorio la plena identidad del acusado **Carlos Eduardo Rodríguez Luna**, lo que fue objeto de estipulación probatoria incorporada el 10 de septiembre de 2019.

En la misma sesión, se recepcionó el testimonio de la víctima Henry Maldonado González¹⁵, quien expresó que conoció al procesado por intermedio de Claudia Mantilla por el hecho de averiguar por un proyecto en construcción, celebrando el negocio de la compra de un apartamento en el año 2009 por valor de \$107.000.000, en tanto que el precio se ajustaba al presupuesto de su familia. Dio cuenta que el inmueble estaba ubicado en Lago Condominio, torre 2, apartamento 12-01, que la constructora era Construcasa, sin que realizara directamente el negocio con aquella. Se adoso a juicio copia del documento contentivo de este negocio jurídico.

Expuso que el 24 de septiembre de 2009 suscribió el convenio con el encartado con \$500.000., que firmaron el contrato de promesa y venta directamente en la empresa Import Construcciones S.A.S, comprometiéndose a entregar el 1º de octubre siguiente un CDT por valor de \$51.000.000., el que canceló conforme consta en el recibo expedido, posterior a lo cual efectuó 8 pagos adicionales que obran en las certificaciones emitidas, con los que completó la suma de \$106.400.000 y posteriormente transfirió el saldo de \$600.000, para que le cumpliera el negocio. Indicó

¹⁵ Audiencia juicio oral 10 septiembre de 2019, récord 34:22 a 2:03:39

también que los recibos los firmaba María Isabel Arenas, además con el sello de Import Construcciones S.A.S., incorporándose en la vista pública tales instrumentos de soporte, así como el recibo de la consignación y el escrito que dirigió para informar de la realización del mismo.

Igualmente declaró que posteriormente conversó con el arquitecto Jairo Sarmiento de Construcasa, siendo informado que el apartamento había sido vendido por tal empresa, por lo que tomó la decisión de denunciar al procesado por el incumplimiento. Explicó también que se citó al acusado para una conciliación, pero no asistió, dejando constancia de ello, dio cuenta del origen del dinero, el cual dice provino de los ahorros de un hijo que reside en Italia y la hipoteca de un inmueble de propiedad de su ex esposa. Evidencias que fueron aducidas como prueba documental -constancia de conciliación fallida, certificación de Construca S.A. e informe rendido por la víctima-.

Patricia Dominguez Gutiérrez¹⁶ declaró que el acusado vendió un apartamento para su hijo, que por intermedio de Henry Maldonado le cancelaron el valor completo de \$107.000.000., dineros provenientes de su descendiente que reside en Italia y de una hipoteca de su actual esposo por valor aproximado de \$40.000.000., sin embargo, no le entregó el bien ni le devolvió el dinero, resultando afectados económicamente por el incumplimiento del enjuiciado. En el contrainterrogatorio informó que no estuvo presente en la negociación de inmueble, como tampoco en la entrega de la mencionada suma al procesado.

Claudia Fabiola Mantilla Flórez¹⁷ indicó que conoce a la víctima y al procesado, ello porque trabajaba en la Constructora Urbanas y lo atendió para la venta de una vivienda para el hijo de aquel, que de acuerdo al presupuesto que le mencionó, lo contactó con **Carlos Rodríguez** que vendía unos apartamentos por el condominio Parque El Lago, que fueron a la oficina

¹⁶ Audiencia 3 de febrero/2020, récord 3:23 a 18:49.

¹⁷ Ibidem, récord 19:57 a 48:41

de éste, quien tenía aproximadamente 7 apartamentos, los que le había dado la constructora CONSTRUCASA, como contraprestación por los pisos, puertas y acabados instalados en la construcción, empero, acotó que desconoce quién representa la citada empresa.

Se refirió también a la elaboración de una promesa de compraventa con el encartado, que su valor fue de \$102.000.000., visitaron el inmueble y que la víctima entregó el dinero a **Carlos Rodríguez**, estando presente en la oficina también la secretaria María Isabel, sin embargo, dice que no recuerda haber estado ella presente en el negocio.

También expuso que luego el procesado no efectuó la entrega del apartamento, porque los bienes exhibidos no eran de él sino de la constructora y como él había incumplido con el contrato, no le entregaron los inmuebles que había prometido en venta **Rodríguez Luna**.

Jairo Acevedo Sarmiento¹⁸, gerente de Construca S.A., señaló que celebró con el enjuiciado un contrato civil de obra por suministro e instalación de acabados del proyecto que correspondían a ventanería, cerámica, porcelanato, equipos sanitarios, equipos gasodomésticos, cocinas, puertas principales y de alcoba, además de apuntar que no conoce a la víctima. Que **Carlos Rodríguez** incumplió lo convenido y utilizó materiales de deficiente calidad, por eso la constructora le retuvo pagos y no le efectuó la entrega de los apartamentos.

Agregó que solo certificó que el representante de IMPORT Construcciones S.A.S., había negociado el apartamento 1201 de la torre 2, ello por el suministro de materiales, además que por el incumplimiento del acusado, el bien antes mencionado fue sacado a la venta al público por su

¹⁸ Ibidem, récord 50:04 a 2:08:30

constructora y efectivamente enajenado. Además se adosó la respuesta que emitió el 4 de marzo de 2013.

La fiscalía incorporó de manera directa por su condición de documento público, el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula inmobiliaria 300-337366, ubicado en la carrera 29 No. 29-59 conjunto El Lago Condominio Club P.H. Torre 2, Apartamento 1201.

A instancias de la defensa concurrió María Isabel Arenas Vargas¹⁹, quien testificó sobre una promesa de compraventa suscrita entre Henry Maldonado e Import Construcciones S.A.S., la cual dice recibió un inmueble como parte de pago de un contrato con la firma Construcasa, por el suministro de materiales acabados para la obra que consistía en pisos, puertas, sanitarios, lavamanos, ventanearía, cocinas y muebles de madera.

Anotó que el negocio se realizó por \$107.000.000., que ella recibía los pagos a nombre de Import Construcciones S.A.S., en consecuencia, emitía y firmaba los recibos correspondientes.

Sobre la mentada empresa dijo que era familiar, en la que participaban **Carlos Rodríguez**, sus hijos, el señor Mora y ella como asistente administrativa, encargada de recibir los dineros y consignarlos en la cuenta para compra de materiales y mano de obra. Que Construcasa les cancelaba el valor del contrato con la entrega de 10 apartamentos, de los que se escrituraron 4, que al final les manifestaron que no les serían entregados los restantes inmuebles, estando entre ellos el apartamento de Henry Maldonado, que por ello no se pudo hacer la entrega dado el incumplimiento, presentando demanda por esa situación sin resultados positivos, perdiendo en consecuencia \$600.000.000.

¹⁹ Audiencia 2 de agosto/2021, récord 10:20 a 37:29.

El testigo William Pinzón Silva²⁰, contador de la empresa Import Construcciones S.A.S. en el año 2009, declaró que tuvo conocimiento de un contrato de distribución e instalación de elementos para la construcción que se firmó con Construca S.A., por valor de \$1.280.000.000., que se acordó como pago la entrega para venta de 10 apartamentos, que entre esos inmuebles se encontraba el 12-01 de la torre 2, quedando pendientes por entregar 6 de ellos.

Indicó que Import Construcciones completó 100% de las entregas y al final del contrato Construca S.A. le incumplió, que por ello esta última no honró sus obligaciones con los beneficiarios de los apartamentos.

2.3.2. Análisis de las pruebas de cara a los cargos formulados.

Como se indicó anteriormente, la opugnante arguyó que el actuar del procesado fue doloso, que el propósito fue apropiarse del dinero recibido y no devolverlo, valiéndose de una promesa de compraventa que incumplió y de la que se valió en curso de la presente actuación penal, para desestimar el requisito de la entrega del bien a título no traslativo de dominio.

En razón de lo anterior, la Sala procede a determinar con base en las pruebas aportadas al juicio, si se estructuró en el presente asunto el delito por el que fue acusado **Carlos Eduardo Rodríguez Luna**, como lo alega la censora, o si por el contrario hay lugar a confirmar la sentencia absolutoria que emitió el juez unipersonal.

En el escrito de acusación, el que no fue reformado o adicionado en la audiencia concentrada (Récord 8:22), se indicó por el ente acusador que: *«HENRY MALDONADO GONZALEZ realizo -sic- el 9 de septiembre de 2009 una promesa de compraventa de cosa futura sobre planos en la ciudad de*

²⁰ Ibidem, récord 42:15 a 52:29.

Bucaramanga, de un apartamento ubicado en el conjunto residencia Lago Condominio Club en la Torre 2, apartamento 1201 ubicado en Floridablanca, con el representante legal de la sociedad Import Construcciones S.A.S y se estableció como precio del apartamento en ciento siete millones de pesos, los que fueron pagados por el señor HENRY MALDONADO GONZALEZ y no le fue entregado el apartamento prometido y tampoco le fue devuelto el dinero pagado por el mismo.

***CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ LUNA** tenía el propósito de obtener un provecho para sí, puesto que **HENRY MALDONADO GONZALEZ** le hizo entrega de ciento siete millones como pago por un apartamento en el conjunto residencia Lago Condominio Club, y no hizo entrega del apartamento y se apropió del dinero sin previo consentimiento de la víctima.*

***CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ LUNA** lesionó el patrimonio económico de **HENRY MALDONADO GONZALEZ** sin justa causa.»*

De lo anterior se puede observar que la indicada suma dineraria entregada por la víctima al procesado, conforme lo concluido por la instancia, se realizó en virtud de la suscripción de la promesa de compraventa de un inmueble (apartamento), valga decir que la transferencia de este valor fue en cumplimiento de lo pactado en este negocio jurídico, esto es, pagar el valor acordado para adquirir el dominio del bien objeto del convenio, sin que se acordara el retorno del dinero, ni siquiera de manera tácita o ante particulares circunstancias, por el contrario, aquel fue recibido para incrementar el patrimonio del enjuiciado, quien entregaría a cambio la propiedad prometida en venta.

Así, si bien se tiene acreditado que dichos recursos no fueron regresados a la víctima, es claro que los mismos no fueron entregados a título no traslativo de dominio como lo exige el reato previsto en el artículo

249 del CP, esto es, con la obligación de devolverlos o entregarlos a un tercero que se considere su beneficiario, que según el órgano de cierre de la justicia penal, se presenta, por ejemplo, con el arrendamiento, el comodato, el depósito o la prenda (CSJ SCP, SP1035-2021, RAD. 56587).

Nótese que conforme lo establecido con las declaraciones recibidas en el juicio oral, los \$107.000.000 fueron cancelados con ocasión de la obligación adquirida por parte del comprador, es decir, que no existió un título de las características exigidas por el tipo penal, en tanto que no se previó el posterior retorno de la cifra entregada, por el contrario, el vendedor debía entregar el apartamento como contraprestación, de allí que se presentara realmente incumplimiento del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes con obligaciones mutuas, que para la víctima surgió de su interés en la adquisición del inmueble.

La prueba muestra que el acusado **Rodríguez Luna** no tenía tampoco la obligación entregar los dineros recibidos de Maldonado González a Construca S.A., puesto que el negocio jurídico nunca fue realizado con aquella compañía, sino directamente con el representante legal de Import Construcciones S.A.S., diferente situación es que existiera un convenio entre las citadas empresas, en virtud del cual la última recibiría unos apartamentos a cambio de la entrega y colocación de unos materiales para la constructora y, que precisamente uno de aquellos inmuebles que le serían entregados era el prometido en venta a la víctima.

Ello, evidencia que en realidad se suscitó en la víctima una expectativa de titularidad del bien inmueble negociado, lo cual se desprende de la constancia emitida por Construca S.A., por esa esperanza de pago con unos inmuebles, **Rodríguez Luna** suscribió la promesa de compraventa con el ofendido, pero no lo hizo en representación de Construca S.A., de allí que los

dineros recibidos no eran para trasladarlos a la sociedad en mención, sino el precio del inmueble comprado por Maldonado González.

Se estableció que el contrato celebrado entre víctima y acusado se trató de una promesa de compraventa de bien inmueble, obligación que no cumplió el representante legal de Import Construcciones S.A.S., debido a los inconvenientes que surgieron con el acuerdo celebrado con Construca S.A., ello pese a que Maldonado González ya había cancelado la totalidad del precio acordado por el apartamento, de allí que no se pueda considerar inequívocamente que el actuar del encartado haya estado dirigido a defraudar el patrimonio económico del perjudicado, como lo refirió insistentemente la impugnante.

Máxime cuando de alguna forma la víctima era consciente de la situación real del inmueble, que no era propiedad de Import Construcciones S.A.S., sino de Construca S.A., debiendo por ello cumplirse unas condiciones entre dichas sociedades para la efectiva escrituración del bien, como efectivamente ocurrió con cuatro (4) inmuebles de los diez (10) pactados, conocimiento a pesar del cual, decidió realizar el negocio y cancelar el precio acordado, inclusive, a sabiendas del incumplimiento del contrato depositó en la cuenta del promitente vendedor el saldo insoluto (\$600.000).

Siendo del caso precisar que, el dolo es el elemento subjetivo de la conducta punible y, su concurrencia no relleva a la fiscalía del deber de demostrar los presupuestos objetivos del tipo penal, como pretende hacerlo entender la apoderada de la víctima, por tanto, el hecho que fuera la intención o no del procesado apropiarse de los dineros de Henry Maldonado González, ninguna incidencia tiene de cara a la falencia evidenciada por la instancia respecto de la demostración de la entrega de los recursos a título no traslativo de dominio, conclusión con la que coincide esta Magistratura dada la imposibilidad de extraer tal elemento de la prueba aducida en juicio.

Al respecto, debe la Sala considerar lo decantado por el órgano de cierre de la justicia penal en sentencia SP591-2019, radicado 51942, donde se precisó que ante la acreditación, en grado de alta probabilidad, de la existencia de un contrato de compraventa, *«no había manera de considerar estructurado el tipo objetivo de abuso de confianza, el cual exige en la conducta del sujeto activo la apropiación de una cosa mueble "ajena" que se le haya entregado por un "título no traslativo de dominio"»*; cuando más en el presente caso donde se adujo como prueba documental el referido contrato.

Elemento estructural del tipo penal por el que se acusó a **Rodríguez Luna**, dado que la entrega del dinero se efectuó bajo el convencimiento que se adquiriría el dominio del apartamento 1201 T-2, es decir, al momento de su transferencia no se contempló la rescisión del negocio jurídico, lo que impide estimar que frente a la imposibilidad de perfeccionar lo pactado por la terminación unilateral del convenio celebrado entre Import Construcciones S.A.S. y Construca S.A., surgía la obligación de retornar los recursos cancelados por la enajenación del bien prometido en venta.

Máxime cuando respecto de las cifras que cancelaba Henry Maldonado González, el procesado ejercía actos de señor y dueño propios de la incorporación a su patrimonio como consecuencia de la venta prometida, no prevalido de una entrega temporal y condicionada a la posterior devolución a su propietario, siendo claro que este no tenía la obligación de retornar los recursos recibidos, ni entregarlos a un tercero identificado como su beneficiario, denotando que lo realmente ocurrido es el incumplimiento de la promesa de compraventa, porque la obligación del aquí procesado era entregar el bien inmueble objeto del referido contrato, sin que mediara convenio de intermediación entre la víctima, el representante de Import Construcciones S.A.S., y Construca S.A. Es más, ante el incumplimiento en la entrega del inmueble, procedió a demandar civilmente, ello para que se

cumpliera lo acordado por parte del promitente vendedor, en vista que ya había cancelado el precio pactado.

Reiteramos que el delito de abuso de confianza exige que la víctima haya entregado el bien por un título no traslativo de dominio, que según la doctrina y jurisprudencia civil es aquel título que concede la mera tenencia o administración sobre la cosa, la cual ejerce quien la recibe en lugar o en nombre del dueño, escenario en el cual se tornan ilícitos los actos externos que ejecuta el sujeto activo con el ánimo de incorporarlo a su patrimonio, como lo ha anotado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia.

Según el artículo 775 del Código Civil el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, entre otros, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufrutuada o cuyo uso o habitación tienen, ya que no son dueños ni la tienen con ese ánimo, ya que a ellos no se les ha trasferido el derecho de dominio.

De igual forma, resulta pertinente iterar que incurre en el delito de abuso de confianza quien *«se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio»*, según el artículo 249 del C.P. Sobre el punto, la CSJ reiteró en decisión SP, 7 jul. 2021, Rad. 58627, lo siguiente:

«Sobre esta conducta punible, la Corte ha indicado:

(...) cabe entender que son títulos no traslativos de dominio los que por su naturaleza no lo transfieren.

Dentro de este orden de ideas, es lógico concluir, que la expresión 'título no traslativo de dominio' que usa el actual Código Penal o 'título no traslativo de dominio' que usaba el Código Penal anterior no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia de que trata el artículo 775 del Código Civil.

(...)

*Basta leer la definición de esta norma para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño.
(...)*

La circunstancia de que el artículo 775 del Código Civil al enunciar titulares de mera tenencia, no cite lo concerniente con el mandato, no significa ni mucho menos que no se trate de un título de mera tenencia, ya que son ejemplos didácticos dentro de la redacción propia del Código Civil y no enunciaciones taxativas.

Debe pues quedar muy claro que tanto el mandatario comercial, civil, como el factor, actúan como meros tenedores de la cosa. (CSJ SP, 19 jul. 1988, rad. 1643. Gaceta Judicial Tomo CXXIII, número 2432, páginas 61 a 64).

(...) la tenencia fiduciaria o recepción de la cosa por un acto de confianza o título no traslativo de propiedad, más allá de la configuración de un componente de tipicidad del abuso de confianza, lógicamente constituye más intensamente un presupuesto de la misma. La entrega del objeto por parte del dueño al tenedor, por ser voluntaria y estar mediada por un acto de confianza lícitamente acordado entre las partes, no puede tener aún trazas de infracción punible, (...).

(...) la ilicitud asoma en el momento en que se hace una manifestación de conducta posterior a dicha tenencia fiduciaria, que consiste en no devolver la cosa confiada y apropiarse consecuentemente. (...). (CSJ AP, 18 feb. 1998, rad. 13982. Gaceta Judicial Tomo CCLIV, número 2493, páginas 378 a 380).

(...) en el abuso de confianza existe un poder o vínculo jurídico con el objeto, el título no traslativo de dominio, que implica la obligación de restituir la cosa confiada o entregada al sujeto (...). (CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 33173).

(...) Dadas las formas de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico del patrimonio económico que aparejan diversas respuestas punitivas atendiendo la gravedad, modalidad e intensidad del ataque, el legislador establece disímiles estructuras ónticas que configuran los verbos rectores, apropiación para el abuso de confianza; apoderamiento en el caso del hurto; la coacción en la extorsión; engaño en la estafa, etc.

Por eso, la acción de apropiación que identifica al delito de abuso de confianza es aquella conducta que recae sobre bienes que han entrado a la órbita de tenencia del sujeto por un título precario o no traslativo de dominio, lo cual implica la necesaria entrega de la cosa mueble por parte del titular al agente, saliendo así la misma de manera voluntaria de su esfera de custodia y vigilancia.

Esa modalidad que estructura el abuso de confianza difiere de otras conductas, como, por ejemplo, del hurto en el cual no hay una relación jurídica previa de carácter posesorio con los bienes, por ello en aquel ilícito la apropiación está determinada por un marco jurídico al surgir como consecuencia de la entrega en confianza de un bien que se recibe a título no traslativo de dominio (...). (CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 32920).

El abuso de confianza participa en términos generales de la misma clasificación normativa; sin embargo, el agente conserva su calidad típica dentro de un plus nominal de naturaleza civil como el ser administrador o depositario del bien; en tanto, siempre será indispensable que se confíe la mera tenencia de la cosa mueble ajena apropiada, con la cual se consuma el injusto en estudio; luego, el elemento normativo se identifica con el título no traslativo de dominio, el cual expresa que el depositario, por ejemplo, siempre interviene sobre el bien, sin ánimo de señor y dueño, por cuanto, no se realiza la transmisión de derechos a ningún título jurídico. (CSJ SP, 24 feb. 2011, rad. 33097).

(...) la acción se cumplió sobre el dinero fruto de los arrendamientos de aquellos locales, el cual se reputa mueble y por tanto era posible deducir el delito de abuso de confianza.

(...)

En esa medida, es oportuno recordar que confiar es distinto a entregar, pues lo primero alude al hecho de que se pone bajo la tutela o custodia del sujeto agente el bien mueble, en tanto que la entrega supone la transferencia material de la cosa a dicho sujeto. De allí que, frente al caso particular, resulte acertado predicar que como al inculcado se le confió la administración de la cosa (dinero) y se la apropió, por tanto, se configuró el delito de abuso de confianza.» (CSJ AP, 22 oct. 2014, rad. 42885).

Razones por las cuales, en el caso que ocupa la decisión de la Sala, se tiene establecido que se descarta uno de los elementos estructurales del tipo endilgado, se reitera, que hubiere recibido el dinero presuntamente apoderado a título no traslativo de dominio por parte de la víctima, dado que en realidad el dinero le fue entregado como parte de lo convenido en el negocio jurídico, donde las partes contrajeron obligaciones mutuas, el comprador a pagar un precio que efectivamente canceló para que el promitente vendedor le transfiriera la propiedad de un inmueble, conforme lo concluido por la instancia.

De esta manera lo que se le reprocha al procesado **Rodríguez Luna** es el no haber cumplido con su parte de lo acordado con el quejoso Maldonado González, esto es no transferirle la propiedad del inmueble que se prometió en venta, de tal manera que lo anterior nos indica que lo que se pretendió por parte de la Fiscalía y el apoderado de las víctimas, fue criminalizar un acontecer que era más bien era propio de las fronteras del derecho civil, como lo sería el incumplimiento del contrato de promesa de compraventa suscrito con la víctima, negocio jurídico por cierto legal.

Conforme lo declarado por el ofendido Maldonado González, las razones por las cuales él hizo la erogación pecuniaria que finalmente completó \$107.000.000., se debió a que había acordado con **Rodríguez Luna** mediante el citado convenio, que él cancelaba dicha suma de dinero, para adquirir un apartamento que hasta ese momento en realidad era de la constructora Construca S.A., a cambio de que el aquí procesado le transfiriera su propiedad, se insiste, sin prever la posibilidad de retornar el dinero ante la eventual inobservancia de lo pactado.

Como se ha indicado anteriormente, para la configuración del delito de abuso de confianza se requiere de un sujeto activo calificado, quien debe detentar la condición de poseedor precario del bien apropiado, el cual le ha sido entregado como consecuencia de un título no traslativo de dominio o fiduciario. Lo cual quiere decir que en aquellas hipótesis en las que el agente no detente la condición de tenedor precario o fiduciario de la cosa, no podría configurar el reato endilgado al encartado.

Bajo el entendido que, el comportamiento endilgado a **Carlos Eduardo Rodríguez Luna**, no se adecuaba típicamente en el delito de abuso de confianza agravado, lo cual quiere decir que en el presente asunto no se satisfacía uno de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P., para poder

proferir una sentencia condenatoria, para la Sala no queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo absolutorio confutado.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. - **Confirmar** la sentencia proferida del 6 de abril de 2022, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga, que absolvió a **Carlos Eduardo Rodríguez Luna** por el delito de **abuso de confianza agravado**.

Segundo. - Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede el recurso de casación.

Tercero. - Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN

PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto el 10 de noviembre de 2022.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

Magistrada Ponente: Paola Raquel Álvarez Medina
Referencia: 68001-6000-258-2017-00202 (20-231A)
Procesado: Marcos Fernando Sánchez Rincón.
Delito: Acceso carnal violento en concurso con actos sexuales.
Decisión: Modifica

APROBADO ACTA No. 1033

**Bucaramanga, veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós
(2022)**

ASUNTO

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa de *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN*, contra la sentencia del 9 de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga con funciones de conocimiento condenó al nombrado a la pena principal de ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión, por los delitos de acceso carnal violento en concurso con acto sexual violento en sujeción al preacuerdo.

HECHOS

Fueron consignados en la sentencia de primer grado de la siguiente manera:

“El 09 de febrero de 2017 arribó MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN a



la residencia de su ex compañera permanente Andrea Bautista Oses, ubicada en el Barrio Betania Peatonal 9, Sector A, Casa 13 de Bucaramanga, con la finalidad de hacerle entrega a Andrea de una USB que le había solicitado esta; sin embargo, se generó una discusión dado que MARCOS FERNANDO quería observar el contenido de los videos y ante la negativa de su ex compañera y empleando fuerza, logrando despojarla de la vestimenta le introdujo los dedos en la vagina y en la zona anal; además le mordió los senos, momentos en los que gritaba y exigiéndole la práctica de sexo oral y que mantuvieran relaciones sexuales. La víctima señora Bautista Oses opuso resistencia a la afrenta sexual y por tanto, comenzó a gritar pidiendo auxilio de la cual MARCOS FERNANDO la soltó y pudo escapar Andrea, se colocó una pantaloneta mientras los vecinos llamaban a la Policía pero el agresor SÁNCHEZ RINCÓN, huyó del lugar en una motocicleta. El ataque contra la libertad a la sexualidad de Andrea Bautista, ejecutado por su ex compañero SÁNCHEZ RINCÓN no era la primera vez que aconteció como quiera que en el mes de mayo de 2016, arribó MARCOS FERNANDO en la vivienda de ... madre de sus hijos, ingresó a su habitación, la tiró sobre la cama y empezó a tocarla con la fuerza, en los senos y en la vagina, la sujetó con la fuerza, la doblegó con la voluntad pero ante la presencia de sus menores hijos, doblegó el ataque sexual y procedió a abandonar la residencia”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 22 de mayo de 2019¹, se celebró audiencia preliminar ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, en la cual la Fiscalía Séptima CAIVAS formuló imputación a MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN por los delitos de acceso carnal violento y actos sexuales violentos de conformidad con los artículos 205 y 206 del Código Penal, cargos que no aceptó el imputado.

2. El 13 de agosto de 2019², la Fiscalía Once Seccional CAIVAS radicó escrito de acusación, que por reparto correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones Mixtas de Bucaramanga, estrado judicial que el 30

¹ Folio 122 del expediente físico.

² Folio 11 a 18 del expediente físico.



de septiembre siguiente instaló audiencia para la presentación de dicho documento, oportunidad en la cual el ente acusador manifestó al Despacho que, junto con la defensa y el procesado, habían celebrado un preacuerdo en el que *SÁNCHEZ RINCÓN* aceptaba la responsabilidad penal y a cambio la agencia fiscal degradaba su calidad de autor a cómplice, tomando la pena más grave consagrada para el delito de acceso carnal violento, esto es, la contemplada de 12 a 20 años de prisión, la cual se disminuiría a la mitad del quantum mínimo, la cual a su vez se aumentaría en un (1) mes por el concurso de conductas punibles, respecto del reato de acto sexual violento, para así fijar una sanción definitiva de 145 meses³, o lo que equivale a “seis años y un mes de prisión”.

Así pues, después de indagarse al defensor sobre la posibilidad que tuvo de asesorar a su prohijado, así como al acusado si su manifestación era libre y voluntaria y si entendía la pena a la cual sería condenado en virtud de dicho convenio, el juez impartió aprobación al preacuerdo.

3. El 9 de marzo hogaño⁴, se realizó audiencia de verificación del artículo 447 de la ley 906 de 2004 y lectura del fallo condenatorio, la cual impugnó el defensor, sustentándolo por escrito.

SENTENCIA RECURRIDA

El juzgador de primera instancia consideró que el procedimiento adelantado en el presente caso se caracterizó por el presupuesto de legalidad, dado que hubo respeto a los derechos y garantías fundamentales al debido proceso y de defensa del procesado; de ahí que no se haya encontrado irregularidad alguna que invalide el convenio presentado entre las partes.

De esta manera, resaltó que la responsabilidad de *SÁNCHEZ RINCÓN* estuvo respaldada en los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida por la Fiscalía General de la Nación, los cuales sirvieron

³ Al respecto, véase acta de audiencia a folio 21 y 22 del expediente físico. Récord: 06:18.

⁴ Folio 49 del expediente físico.



para sustentar la formulación de imputación e incluso la imposición de la medida de aseguramiento y, a su vez, fueron referidos en el escrito presentado a modo de acusación, entre ellos el informe pericial de clínica forense; la noticia criminal instaurada por Andrea Bautista en su calidad de víctima y la entrevista realizada a la misma, documentos que sirvieron a la judicatura para encontrar demostrada la materialidad de la infracción y una vez aceptados los cargos, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para proferir una sentencia condenatoria.

Bajo tales presupuestos, el juzgador de primera instancia resolvió condenar a *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN* como cómplice en virtud al preacuerdo suscrito con la Fiscalía General de la Nación por los delitos de acceso carnal violento en concurso con acto sexual violento, previstos en los artículos 205 y 206 del Código Penal.

En cuanto a la dosimetría penal, resaltó que no se aplicaría el sistema de cuartos para la tasación de la pena a imponer al haberse pactado la sanción en 145 meses de prisión, imponiéndose como pena accesoria a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 120 meses, de conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Por otra parte, fueron negados los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva, al no cumplirse con los requisitos objetivos establecidos en ellos artículos 38, 38B y 63 del Código Penal.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primer grado, el defensor argumentó que no existen elementos de prueba suficientes que señalen con certeza la consumación de las conductas delictivas enrostradas a *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN*, pues por el contrario, éstas permiten



deducir la existencia de la duda en la ocurrencia de los hechos; de ahí que esta situación debe beneficiar a su prohijado con la emisión de una sentencia absolutoria a su favor, para con ello relieves que el dictamen médico forense realizado a la víctima no determinó secuelas de ningún tipo, así como la presencia de lesiones que indicaran la consumación de una agresión sexual.

En este mismo sentido, resaltó que el procesado y Andrea Bautista Oses mantenían una relación sentimental a pesar de su separación, para con ello, aclarar que el día de los hechos, tras sostener una calurosa discusión con la víctima, su prohijado trató de calmarla, empero, en dicha labor se rompió su blusa y *“fue cuando involuntariamente le paso la mano por encima del panti la vagina y las nalgas”* (sic) (f. 68 del archivo digital).

Asimismo, afirmó que la aceptación de cargos se debió a la poca preparación escolar y el escaso conocimiento jurídico de SÁNCHEZ RINCÓN, circunstancias que fueron aprovechadas por su anterior apoderada judicial, al persuadirlo de aceptar su responsabilidad penal en los delitos endilgados y que no cometió, tal y como se sostuvo en la audiencia preliminar, momento procesal en el que su defendido negó cualquier relación con los hechos ocurridos, debiendo permanecer su presunción de inocencia.

También alegó la violación de los derechos de defensa y al debido proceso, pues la Fiscalía General de la Nación al momento de citar al indiciado para la práctica de una diligencia de interrogatorio, no le informó de la necesidad de asistir con un abogado, situación que vulneró sus garantías fundamentales.

Finalmente, relató que su defendido ha sufrido de estrés postraumático, malestar psicológico y perturbación psíquica permanente, padecimientos que fueron derivados de la investigación y proceso penal, el cual está fundado en hechos inexistentes, pues cuestiona la reacción que mantuvo la víctima y que *“no haya puesto resistencia y se dejara penetrar los dedos de la mano de mi prohijado en la vagina y el ano y se haya dejado manosear los*



senos tan fácilmente sin hacer nada para defenderse” (sic) (f. 69 del archivo digital).

Con los anteriores argumentos, el defensor de *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN* solicitó la exoneración de responsabilidad penal de su prohiado por los delitos por los delitos por los que fue condenado.

NO RECURRENTES

i) La representante de la Fiscalía General de la Nación solicitó se confirme la decisión de primera instancia, al indicar que el defensor infundadamente pretende revivir el debate probatorio al realizar un análisis de los elementos materiales probatorios que sustentaron en su momento la inferencia razonable de autoría y responsabilidad del acusado, a pesar de que el encartado renunció a la controversia en esos aspectos como consecuencia de la negociación presentada con el ente acusador.

De esta forma, resaltó que el convenio realizado respetó las garantías fundamentales del procesado quien estuvo asesorado por el abogado que inicialmente defendió sus intereses, obviando el recurrente que debe asumir su rol en el estado en el que se encuentre el proceso, máxime cuando no se han vulnerado los derechos de su representado.

ii) Por su parte, el agente del Ministerio Público, deprecó se confirme la decisión confutada, al resaltar que la sentencia condenatoria se profirió en atención al preacuerdo realizado entre las partes, el cual, para su aprobación, contó con el acompañamiento y asesoría de la defensa técnica, y con las advertencias que le hizo en su momento el juez de conocimiento, tendientes a establecer si había sido asesorado, si era consciente de las implicaciones de su manifestación de voluntad y si eran esos los términos del convenio; de ahí que el mensaje sobre la inminente condena fue claro, sin que se exigiera para ello más que un nivel de conocimiento elemental para comprender los hechos endilgados y las consecuencias de su aceptación de responsabilidad penal por los mismos; por lo que pretender con la censura, a través de especulaciones etéreas, dejar sin sustento la



negociación realizada entre las partes, no es más que una burla a la administración de justicia, al buscar una retractación inadmisibile en nuestro sistema penal acusatorio.

Con relación a la ausencia de elementos que soporten la condena, indicó que la terminación anticipada de un proceso penal, vía preacuerdo, conlleva una tensión con garantías y principios fundamentales reconocidos en un estado de derecho, siendo claro que los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* pueden afectarse en la medida en que se edifica una condena sin vencerse al procesado en juicio, así como no haberse producido la práctica probatoria para soportar la sentencia condenatoria a través de la confesión de aquel.

No obstante, en el presente caso se allegaron los elementos materiales probatorios que cumplen la exigencia de permitir la inferencia de la ocurrencia del hecho, tal y como, incluso, es aceptado por el propio apelante en su escrito de sustentación, por lo que la hipótesis delictiva planteada por la fiscalía y aceptada por la defensa, vía preacuerdo, se encuentra acreditada sin que exista una hipótesis alterna que hubiere sugerido que la asunción de responsabilidad fue contraevidente o cimentada en algo vago o incierto.

Por otra parte, llamó la atención en dos aspectos puntuales, en primer lugar, a efectos de generar una alerta para que exista mayor cuidado en la relación de los elementos de prueba, su relación directa con los hechos imputados y la responsabilidad sobre los mismos, sin que de ello se derive la configuración de una nulidad que incluso no fue petitionada por ninguno de los sujetos procesales y en segundo lugar, sobre los términos del preacuerdo, pues si bien es cierto, el mismo respeta los estándares de legalidad, faltó un mayor rigor en el lenguaje que se utilizó, pues lo adecuado es siempre señalar que se condena por el delito imputado y que la pena impuesta es producto del preacuerdo aprobado, situación que debe ser objeto de un exhorto a los jueces, a fin de que las líneas interpretativas de la Corte Constitucional entren en consonancia con los precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.



iii) Bajo similares premisas el apoderado de la víctima aseveró que los argumentos expuestos en la apelación no tienen suficiente vocación para derribar el fallo confutado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Si bien la sustentación del recurso de apelación incoado por la defensa de *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN*, no hace gala de argumentos estructurados en orden a cuestionar la decisión de instancia, encuentra la Sala que existe un mínimo de argumentación que permite el estudio de fondo del medio de impugnación anotado, comoquiera que el censor solicita se revoque la decisión de primera instancia porque en su criterio, no existió el acervo probatorio que permita deducir la culpabilidad de su defendido, así como, que la aceptación de cargos no estuvo sujeta a legalidad sino que el procesado fue persuadido para aceptar su responsabilidad.

Ahora bien, a fin de desatar la alzada propuesta por el defensor, es importante indicar que, en virtud de los principios constitucionales y del diseño del nuevo sistema procesal penal, así como del fin esencial del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, la Ley 906 de 2004 prevé la oportunidad de finalizar de manera anticipada la actuación.

Esto es, sin agotamiento previo de la totalidad de las etapas o fases regulares, en lo específico, en las hipótesis en las cuales la Fiscalía y el procesado celebran acuerdos que, por su naturaleza, como lo prevé el artículo 354 *ibidem*, permiten “la rápida adopción de la sentencia”, situación que se configura ante la admisión incondicional de la responsabilidad penal.

Ahora bien, como esta actitud procesal comporta la renuncia a los derechos contemplados en los literales b) y k) del artículo 8o de la Ley 906 de 2004, en el artículo 293 *eiusdem*, el legislador supeditó su aprobación a la revisión del funcionario de conocimiento, a quien le compete verificar que se trata de



una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada por la defensa⁵. Esta intervención jurisdiccional se traduce en la verificación de las circunstancias que rodearon la admisión de la responsabilidad penal por parte del procesado.

Atendiendo la intelección que se desprende del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, al funcionario de conocimiento le corresponde controlar también la actuación de la Fiscalía pues los preacuerdos de modo alguno obedecen a una facultad enteramente discrecional del órgano de persecución penal.

Por el contrario, la codificación procesal penal precisó que las negociaciones en dicho ámbito corresponden a unas finalidades específicas que el legislador en ejercicio de la libertad de configuración las hizo consistir, al tenor del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, en la humanización del trámite 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, obviamente, efectivizar el derecho del procesado a participar en la definición de su caso, así como el delegado de la fiscalía en las negociaciones debe observar las directivas y pautas trazadas por la Fiscalía General de la Nación con la finalidad *“de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”*.

Vemos como en armonía con los propósitos referidos, la normatividad señaló los aspectos susceptibles de constituir su objeto; desde luego, con un amplio margen de movilidad para tornar efectivos y reales los mecanismos de justicia consensuada, tal como se desprende de las regulaciones contenidas en los artículos 350 a 352 de la Ley 906 de 2004.

En este orden de ideas, en apego a las disposiciones en cita resulta posible suscribir el preacuerdo por virtud del cual el investigado simple y llanamente acepta los cargos elevados en la primera diligencia referida. Esta actitud unilateral puede ser compensada con una rebaja punitiva de hasta la mitad de la pena a imponer, eliminando de la acusación alguna causal de

⁵ En este sentido, la sentencia C-1260 de 2005.



agravación punitiva o un cargo específico, o tipificando la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica para disminuir la pena, por lo que el ámbito o alcance de tales posibilidades, por comportar un cambio favorable para el imputado *“con relación a la pena por imponer”*, constituye entonces la *“única rebaja compensatoria por el acuerdo”*.

Situación diferente se presenta en los casos de captura en flagrancia, pues la rebaja de no pactarse diversa estaría sujeta a las previsiones contenidas en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011⁶ o como sucede en aquellos casos que no puede concederse descuento punitivo alguno, tal como lo regula el numeral 7° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006⁷.

Lo anterior sin que pase inadvertido que, en cualquiera de esas dos modalidades del preacuerdo, la Fiscalía y el procesado tienen la posibilidad adicional de convenir el monto de la pena, su forma de ejecución y es viable prescindir de la aplicación del sistema de cuartos, conforme lo prevé el artículo 3o de la Ley 890 de 2004, modificatorio del artículo 61 del Código Penal.

En la etapa de juzgamiento, como implícitamente lo admitió la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en conocida providencia⁸, el preacuerdo puede tener dos modalidades: *i)* la negociación sobre los hechos imputados, incluso, a pesar de hallarse ya definidos en la acusación, por lo tanto, con modificación de su adecuación típica; y, *ii)* la recaída con exclusividad sobre las consecuencias punitivas de la admisión de responsabilidad.

⁶ Salvo que conforme a la negociación se pacte en razón de los hechos o sus consecuencias una degradación de la tipicidad, eliminar una causal de agravación, se incluya un dispositivo amplificador o se degrade su forma de participación, pues la consecuencia de ello es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. SP2168-2016 (45.736) de febrero 24 de 2016

⁷ De los últimos mencionados por vía jurisprudencial en caso de allanamiento o preacuerdo no se aplica el incremento previsto en la Ley 890 de 2004.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 41570 de noviembre 20 de 2013.



Igualmente, conforme lo ha entendido la Corte Constitucional⁹ y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ en criterios a los que basta remitirse, los mecanismos consensuales deben respetar el núcleo fáctico de los hechos imputados, los cuales, acepta la Corporación, deben ser valorados jurídicamente de manera adecuada, para que, a partir de ésta, la Fiscalía y la defensa negocien los términos del preacuerdo y definan el beneficio al que accederá el enjuiciado de los ya descritos.

En el caso de marras, la inconformidad del defensor se plantea respecto de las circunstancias que rodearon la celebración del preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado, pues, a su consideración, no existen elementos materiales probatorios que sustenten la consumación de la conducta punible, así como la responsabilidad penal de *SÁNCHEZ RINCÓN*, quien en virtud de su escasos conocimientos jurídicos aceptó las condiciones del convenio al ser instado por su anterior apoderado judicial, recibiendo una condena injusta, pues no es responsable de la comisión de la misma; de ahí que le correspondería, dentro del control inherente al imperativo que rige al fallador, haber establecido con objetividad la verdad y la justicia, por lo que debe ser revocada la sentencia y en su lugar, emitirse una decisión que exonere a su prohijado de los reatos que le fueron imputados.

Frente a este aspecto, es preciso indicar que la Alta Corte en materia de control sobre los preacuerdos y negociaciones en sus decisiones ha marcado tres tendencias así: *i)* la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos¹¹, *ii)* la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso¹², y, *iii)* la que hoy impera y acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales¹³. Esto último, por cuanto “...*el juez,*

⁹ Corte Constitucional, sentencias C-1260 de 2005 y C-425 de 1996.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación n°. 43356 de febrero 3 de 2016 y radicación n°. 22759 de septiembre 12 de 2007.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, radicado 38256 de marzo 21 de 2012, radicado 37951 de agosto 14 de 2013, radicado 41375 de agosto 14 de 2013, entre otras.

¹² Corte Suprema de Justicia, radicado 27759 de septiembre 12 de 2007, radicado 31280 de julio 8 de 2009.

¹³ Corte Suprema de Justicia, radicado 39892 de febrero 6 de 2013, radicado 40871 de julio 16 de 2014, radicado 42452 de octubre 1 de 2014. Igualmente, en sentencia SP14191-2016, radicado 45594, de octubre 5 de 2016, la Corte sostuvo que “*Se tiene que el criterio jurisprudencial que la Sala acoge actualmente en esta materia, y que hoy*



en ejercicio de sus funciones como director del proceso, debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, **sin que ello implique realizar un control material ni, bajo ninguna circunstancia, proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico** (CSJAP, 16 Ab. 2015, Rad. 44866; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; entre otras). Lo anterior, bajo el entendido de que estas funciones, como las demás asignadas a la Fiscalía, están gobernadas por el concepto de “**discrecionalidad reglada**” (C-095 de 2007, entre otras), orientado **a lograr un punto de equilibrio entre la consagración de puntuales límites legales que impidan el ejercicio arbitrario de la acción penal, y el margen de movilidad que debe tener el ente acusador para resolver los casos sometidos a su conocimiento en atención a sus características especiales, que difícilmente podrían ser objeto, todas ellas, de regulación legal expresa. ...la Sala ha resaltado que la improcedencia del control material a la imputación o la acusación no habilita a los fiscales para tomar estas decisiones arbitrariamente. Por el contrario, la fórmula de “autocontrol” implica que estos servidores públicos actúen con mayor rigor, precisamente por la confianza en ellos depositada** (CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311), lo que también ha sido resaltado por la Corte Constitucional (C-1260 de 2005, C-095 de 2007, entre otras).¹⁴ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así que, conviene resaltar, el defensor de SÁNCHEZ RINCÓN, a través de la apelación, erróneamente pretende se emita una sentencia absolutoria en favor de su prohijado, como quiera que, en el preacuerdo suscrito con la Fiscalía General de la Nación, no se tuvo en cuenta la inexistencia de elementos materiales probatorios que hayan indicado la consumación de la

reitera, reconoce que el juez, por regla general, no puede hacer control material de la acusación o de los acuerdos en procesos tramitados por la Ley 906 de 2004, y que solo le es permitido realizarlo, de manera excepcional, cuando objetivamente advierta afectaciones manifiestas y groseras de los derechos fundamentales.”. Así mismo, en la SP 16731 (45964) de septiembre 27 de 2017, manifestó que “Son múltiples los pronunciamientos de la Corte, en sede de tutela y de casación en los que se ha reiterado que, estando la acción penal radicada en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, **es inviable para los juzgadores inmiscuirse en la calificación jurídica definida por su representante, salvo cuando se aparta arbitrariamente de la cuestión fáctica acaecida, atenta groseramente contra el principio de legalidad o vulnera garantías fundamentales de las partes o intervinientes. ...Así, se ha ocupado de precisar que, por razón de los principios de igualdad de armas e imparcialidad, dentro del sistema adversarial con tendencia acusatoria, el fallador está impedido para imponer su propia percepción acerca del tipo penal a imputar, pues tal proceder, vulnera con suficiencia, el debido proceso de los diligenciamientos abreviados.**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

¹⁴ CSJ SP594-2019 (51596) de febrero 27 de 2019



conductas punibles atentatorias de la libertad sexual de la víctima, pues antes bien, a su consideración, los hechos denunciados se encuentran circunscritos en tocamientos involuntarios del acusado en la vagina y ano de Andrea Bautista Oses e incluso a una relación íntima consentida entre la pareja.

Ahora bien, se tiene que en la audiencia del 30 de septiembre de 2019, momento procesal en que, a solicitud de la agencia fiscal, se realiza un cambio del objeto de la diligencia programada para la formulación de acusación para realizar la presentación o sustentación del preacuerdo suscrito con el procesado y su defensora, la representante del ente acusador expone además de las circunstancias fácticas que sustentaron la imputación, la calificación jurídica respecto de ellas, para a su vez, tras el requerimiento del juez y del agente del Ministerio Público, correr traslado de los elementos materiales probatorios con los que contaba para establecer la inferencia razonable de la responsabilidad penal de SÁNCHEZ RINCÓN, al referir que:

“son los mismos que están inscritos en el escrito de acusación. De carácter testimonial la señora Andrea Bautista Oses, víctima quien presentó denuncia el 9 de febrero de 2017 y entrevista del 29 de enero de 2019; Ana Leidy Gallo Páez, es una vecina del lugar donde ocurrieron los hechos, ella presentó entrevista el 23 de mayo de 2017, Yeny Paola Bautista Oses, es hermana de la víctima, quien presentó entrevista el 30 de enero de 2019, Gloria Inés Oses García, mamá de la víctima, Víctor Alfonso Pérez Manrique, compañero de la víctima, Eliana Cuello Manjarrez, médico psicóloga, presentó o realizó historia psicológica del 22 de febrero de 2019, Karen Riaño, investigadora del CTI, presentó informe de investigador de campo del 19 de febrero de 2019, respecto del arraigo, individualización del procesado y lo relacionado con antecedentes, como perito Jenifer Marilyn Suarez Carreño, del Instituto de Medicina Legal quien da su opinión pericial el 9 de febrero de 2017 (...) se cuenta también con la base pericial de Clínica Forense realizada por la doctora Jenifer Marilyn Suarez Carreño, informe o valoración sexológica y como se advirtiera entonces se anexaría el informe o valoración psicológica o psiquiatría forense. De carácter documental la copia de la historia clínica de fecha del 22 de febrero de 2019 correspondiente a la víctima, realizada por la médico psicóloga, Eliana Cuello Manjarrez y la copia de la tarjeta alfabética de la cédula de ciudadanía del acusado (...) para los fines propios del juicio se tenía noticia criminal del 19 de febrero de 2017, formulada por la víctima, entrevista de Ana Leidy Gallo Páez, de fecha del 23 de mayo de 2017, entrevista de Andrea Bautista del 29 de enero de 2019 (...) son estos los elementos de tipo testimonial y documental con los que la Fiscalía sustenta el presente preacuerdo, corro traslado de los mismos” (Audiencia del 30 de septiembre de 2019, récord: 11:10)



Conforme lo dicho, es evidente que, contrario a lo averado por el defensor, la agencia fiscal sí contaba con un respaldo probatorio suficiente para justificar además de la existencia de los hechos delictivos, la concatenación de los mismos con la calificación jurídica realizada, los cuales además de ser relacionados tal y como se transcribió en líneas anteriores, fueron puestos en conocimiento a los sujetos procesales al momento de exponerse el convenio referido y para el correspondiente control formal que realizó el juez de primera instancia, por lo que es claro que el preacuerdo sostenido entre el ente acusador, el procesado y su defensora, se encontraba enmarcado por la legalidad, aspecto que incluso no fue objeto de reparo alguno por alguna de las partes e intervinientes en el proceso.

Y es que, nótese que la censura del abogado se suscita en la controversia que plantea del contenido de la valoración sexológica registrada en el correspondiente dictamen médico legal practicado a Andrea Bautista Oses al considerar que el galeno que efectuó dicha labor no posee la idoneidad para determinar con certeza la consumación de la conducta delictiva, así como no haberse registrado la presencia de secuelas en la víctima, lo que a su consideración conlleva a descartar la responsabilidad penal de *SÁNCHEZ RINCÓN* en los ilícitos enrostrados; no obstante, dichos razonamientos, presentados por el recurrente, distan de demostrar la existencia de una ilegalidad en el preacuerdo celebrado entre las partes o en su defecto, habilitar el estudio de aspectos probatorios que se hubieran podido controvertir en un juicio oral, pues, a consecuencia de la aceptación de cargos realizada por el acusado con dicho convenio, renunció a dicha práctica.

Por lo demás, con la alzada propuesta, se denota que el abogado recurrente discrepa de la labor que desarrolló la anterior defensora, más no realiza un efectivo contraataque a la sentencia proferida por el a quo, en torno al acuerdo presentado por las partes¹⁵.

¹⁵ La Corte sostuvo que *“En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 es claro que solo pueden ser consideradas como pruebas y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del principio de*



Por consiguiente, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el recurrente en torno a la *“ausencia del acervo probatorio”*, comoquiera que en el escrito de acusación se relacionaron una serie de testigos, informes periciales y de valoración psicológica, entre otros elementos que soportan la renuncia al derecho de autoincriminación por parte de *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN*, por lo que, en consecuencia, sujeto el juez al preacuerdo, emitió una sentencia condenatoria, sin que resulte viable ahora insistir en la supuesta ausencia de responsabilidad del procesado, bajo el argumento que rompió accidentalmente la blusa de la víctima, y, de manera involuntaria, pasó la mano por sus partes íntimas de su ex compañera sentimental, lo que se torna en un dislate que entra en evidente contradicción de lo lógico.

Ahora bien, frente al planteamiento del recurrente en torno a la ignorancia del procesado en temas jurídicos, lo que, según afirma, utilizó el anterior defensor para instarlo a aprobar el preacuerdo, esta Sala considera pertinente advertir que el cognoscente verificó las garantías fundamentales de quien aceptó los cargos endilgados, es decir que su consentimiento estuviera libre de vicio y se respetaran sus derechos, tales como el debido proceso, el haber contado con una defensa, haber sido asesorado e informado de forma clara sobre los puntos de la negociación, los beneficios punitivos que obtendría al allanarse y la consecuente pena a imponer y, una vez superada esa etapa, verificó que existían elementos de prueba que, aunados a la declaración de culpabilidad, acreditaban la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva, así como que, quien se allanó, fue quien cometió el ilícito y no un tercero distinto, luego hubo un adecuado control judicial¹⁶.

inmediación, previsto en su artículo 379, el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...

En esas condiciones, en supuestos como el presente, en donde los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la fiscalía siempre que hayan sido incorporados legalmente a la actuación”. CSJ SP, 19 de oct. de 2006, rad. 25.724.

¹⁶ CSJ SP, 8 de jul. de 2009, rad. 31280.



Con todo, resulta importante destacar que no es posible aceptar la insinuación del recurrente, pues en la audiencia del 30 de septiembre de 2019, el juez de conocimiento, en cumplimiento de su deber de constatación, cuestionó al procesado sobre si su decisión era libre, si entendía los términos de lo pactado, respecto de lo cual, verbalizó su anuencia, sin que se evidenciara algún rastro de duda o incluso de coerción, situación en la cual, no se habría impartido legalidad sobre dicho preacuerdo, denotándose a su vez una participación activa del agente del Ministerio Público, quien desde sus funciones legales y constitucionales también fungió como garante de los derechos fundamentales y constitucionales del procesado e incluso de las garantías de la víctima.

Ahora bien, si con las argumentaciones planteadas en el escrito de disenso la pretensión del censor era visualizar una posible retractación de la negociación, afirmación que no se realiza de manera directa, debe decirse que ello pudo expresarse al momento del reconocimiento de personería para actuar, lo que ocurrió en la audiencia del 9 de marzo de 2020, en la que incluso efectuó manifestación respecto al traslado del 447 del Código de Procedimiento Penal; empero, sólo advirtió dicha circunstancia en el recurso.

Bajo los anteriores planteamientos, advierte la Sala que la censura no tiene vocación de prosperidad, comoquiera que no se avizora ningún vicio en la aprobación de los términos del preacuerdo en cuanto a la manifestación clara, expresa y asesorada que hiciera *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN*.

2. De otro lado, razón le asiste al delegado del Ministerio Público como no recurrente, cuando afirma que el quantum de la pena en virtud del preacuerdo, con el que se impuso degradación la calidad de autor a cómplice; no significa que el procesado deje de ser autor de los ilícitos aceptados, pues de ser así y “degradar” su autoría a la mera complicidad se incurre en la desnaturalización del núcleo fáctico¹⁷.

¹⁷ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP359-2022 del 16 de febrero de 2022, reiteró que con
Página **16** de **20**



Conforme lo anterior, la decisión de primera instancia debía emitirse en consonancia con lo pactado, es decir, haberse averado que *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN* es condenado como autor, porque así lo asintió el procesado, pero se le impuso la pena del cómplice porque así lo ofreció la Fiscalía y aceptó aquél en compensación; de ahí que en el caso *sub examine* es pertinente llamar la atención sobre el error en la terminología empleada por los letrados que suscribieron el preacuerdo y por el *a quo*, quien impartió aprobación sobre el mismo, toda vez que, predicarse la existencia de la calificación de cómplice para el caso que atañe, alteraría el aspecto factico de la imputación, el cual es inmodificable conforme al principio de congruencia.

3. Finalmente, observa esta Sala, un error aritmético que se consigna en el caso que atañe la atención¹⁸.

Así, la Fiscalía expuso en la presentación del convenio que:

“Los términos señor juez del preacuerdo teniendo clara la adecuación típica de los hechos que aquí nos convoca, la fiscalía decidió de que a cambio de que el procesado

ocasión a los preacuerdos “es permitido a la Fiscalía tipificar la conducta con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar, no imputar, excluir, alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darle a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, **la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos**, en esa medida la sentencia anticipada se profiere según lo convenido y con las consecuencias jurídicas que le correspondan al delito realmente cometido” (...)

En ese orden, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, lo es solo para efectos punitivos, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias. (Negritas fuera del texto original)

¹⁸ Respecto al error aritmético, la Corte Constitucional en sentencia T-785 de 2000 dejó sentado que “...es aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada. En consecuencia, su corrección debe contraerse a efectuar adecuadamente la operación aritmética erróneamente realizada, sin llegar a modificar o alterar los factores o elementos que la componen. En otras palabras, la facultad para corregir, en cualquier tiempo, los errores aritméticos cometidos en una providencia judicial, no constituye un expediente para que el juez pueda modificar otros aspectos - fácticos o jurídicos - que, finalmente, impliquen un cambio del contenido jurídico sustancial de la decisión.

A este respecto, no sobra añadir que la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha afirmado ...la corrección es un remedio que toca exclusivamente con el error aritmético cometido por el fallador, como cuando se equivoca en los resultados de una operación numérica. Es, pues, una cuestión que tiene que ver eminentemente con números. Sobre el particular, la Corte ha enunciado, con bastante claridad, lo que debe entenderse por 'error puramente aritmético'. Al efecto, ha dicho: 'el error numérico al que se refiere la ley es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos el resultado sea otro diferente, 'habrá error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 3,2 y 4.' Entiende pues la Sala que tal error aritmético deriva de un simple lapsus calami, esto es, del error cometido al correr la pluma, y como tal fácilmente corregible porque solamente se ha alterado el resultado sin alterar los elementos de donde surge la operación." (GJ Tomo LXXXVII Pág. 902).



*acepte los cargos como autor responsable de las conductas punibles a las cuales se ha hecho alusión, concederle la rebaja correspondiente a la complicidad, es decir la mitad de la pena, teniendo en cuenta que se partirá de la pena para el delito más grave es decir 12 años de prisión contemplada para el acceso carnal violento por la complicidad del cincuenta por ciento sería seis (6) años y por el concurso heterogéneo por el acto sexual violento se le aumentaría un mes (1) de prisión quedando entonces la pena preacordada en **145 meses de prisión lo que equivale a 6 años un mes de prisión**¹⁹ (Énfasis de la Sala)*

De lo expuesto se extrae con claridad un yerro en la conversión de la pena de años a meses realizada por la Fiscalía y consignada en la sentencia de primer grado, para efectos del acuerdo, toda vez que en virtud a la imputación realizada a SÁNCHEZ RINCÓN como autor de los delitos de acceso carnal violento en concurso con acto sexual violento - sin deducir agravantes del tipo ni circunstancias de mayor punibilidad -, se partió de la pena más gravosa, esto es, la sanción de 12 a 20 años establecida para el primero de los reatos mencionados.

Ahora, si el beneficio por haber aceptado cargos, en el preacuerdo entre el procesado y la Fiscalía, fue la rebaja de la mitad de la pena en virtud al contenido del artículo 30, inciso 2º del Código Penal, ante la degradación de la calificación de autor a cómplice a efectos punitivos, tal y como se señaló la Fiscalía en la exposición del preacuerdo, la pena más gravosa es la contenida en el artículo 205 *ejusdem*, esto es, de 12 años o 144 meses de prisión, la cual, reducida a la mitad, en virtud a las condiciones acordadas entre las partes, daría como resultado 6 años o 72 meses, lo cual equivale en todo caso al mínimo de los extremos de la pena que debieron ser establecidos conforme al artículo 60, numeral 5º, del mismo compendio sustantivo.

Entonces, si por el concurso de conductas punibles, la Fiscalía aumentó en un mes de la pena a imponer, la suma aritmética correspondiente da 73 meses, siendo evidente el yerro al afirmar que la pena definitiva sería de 145 meses.

¹⁹ Audiencia de verificación de preacuerdo, 30 de septiembre de 2019. Record 5:32 a 6:21



Sobre lo dicho, no cabe lugar a dudas, pues oportunamente se aclaró que la pena a imponer equivaldría a 6 años y un (1) mes de prisión, es decir, 73 meses de prisión²⁰, luego es claro que, al convertir los años a meses, se incurrió en un error aritmético ostensible, siendo necesario que esta instancia entre a ajustar el monto correspondiente, en virtud del principio de legalidad de los delitos y las penas preacordadas, considerando que además dicha corrección beneficia al procesado.

4. Finalmente, sobre los elementos probatorios allegados en el recurso de apelación, estos hacen parte, como bien lo dice el defensor, del aspecto sociológico, propio de ser expuesto en el desarrollo de la diligencia del artículo 447 del C.P.P. en el que, el juez valora las condiciones individuales, sociales y familiares, antes de ser dictada la sentencia condenatoria; sin que los mismos puedan indicar aspectos que determinen la responsabilidad penal del procesado, tal y como, se pretende justificar erradamente en este momento.

En consecuencia, esta Sala modificará el numeral primero de la sentencia confutada en el sentido, de que la pena principal impuesta a *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ RINCÓN* es de setenta y tres (73) meses de prisión -6 años y un (1) mes- como autor responsable de las conductas punibles de acceso carnal violento en concurso con acto sexual violento, en consonancia a lo pactado en el correspondiente preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la Nación.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Modificar el numeral primero de la sentencia confutada en el sentido, de que la pena principal impuesta a *MARCOS FERNANDO SÁNCHEZ*

²⁰ El resultado de dividir 144 a la mitad y sumarle un mes por el concurso, $72 + 1 = 73$.



RINCÓN es de setenta y tres (73) meses de prisión -6 años y un (1) mes- como autor responsable de las conductas punibles de acceso carnal violento en concurso con acto sexual violento, en consonancia a lo pactado en el correspondiente preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la Nación.

Segundo. Confirmar en los demás aspectos la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados.

Tercero. La presente decisión se notifica en estrados, sin perjuicio de la que debe intentarse de forma personal de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

Cuarto. Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriado este fallo, regresen las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA


JUAN CARLOS DIETTES LUNA

República de Colombia


HAROLD MANUEL GARZÓN PEÑA

Registro de proyecto:
4/11/2022