



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00206 2012 06303
Acusado	J.G.C.L.
Delito	Acceso carnal y Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (Art. 207 CP, Ley 1236 de 2008), agravado (Art. 211-2 CP)
Hechos	Enero 27 de 2012, XXX, Medellín
Víctima	(XXXXX)
Juzgado <i>a quo</i>	Veintiséis (26) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra sentencia de condena de 28 octubre 2015 (f. 08-127, co-1)
Consecutivo	SAP-S-2016-44
Aprobado por Acta	Nº 306 de septiembre 15 de 2016
Audiencia de exposición	Miércoles 21 de septiembre de 2016; Hora: 9:00 am;S-2
Decisión	Se confirma la sentencia de condena penal
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, septiembre veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016)

ACLARACION PREVIA: En la publicación por cualquier medio de esta providencia, se eliminarán los nombres de las partes procesales, por respeto a sus más elementales derechos tales como la intimidad, la dignidad y la honra¹.

¹ En sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 28.742 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Alfredo Gómez Quintero, se expresó: “La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)”. Así mismo, en auto de 24 marzo de 2010, Rad. 33.433, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, dijo la alta Corporación: “Se omite identificar a la menor y a

-----su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)”. También se deben tener en cuenta las Reglas de Heredia. http://www.ijjusticia.edu.ar/Reglas_de_Heredia.htm

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano J.G.C.L. por el delito tipo de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (Art. 207 CP, modificado Ley 1236 de 2008, Art. 3º) agravado (Art. 211-2 CP, modificado Ley 1236 de 2008, Art. 7º).

2.- IDENTIFICACION DEL ACUSADO (Arts. 128, 288-1º y 337-1 CPP)

Es el ciudadano J.G.C.L., de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° xxxxxxxx de Medellín; nacido en Medellín el 5 mayo 1981; ocupación auxiliar de enfermería de la Clínica XXX de la ciudad de Medellín.

3.- HECHOS, ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS

Para la fiscalía 99 seccional, los hechos *“tuvieron ocurrencia en esta ciudad de Medellín, 27 enero 2012, en horas del amanecer, en la Clínica XXX de esta ciudad de Medellín, a donde había acudido de urgencias el día anterior la joven XXXXX (se agrega: hoy XXXXX) de 23 años de edad, por un fuerte dolor de cabeza, lo que llevó a los médicos del lugar a dejarla en atención hospitalaria hasta el día siguiente, aplicándole medicamentos y haciéndole exámenes, medicamentos que le produjeron estado de somnolencia el cual fue aprovechado por el señor J.G.C.L., enfermero del lugar, quien estaba atendiendo a la joven para hacerle tocamientos de tipo libidinoso en su vagina, en los senos, actos masturbatorios e introducirle los dedos en la vagina”* (f. 22, co-1).

La sentencia de condena se dictó en la data de 28 octubre 2015 (f. 108-127, co-1). Se impuso pena privativa de la libertad de 192 meses de prisión, con la accesoria de rigor por igual término, se negó subrogado penal y prisión domiciliaria, razón por la cual se libraron órdenes de captura en contra del fulminado, las cuales se hicieron efectivas.

La señora abogada defensora, doctora M.C.P.B., interpone y sustenta el recurso de apelación (f. 130-143, co-1). Se alega en la censura violación del principio de congruencia, pues en el juicio se probó que el estado de indefensión no se ocasionó por la droga médica sino por otra sustancia que le suministró *motu proprio* el acusado.

Expresa la censora:

Uno: Que en gracia de discusión se puede aceptar que el enfermero acusado aplicó los medicamentos prescritos por el o la profesional de medicina, pero que los mismos no pusieron en *“incapacidad de resistir”* algún ataque sexual (f. 136, co-1).

Dos: Que la paciente informa que el enfermero le dijo que se bajara los pantalones y ella se los bajó; después le dice que se volteé y ella se voltea; después la invita al baño y ella ya le reclama que para qué, que qué va a pasar, entonces él sale y luego regresa y le da un confite (f. 137, co-1); que ella se levanta de la camilla y el enfermero le ofrece un masaje relajante; que el

enfermero le da a oler un vaso de tinto con olor penetrante y desde ahí es que empieza con los recuerdos e imágenes vagas (f. 138, co-1).

Tres: Que en la historia clínica aparece paciente orientada, consciente y tranquila (f. 138, co-1).

Cuatro: En ningún momento la paciente fue puesta en incapacidad de resistir por parte del enfermero para abusar sexualmente de ella, con los medicamentos recetados logró dormir, levantarse, ir al baño y regresar sin ayuda de nadie (f. 139, co-1).

Cinco: La Fiscalía no probó el delito por el cual acusó (f. 140, co-1); en la acusación nunca se mencionó que adicional a los medicamentos ella había oído una sustancia que en un vaso como de tinto le allegara el enfermero para hacerle los masajes, este hecho lo dio por probado el juez de instancia para deducir que ello le produjo la incapacidad de resistir (f. 140, co-1).

4.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos presentados por la abogada defensora.

La impugnante centra su ataque en contra de la sentencia *a quo* en tema de vulneración del principio de congruencia fáctica (Art. 448 del CPP).

➤ La Sala responde:

4.1 LA RELACIÓN DE LOS HECHOS

Los hechos por los cuales se acusó y los hechos por los cuales se condenó, son los siguientes:

HECHOS SEGÚN LA FISCALIA	HECHOS SEGÚN EL DESPACHO DE INSTANCIA
<p>“tuvieron ocurrencia en esta ciudad de Medellín, 27 enero 2012, en horas del amanecer, en la Clínica XXX de esta ciudad de Medellín, a donde había acudido de urgencias el día anterior la joven XXXXX (se agrega: hoy XXXXX) de 23 años de edad, por un fuerte dolor de cabeza, lo que llevó a los médicos del lugar a dejarla en atención hospitalaria hasta el día siguiente, aplicándole medicamentos y haciéndole exámenes, medicamentos que le produjeron estado de somnolencia el cual fue aprovechado por el señor J.G.C., enfermero del lugar, quien estaba atendiendo a la joven para hacerle tocamientos de tipo libidinoso</p>	<p>“Quiere decir lo anterior, que durante todo el día y la noche de aquel 26 de enero de 2012, XXXXX, no empecé haber recibido medicamentos de Dipirona y Tramadol, siempre estuvo consciente y orientada hasta cuando el acusado se le ofrece como lo hizo el día anterior a hacerle unos masajes, pero esta vez se hace acompañar de una sustancia que la víctima percibió profusamente, para ella, un hecho relevante, al decir, que el enfermero primero salió de la habitación no habitáculo donde se hallaba y luego ingresó con un vaso como de tinto, y no le fue difícil descubrir que su contenido tenía un olor fuerte y penetrante. Es a</p>

<p>en su vagina, en los senos, actos masturbatorios e introducirle los dedos en la vagina” (f. 22, co-1).</p>	<p>partir de aquel momento en que la víctima no tiene la capacidad para repeler un ataque de tal magnitud, a tal punto que obedeció todos y cada uno de los pervertidos caprichos del acusado” (f. 119, co-1).</p> <p>“Dicho lo anterior, nos ocupamos ahora de explicar por qué se llega a la conclusión de la que la víctima entra en estado de incapacidad a partir de la inhalación de aquel fuerte olor que contenía el vaso de tinto que el implicado le acercó a su nariz y por qué no hay prueba ni base científica para afirmar que XXXXX debido a los medicamentos que le fueron suministrados, llegó a tener alucinaciones que después fueron reflejadas con falsas acusaciones como la que quiere hacer notar la defensa” (f. 122 vt., co-1).</p> <p>“Para el despacho, se reitera, no hay relación de causalidad entre la medicación formulada y su estado de incapacidad, contrario sensu, sí hay una estrecha correspondencia entre lo inhalado y el estado inmediato de no poder oponerse a los actos libidinosos desplegados por el acusado” (f. 123, co-1).</p>
---	---

4.2 EL TEMA DE LA CONGRUENCIA

4.2.1 EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN MATERIA PENAL EN LOS REGIMENES PROCESALES MIXTOS²

El principio de congruencia en materia penal, también denominado de coherencia o de correlación³ entre acusación y sentencia, es elemento integrante del debido proceso, en tanto garantía indispensable para la efectividad del derecho de defensa.

² Corte Constitucional, Sentencia T-062 de 2013; Corte Constitucional, Sentencia T-655 de 2015; Saray Botero, Nelson. Proceso Penal Acusatorio, Editorial Leyer, Julio 2016.

³ Cfr. fallo de 18 agosto 2010, radicación 33.509. Así, por ejemplo, recibe esa denominación en “Lecciones de derecho procesal penal”, ARMENTA DEU, Teresa, señalando que “*la sentencia no puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de acusación, ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal de la acusación en los escritos de calificación o acusación...*”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 56-57

Como expresión del debido proceso o mejor, como “*regla estructural del proceso*”⁴ y en íntima conexión con el derecho de defensa, las diversas legislaciones procesales han contemplado este instituto.

En el **decreto 2700 de 1991**, sistema mixto inquisitivo, en el que según la Corte Constitucional en las sentencias T-480 de 2006 y C-025 de 2010, la Sala Penal desarrolló una clara línea jurisprudencia en la que se destaca:

(i) La provisionalidad de la calificación jurídica no vulnera el derecho de defensa del acusado.

(ii) A pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia.

(iii) Al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.

En la **Ley 600 de 2000**, sistema mixto inquisitivo con algunos elementos acusatorios, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció, en lo que concierne al principio de congruencia y la variación de la calificación jurídica, la siguiente doctrina⁵:

(i) La calificación inicial sobre el delito no puede ser invariable, ya que el objetivo de todo proceso penal, es esclarecer los hechos, los autores y partícipes con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve⁶.

(ii) El funcionario o Corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso.

(iii) Lo trascendente, desde una perspectiva constitucional, no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos.

En la Ley 600 de 2000 uno de los postulados fundantes de las actuaciones penales, que estructuran tanto el debido proceso como el derecho de defensa, es el principio de *congruencia*, el cual se predica de la sentencia respecto de la resolución de acusación (Corte Constitucional, Sentencias T-062 de 2013 y T-655 de 2015).

La congruencia en el sistema procesal penal mixto se predica efectivamente entre la resolución acusatoria y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), de tal forma que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en

⁴ CSJ SP, 20 octubre 2005, rad. 24.026, adoptada en el sistema acusatorio en la que se rememora la sentencia del sistema mixto inquisitivo CSJ SP, 9 junio 2004, rad. 20.134

⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-480 de 2006 y C-025 de 2010

⁶ Se debe agregar, como lo hace la Corte Constitucional más adelante en la providencia citada, que esa variación no es ilimitada pues debe preservar el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, Cfr. CSJ AP, 14 febrero 2002, rad. 18.457

la acusación ni se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena⁷.

Precisamente la acusación señala los parámetros dentro de los cuales debe moverse el juez desde el punto de vista jurídico, pero también fáctico, de modo que le está vedado al juez “*introducir hechos no comprendidos en la resolución de acusación, ni agravantes, ni, en fin, hacer, de alguna manera, más gravosa la situación del procesado*”⁸.

El imputado debe conocer a ciencia cierta los hechos por los que se le está persiguiendo penalmente, pero, sobre todo, aquellos en virtud de los cuales la fiscalía lo acusa ante el juez y los delitos que le atribuye, pues es precisamente esto lo que torna efectivo su derecho a defenderse en la etapa adversarial del juicio, en donde el órgano acusador asume el papel de parte, según el esquema procesal de la Ley 600 de 2000.

Si el procesado no conoce de forma concreta, específica y circunstanciada los hechos que conforman la acusación y su respectiva calificación jurídica, tampoco sabrá de qué y cómo intentar controvertir aquello que se le atribuye.

Pero garantizado lo anterior, puesto que la certidumbre de la acusación permite y asegura la eficacia de la defensa, esas bases fácticas y jurídicas alrededor de las cuales gira el juzgamiento no pueden ser desconocidas por el fallador al momento de adoptar la decisión de fondo, por cuanto, con la erosión de la congruencia, también terminaría haciéndose nugatorio el derecho a la contradicción protegido por la Carta (Art. 29 de la Constitución).

La garantía de la congruencia posee una doble dimensión: tiende un puente o vínculo, por un lado, entre los hechos contenidos en la acusación y aquellos sobre los cuales versará la sentencia y, por el otro, entre los delitos imputados por la fiscalía y aquellos sobre la base de los cuales el juez dictará sentencia, vínculo dual establecido por el legislador como forma de protección al imputado.

En la Ley 600 de 2000 se contempla expresamente, en la audiencia de juicio, la posibilidad que la fiscalía modifique la calificación jurídica dada a la conducta en la resolución de acusación, ya sea porque fue errónea o en razón de prueba sobreviniente, respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifique los límites punitivos.

Adicionalmente, como forma de salvaguardar los derechos de las partes y, especialmente, del acusado frente a la atribución de esa nueva calificación, el estatuto establece un procedimiento para que la defensa pueda ser reorganizada de conformidad con las nuevas circunstancias (artículo 400 Ley 600 de 2000).

La Ley solo permite a la fiscalía alterar en ese momento las connotaciones jurídicas de la conducta por la que acusó, pero no los hechos en sí, en virtud de los cuales llevó a juicio al procesado.

La imputación fáctica se convierte en una barrera todavía mucho más fuerte e infranqueable que la imputación jurídica, pues, opuestamente a esta, ni siquiera

⁷ CSJ SP, 11 febrero 2004, rad. 14.343; CSJ SP, 18 marzo 2009, rad. 29.122

⁸ Corte Constitucional, Sentencia 11 febrero 2004, rad. 14.343; CSJ SP, 18 marzo 2009, rad. 29.122

puede ser modificada en el escenario del juicio, una vez consignada en la acusación y, por supuesto, tiene que ser respetada de forma rígida por el juez al condenar, todavía en mayor medida que el marco señalado por los delitos, pues mientras que puede sancionar por punibles menos graves, los hechos son inmodificables.

La congruencia es una garantía instrumental que busca evitar que el acusado sea sorprendido por hechos o delitos nuevos, y de modo fundamental por los primeros, a fin de proteger su prerrogativa intangible de defenderse de manera real dentro de la actuación penal.

Es incontestable que desconocida la congruencia se derrumbaría también la prerrogativa de la contradicción del procesado⁹.

La congruencia no se puede concebir como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre acusación y sentencia, *“sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una atadura irreductible”*¹⁰, con lo cual, en la sentencia el juez puede, dentro de ciertos límites, *“degradar la responsabilidad sin desconocer la consonancia”*¹¹.

No hay vulneración de la congruencia cuando se condena en forma atenuada, *“siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada”*¹².

4.2.2 EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN MATERIA PENAL EN LA LEY 906 DE 2004

La Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2010, concluye con respecto al principio de congruencia en el sistema acusatorio penal:

“(i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos”.

La congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del sistema acusatorio procesal penal colombiano¹³.

⁹ CSJ AP rad. 45.491 de 25-03-15; CSJ SP7591-2015, rad. 44.710 de 17-06-15

¹⁰ CSJ SP, 29 julio 1998, rad. 10.827

¹¹ CSJ AP, 14 febrero 2002, rad. 18.457

¹² CSJ AP, 14 febrero 2002, rad. 18.457

¹³ CSJ SP, 25 abril 2007, rad. 26.309

El principio de congruencia constituye bastión del debido proceso penal desde la doble perspectiva de garantía (íntimamente relacionado con el derecho de defensa) y estructura (como eslabón)¹⁴, pues le marca al Estado un límite en el ejercicio del *ius puniendi*; su carácter vinculante por antonomasia no puede ser desbordado porque pugnaría con los mismos sustentos del sistema acusatorio¹⁵.

Su teleología no hace cosa distinta que exigir una total correspondencia entre el acto complejo de la acusación (escrito y audiencia) el que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral¹⁶ y la sentencia en el proceso ordinario¹⁷, en aras de que el investigado, al momento en que se le acusa, conozca todas y cada una de las circunstancias tanto fácticas como jurídicas en que se edifica el pliego acusatorio y de esta manera, planifique su defensa¹⁸.

Por lo tanto, la congruencia como garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía, bien con lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la fiscalía¹⁹, o ya con las conductas punibles atribuidas en el acto complejo de acusación²⁰, identidad que debe estar referida o verificarse en tres aspectos, a saber: el personal, el fáctico y el jurídico (CSJ AP, 23 mayo 2012, rad. 38.810).

Dicho postulado está consagrado en el canon 448 de la Ley 906 de 2004, así:

Artículo 448. **Congruencia.** El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

En la sentencia C-025 de 2010, que precisamente declaró la exequibilidad del Art. 448 de la Ley 906 de 2006, “*por el cargo analizado*”, se dijo por la Corte Constitucional, que dicho principio rige la relación existente entre la acusación y la sentencia, configura un elemento central de un sistema penal acusatorio, caracterizado por (i) la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla; (ii) el derecho que tiene el procesado a conocer la acusación formulada; y (iii) una comprensión estricta de la prohibición de la *reformatio in pejus*²¹; principio acusatorio entendido en que no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*)²²; el cual se proyecta en varios sentidos²³: (i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma en perjuicio²⁴; y, adicionalmente, en materia procesal penal dicho principio “*adquiere una mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite*

¹⁴ Cfr. CSJ SP, rad. 35.293 de 7 septiembre 2011

¹⁵ CSJ SP, 28 marzo 2012, rad. 36.621

¹⁶ La Corte ha entendido que los extremos de la congruencia se extienden hasta el alegato final en el juicio oral: CSJ SP rad. 32.865, de 16 marzo 2011.

¹⁷ O lo que el imputado acepte en la audiencia de formulación de la imputación o a través de preacuerdos y negociaciones celebrados con la fiscalía, en casos de terminación anticipada

¹⁸ CSJ SP, 28 marzo 2012, rad. 36.621

¹⁹ Artículos 293 y 348 a 354 de la Ley 906 de 2004

²⁰ Artículo 337 *ibídem*

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 27 enero 2010

²² CSJ SP, 28 febrero 2007

²³ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de derecho procesal penal, Editorial Marcial Pons, segunda edición. 2004. En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Tratado de derecho procesal penal. Ed. Thomson, 2004

²⁴ CSJ SP, 28 febrero 2007

procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado./ Así las cosas, el contenido y el alcance del mencionado principio en asuntos penales se encuentran determinados por una interpretación sistemática de los artículos 29 y 31 Superiores; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010).

El referido precepto, como de tiempo atrás lo ha dilucidado la Sala Penal de la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad²⁵.

De esa manera surge claro que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio, que el fiscal puede solicitar la condena y el juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación²⁶.

Al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas²⁷.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 337-2 del Código de Procedimiento Penal, la fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación *“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”*, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 CPP, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer *“los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”*; y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la fiscalía, no podrá ser declarada culpable *“por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*²⁸.

La providencia penal de condena incurre en error absoluto si el juez²⁹ i) sigue un trámite totalmente ajeno al dispuesto para el asunto sometido a su competencia³⁰,

²⁵ CSJ SP 8034-2015, rad. 41.685 de 24 junio 2015

²⁶ CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879

²⁷ CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879

²⁸ CSJ SP, 4 mayo 2011, rad. 32.370; CSJ AP, 27 junio 2012, rad. 32.650; CSJ AP, 4 julio 2012, rad. 32.879

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-655 de 2015

³⁰ Corte Constitucional, Sentencias T- 996 de 2003, T- 638 de 2011, T- 781 de 2011, y T- 620 de 2013, entre otras.

ii) pretermite etapas sustanciales del procedimiento y, de esa forma, conculca derechos de alguna de las partes³¹ y iii) pasa por alto el debate probatorio, vulnerando los derechos de defensa y contradicción de los intervinientes en la actuación³².

A causa del desconocimiento del principio de congruencia en su dimensión fáctica entre la acusación y la sentencia, el juez incurre en un error procedimental absoluto que se refleja en el fallo. En varios pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional se ha consolidado expresamente la tesis que desconocer la garantía de la congruencia supone que la providencia incurrió en un defecto procedimental absoluto³³.

En el sistema acusatorio penal la imputación por parte de la fiscalía debe ser lo más completa, precisa y clara posible de tal forma que tanto el investigado como su abogado defensor conozcan el marco de la imputación y proyecten adecuadamente las consecuencias de una posible aceptación voluntaria y unilateral de responsabilidad a través del allanamiento³⁴. En este caso la congruencia se predica entre la imputación de cargos y la sentencia.

4.2.3 IMPLICACIONES DE LA CONGRUENCIA

El principio de congruencia implica³⁵:

Uno: Que al juez le está vedado adicionar consecuencias adversas distintas a las consignadas por la fiscalía, y proferir condena por conductas respecto de las cuales dicho ente no hizo pedimento en tal sentido. Por manera que le corresponde resolver observando el principio de congruencia, que lo ata a hacerlo conforme al contenido de la acusación, entendida ésta como acto complejo —escrito y formulación— y a lo solicitado por la fiscalía en los alegatos finales (CSJ SP, 13 julio 2006, rad. 15.843; CSJ SP 16544-2014, rad. 41.315 de 03-12-14).

Dos: Que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultas del proceso.

Tres: Si la Fiscalía solicita absolución, el Juez invariablemente debe absolver

Cuatro: Si la Fiscalía se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación, el juez invariablemente debe absolver.

Cinco: La acusación marca un límite para el arbitrio de las partes e intervinientes.

Seis: Que la acusación marca un límite al funcionario judicial, en tanto, no es posible, en la generalidad de los casos, pedir condena o proferir la misma por una conducta punible distinta a la que fuera objeto de elevación del pliego de cargos y,

³¹ Corte Constitucional, Sentencias SU-159 de 2002, T- 996 de 2003 y T- 264 de 2009, entre otras.

³² Corte Constitucional, Sentencias T- 996 de 2003, T- 388 de 2006, T-310 de 2009, T-655 de 2015. Este tipo de defecto no debe confundirse con el denominado *defecto fáctico*, pues en éste último el juez sí otorga la oportunidad procesal para el debate probatorio, pero incurre en yerros sobre la apreciación de las pruebas

³³ Corte Constitucional, Sentencias SU-424 de 2012 y T-152 de 2013.

³⁴ CSJ SP, 21 marzo 2007, rad. 25.862; CSJ SP, 22 agosto 2008, rad. 29.373.

³⁵ CSJ SP, 25 septiembre 2013, rad. 41.290; CSJ SP13938-2014 de 15 octubre 2014, rad. 41.253

en todo caso, nunca por unos hechos diferentes. La acusación limita las facultades del fallador.

Sobre este último aspecto, la Corte precisó en CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685; CSJ SP, 8 junio 2011, rad. 34.022; CSJ SP 17436-2105, rad. 45.008 de 16-12-15, que esa exigencia merecía *“ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado”*³⁶.

4.2.4 **Del principio de congruencia estricto al principio de congruencia flexible**

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte superó la tesis, en su momento reinante sobre el denominado principio de congruencia estricto³⁷, para abrir paso a una postura morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia³⁸.

Desde la providencia CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468, la Corte admite la posibilidad de variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, es decir, condenar por un delito distinto al contemplado en ésta siempre que sea de menor entidad y que la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, adicionalmente que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes, y sin que se haga más gravosa la situación del acusado.

En el fallo CSJ SP, 13 diciembre 2010, rad. 34.370, se señaló que cuando en razón de las garantías fundamentales se debe condenar en casación por un delito que implica una sanción punitiva más alta, pero el procesado es impugnante único, lo procedente es reconocer la calificación jurídica que consulta la realidad de la actuación, pero dejando incólume la pena más beneficiosa para los intereses del procesado.

Posteriormente, en CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685, la Corte precisó que los jueces pueden efectuar el cambio de la calificación jurídica sin ser necesario que medie solicitud expresa de la fiscalía y bajo los condicionamientos anteriores.

En CSJ AP, 28 de marzo 2012, rad. 36.621, se ratificó la postura de pasar de una congruencia estricta³⁹ a una línea morigerada frente a las facultades del juez en la sentencia⁴⁰: *“Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la conducta a favor del procesado; por ejemplo, tomando*

³⁶ CSJ SP13938-2014, rad. 41.253 de 15 octubre 2014

³⁷ *“la jurisprudencia de la Sala ha acogido lo que podría denominarse como el principio de congruencia estricto, bajo el entendido que el juez no puede condenar por conducta punible diferente a aquella por la que se acusó, ni siquiera para favorecer al implicado, al paso que, para el fiscal la congruencia es flexible o relativa, en tanto que puede pedir condena por delitos diferentes al de la acusación siempre que la nueva calificación se ajuste a los hechos y sea favorable para el acusado”*, Cfr. CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468

³⁸ CSJ SP, 7 septiembre 2011, rad. 35.293; CSJ AP, 28 marzo de 2012, rad. 36.621

³⁹ “CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468

⁴⁰ Cfr. CSJ SP, 7 septiembre 2011, rad. 35.293

en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes”.

En CSJ AP, 3 julio 2013, rad. 33790 se dijo que el juez puede variar la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral.

Luego en CSJ SP, 12 marzo 2014, rad. 36.108, sostuvo la Corporación la misma línea al explicar que es posible, de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la fiscalía, en la medida que la nueva respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación, y que no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468; CSJ SP, 3 junio 2009, 28.649; CSJ AP, 7 abril 2011, rad. 35.179; CSJ SP, 24 julio 2012, rad. 32.879).

En CSJ AP, 24 septiembre 2014, rad. 44.458, reiteró la Corte que cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad. No es necesario que la petición la haga expresamente la fiscalía en las alegaciones de conclusión, así que actualmente no constituye condición necesaria para la variación de la calificación jurídica de la conducta la petición de la Fiscalía General de la Nación⁴¹.

La jurisprudencia entonces abandonó el concepto rígido de congruencia estricta, el cual impedía al juez modificar al momento de dictar el fallo la denominación jurídica efectuada por la fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes (CSJ SP6354-2015, rad. 44.287 de 25 mayo 2015).

4.2.5 Nueva línea jurisprudencial con la providencia CSJ SP6808-2016, rad. 43.837 de 25 mayo 2016

Con la providencia CSJ SP6808-2016, rad. 43.837 de 25 mayo 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en una polémica decisión de 5 votos (mayoría) en contra de cuatro votos (salvamentos), fija una nueva línea jurisprudencial en tema de congruencia y petición de absolución por la Fiscalía General de la Nación.

La nueva postura es que la petición de absolución por parte de la Fiscalía en las alegaciones de conclusión luego del juicio oral y público, no es vinculante para el juez de instancia quien puede condenar siempre y cuando se guarde congruencia con la acusación (escrito y exposición oral en audiencia).

La línea jurisprudencial anterior consistía en que la petición de absolución equivale a “*retiro de los cargos*”, lo mismo cuando la fiscalía se abstiene de pedir condena

⁴¹ CSJ SP rad. 32.685 de 16-03-11; CSJ AP rad. 40.675 de 18-12-13; CSJ SP7591-2015, rad. 44.710 de 17-06-15

por uno de los delitos, eventos en los que el juez indefectiblemente debe dictar sentencia absolutoria pues no se puede convertir en un acusador oficioso: CSJ SP, 13 julio 2016, rad. 15.843; CSJ SP, 13 abril 2008, rad. 27.413; CSJ SP, 22 mayo 2008, rad. 28.124; CSJ SP, 29 julio 2008, rad. 28.961; CSJ SP, 8 octubre 2008, rad. 28.361; CSJ SP, 27 octubre 2008, rad. 26.099; CSJ SP, 3 junio 2009, rad. 28.649; CSJ AP, 29 julio 2010, rad. 28.912; CSJ AP, 21 marzo 2012, rad. 38.256; CSJ AP, 27 febrero 2013, rad. 40.306; CSJ AP, 11 septiembre 2013, rad. 43.837; CSJ SP, 25 septiembre 2013, rad. 41.290; CSJ SP, 23 julio 2014, rad. 36.772.

Aunque en otras decisiones insulares se sostuvo por la Corporación Judicial que la Fiscalía no puede retirar los cargos ni puede desistir de los mismos pues la acusación es indisponible por el ente acusador, y la petición de absolución no es ejercicio de facultad dispositiva: CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26.468; CSJ SP, 28 noviembre 2007, rad. 27.518; CSJ AP, 31 marzo 2008, rad. 29.335. Tales criterios fueron *obiter dicta* y no *ratio decidendi*.

El nuevo criterio jurídico expuesto en CSJ SP6808-2016, rad. 43.837 de 25 mayo 2016, desarrolla los temas de los derechos de la víctima en el proceso penal y la discrecionalidad excepcional sujeta a control judicial; se argumenta que la Fiscalía tiene una pretensión y una postulación, mientras que el juez ha de decidir de fondo con fundamento en las pruebas del juicio; el juez no puede refrendar, sin motivación, los actos de disposición de la Fiscalía; la víctima puede apelar la sentencia absolutoria como arista del derecho a la verdad, justicia, reparación y garantía de un recurso judicial efectivo; no hay una potestad dispositiva incontrolada del órgano acusador, por lo que su petición absolutoria no es vinculante para el juez de conocimiento.

La nueva línea jurisprudencial es que las alegaciones finales de la fiscalía, luego de la práctica de pruebas en el juicio oral y público, es un acto de postulación, como el de la defensa, el ministerio público y la víctima, que no es vinculante para el juez de conocimiento; y el juez, en todos los casos, decide con fundamento en las pruebas del juicio para llegar a una decisión de fondo, ya de absolución o de condena.

4.2.6 El caso concreto

En el asunto del *sub lite*, se tiene:

Uno: Que los hechos para la Fiscalía fueron que los “*medicamentos que le produjeron estado de somnolencia el cual fue aprovechado por*” el acusado para la comisión del reato. Es decir, fueron los medicamentos recetados por los médicos los que llevaron a la paciente a un estado de letargo y somnolencia que aprovechó el autor del reato para la comisión del delito.

Dos: Para el *iudex a quo*, y se transcribe: “*no hay relación de causalidad entre la medicación formulada y su estado de incapacidad, contrario sensu, sí hay una estrecha correspondencia entre lo inhalado y el estado inmediato de no poder oponerse a los actos libidinosos desplegados por el acusado*” (f. 123, co-1).

Tres: Es decir, que en todo caso se produjo estado de somnolencia en la víctima, y este aspecto es lo relevante, lo cual además se probó en juicio, estado que fue aprovechado por el justiciable para la comisión del reato.

Cuatro: No es necesario probar en juicio qué sustancia se empleó, pues los efectos los relata la ofendida y, de otra parte, la sustancia puede desaparecer rápidamente del organismo, ello en virtud del brocárdico de la libertad de prueba (Art. 373 CPP).

Cinco: La relevante fue que se ocasionó la indefensión de la víctima para realizar en ellas actos lascivos.

4.2.7 En tema de indefensión

La indefensión es cuando se quita al agredido la oportunidad de rechazar la agresión por sí o por otra persona; es la total carencia de medios de defensa, está inerme ante el agresor (CSJ SP16207-2014, rad. 44.817 de 26-11-14).

Está en situación de indefensión quien al momento de la agresión carece de medios de defensa, esto es, en estado inerme (CSJ SP, rad. 36.792 de 06-06-12).

Por la su parte, la inferioridad es cuando el agredido dispone de medios de defensa pero no puede utilizarlos, pues está en situación desventajosa. Es comparativo frente al agresor y a la agresión (CSJ SP16207-2014, rad. 44.817 de 26-11-14). Es que la *“inferioridad es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia”*⁴².

Aquí se advirtió sobre la indefensión de la víctima, la cual, además, se probó a través de su propio testimonio en juicio oral y público.

5.- EN CONCLUSIÓN:

No se vulneró la congruencia fáctica, pues se demostró en juicio que la persona fue sometida a indefensión por una sustancia extraña, independientemente que fuese la droga recetada o dada a inhalar por el justiciable, razón por la cual se ha de confirmar la sentencia de condena.

6.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena objeto de confutación; **(ii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

⁴² CSJ SP16207-2014, rad. 44.817 de 26-11-14

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GOMEZ
Magistrado

HENDER A. ANDRADE BECERRA
Magistrado