



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP16913-2016
Radicado N° 48200.

Aprobado acta No. 376.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Surtido sin éxito el trámite de insistencia dispuesto en el auto mediante el cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor del procesado **LUIS ALONSO CARDONA PALMA**, contra la sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 16 de febrero de 2016, a través de la cual confirmó la dictada el 19 de junio de 2015 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó al mencionado como autor de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, y violencia intrafamiliar, a la pena principal de 276 meses de prisión, se decidirá lo que en derecho corresponda acerca de la eventual vulneración de garantías fundamentales anunciada en tal determinación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Mediante auto del 27 de julio de 2016, esta Corporación inadmitió la demanda de casación formulada por el defensor de Luis Alonso Cardona Palma, por hechos que en el fallo de segundo grado reseñado fueron sintetizados de la siguiente manera:

El 10 de septiembre de 2009, la señora Nurys Mosquera Rodríguez, en calidad de defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, presentó denuncia contra el señor Luis Alonso Cardona Palma, por haberse encontrado en la actuación administrativa adelantada por ese instituto a favor de las menores JCG y NCP, quienes no solo venían siendo maltratadas físicamente como lo puso en conocimiento la directora del centro educativo al que asistían, sino también abusadas sexualmente como se pudo determinar con la investigación realizada.

2. En el mismo proveído la Corte previno sobre la eventual vulneración de garantías fundamentales, razón por la cual dispuso que una vez se surtiera, en caso de interponerse, el mecanismo de insistencia, retornara la actuación al Despacho para pronunciarse sobre el asunto.

3. El casacionista promovió mecanismo de insistencia contra el auto inadmisorio de la demanda, al cual no se accedió, según lo determinó el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal en decisión del 12 de agosto del año en curso, motivo por el cual las diligencias retornan al despacho para los fines anunciados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se indicó, el objeto del presente proveído se circunscribe a establecer si se materializó la violación de garantías fundamentales, de manera específica los principios de coherencia y congruencia, con incidencia en el menoscabo de los derechos de defensa y debido proceso, al no haber determinado la Fiscalía la situación fáctica por la que encaminó la investigación y el juicio en contra de Luis Alonso

Cardona Palma, yerro que desencadenó en el proferimiento de una condena que tampoco correspondió a la pretensión cabal del ente acusador.

Así las cosas, la anfibológica actuación de la Fiscalía, exige a la Sala (i) destacar de manera textual lo acaecido en cada uno de los estadios procesales, en aras de (ii) determinar de qué manera se observan lesionadas las garantías fundamentales del procesado.

I. De la actuación procesal

a. Audiencia de formulación de imputación¹

Como consecuencia de la captura de CARDONA PALMA, por solicitud previa de la Fiscalía, el día 12 de marzo de 2010 se llevó a cabo ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, la audiencia de formulación de imputación (arts. 286 y s.s. del C. de P.P.), acto público en el que la delegada del ente acusador efectuó la siguiente exposición fáctica y jurídica:

...los cargos por los cuales la Fiscalía lo viene investigando es por los delitos de acto sexual abusivo con menor de 14 años en concurso con acto sexual y violencia intrafamiliar agravados, por qué razón? El acto sexual abusivo con menor de 14 años de acuerdo a los elementos materiales probatorios que reposan en la carpeta en cuanto a la valoración psicológica realizada a su menor hija Natalia, manifiestan o nos llevan a inferir que Ud. puede ser el presunto culpable o autor, perdón, de esos hechos. La niña manifiesta en su valoración pues que aparte de ser maltratada físicamente, Ud. abusaba de ella realizándole tocamientos en sus partes genitales. Ese es el delito de acto sexual abusivo, y por qué es agravado? Porque es su hija es biológicamente su hija de sangre eso tiene una agravación en que aumenta una pena de 9 años más una tercera parte, es decir, esa pena quedaría en doce años aproximadamente. Por qué el delito de acto sexual abusivo? Porque Ud., tiene otras dos hijas que si bien es cierto son menores no son menores de 14 años, igualmente les realizaba tocamientos indebidos abusando de ellas tanto física como sexualmente, por ello es el delito de acto sexual que tiene una pena también de 9 años. Por qué la violencia intrafamiliar? Por los maltratos físicos constantes de los que venían sufriendo sus niñas desde tiempo atrás. De acuerdo a todo lo que en la audiencia de legalización de captura le pude leer y que si a bien lo tiene le reitero y se lo vuelvo a leer, nos inducen o nos llevan razonablemente a pensar que es Ud. y nadie más que Ud. el autor de esos delitos. Todo ello tiene una condena, por cada uno, que podríamos establecerla de

¹ CD. No. 2, record No. 3, 9'33"

acto sexual abusivo con menor de 14 años de 12 años por el agravante, la otra son de 9 y la violencia intrafamiliar sería 4. Esa pena se la va a determinar un juez de conocimiento, no en esta audiencia. Yo simplemente le estoy informando las condenas que trae nuestro Código Penal. Igualmente señor Cardona la Fiscalía lo conmina o lo invita a que acepte los cargos, pero también le quiere hacer saber que si Ud. acepta esos cargos no tiene derecho a ninguna clase de rebaja por prohibición legal del Código de Infancia y Adolescencia, estos son delitos atroces en los cuales la víctimas son menores y la ley prohíbe cualquier clase de beneficio. No se sabe si más adelante la Corte piense pues que es demasiado estricta, en fin no sabemos, pero en estos instantes no hay beneficio alguno. El hecho de que Ud. se allane significa pues que ya no tendría un juicio sino una sentencia condenatoria ante un juez de conocimiento. Y si no acepta los cargos iría a un juicio una audiencia de acusación una audiencia preparatoria donde iríamos Ud. presentado elementos materiales probatorios que procuraran dislucidar (sic) o negar con lo que hoy cuenta la Fiscalía y que de verdad pues creo que sería muy difícil tratar de hacerlo teniendo en cuenta que a los niños hay que creerles y que cuando ellos hablan y la situación que sus hijas hoy tienen: una en un sitio de una institución psiquiátrica, la otra no sabemos dónde está, desaparecida, y una chiquita en un hogar sustituto, eso simplemente nos lleva a pensar y a razonar de que Ud. no es la persona idónea para tener sus hijas. Con esos detalles, con esos informes que le he venido dando es por eso que nosotros lo estamos investigando. E igualmente, le digo que si Ud. acepta no tiene derecho o no puede retractarse, ya lo dicho ahí queda y llegaría a una sentencia condenatoria.

Finalizada la exposición de la Fiscal y ante la falta de entendimiento que el indiciado manifestó respecto de los cargos endilgados, la misma funcionaria efectuó las siguientes precisiones:

...La Fiscalía le viene investigando a Ud. por unos delitos cierto?, esos delitos se llaman actos sexuales abusivos con menor de 14 años, porque Ud. tiene una niña de 11 años; actos sexuales abusivos porque tiene dos niñas mayores de 14 menores de 18 al momento de sucederse los hechos, agravados porque son sus hijas biológicas, sus hijas de sangre usted las concibió con la madre de las niñas; violencia intrafamiliar porque de hecho de acuerdo al informe de la trabajadora social, la situación actual de las niñas nos demuestran nos llevan a pensar a razonar que efectivamente es un hogar supremamente disfuncional, donde permanente se agreden y se agrede a niñas víctimas, son menores, por esos delitos la fiscalía lo viene investigando, esos delitos tienen una pena, esa pena es de acto sexual con menor de 14 años de 9 años, pero como es agravada, es más fuerte por ser sus hijas, esa pena se aumenta en una tercera parte y si Ud. a 9 le saca la tercera parte serían 3, y si Ud. suma 9 más 3 le da 12, eso sería un delito, el otro delito sería 9 y el otro delito sería violencia intrafamiliar de 4 años es la pena mínima, eso no quiere decir que a Ud., le van a sumar 12 más 9 más 4, no, esa pena se la va a determinar el juez de conocimiento en su momento. Igualmente, por todos esos hechos que ya hemos venido relatando y que están esos elementos dentro de la carpeta y que Ud. pues tuvo la oportunidad de observar con la doctora su defensora,

es lo que lleva a la Fiscalía a hoy imputarle a comunicarle esos delitos, entonces lo que la Fiscalía igual lo conmina lo conlleva a que si Ud. voluntariamente, espontáneamente aceptar los cargos de los cuales le acabo de mencionar a bien lo tiene, pero igual no tiene rebaja de pena...

Seguidamente, habiendo acentuado el señor Cardona Palma que los cargos imputados le quedaron claros, intervino la defensora, quien solicitó a la Fiscalía hacer claridad respecto de los motivos fundados para la imputación del delito de violencia intrafamiliar, razón por la cual la instó para que efectuara la respectiva readecuación. Ante ello, la delegada del ente acusador señaló:

...esta delegada Fiscal no se opone a las pretensiones de la defensa y readecua la imputación en el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado, el cual tiene una pena de 9 años y una agravación de una tercera parte, es decir, de doce años, gracias su señoría, en concurso con el acto sexual abusivo.²

b. Escrito de acusación

Continuando con el hilo conductor de lo acaecido en el proceso, se tiene que el escrito de acusación fue presentado el 31 de marzo de 2010, consignándose en el acápite de *Formulación de acusación*, que:

*(...) de acuerdo con los hechos y con los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, formula acusación en contra del señor LUIS ALONSO CARDONA PALMA, como autor de los delitos de **ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO CON ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS DEL QUE FUERON VÍCTIMAS LAS NIÑAS N.C., V.P. Y J.C.G.*** Ilícito este previsto en el código penal en su libro II, Título IV, Capítulos II y III, artículos 209 y 211 numerales 2 y 4, modificado por la ley 1236 de 23 de julio de 2008, en circunstancias de mayor punibilidad de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 58 numeral 7 del C.P., en atención a que se puede afirmar con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el acusado es su autor.³

c. Audiencia de formulación de acusación

Asignada la actuación al Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, la audiencia de

² CD No. 2; Audio No. 4, 2':02".

³ Cuaderno # 1, folio 18.

formulación de acusación se llevó a cabo el 7 de mayo siguiente, oportunidad en la que la Fiscalía, luego de enunciar que previamente procedió a la entrega del escrito de acusación a la defensa, así como del apéndice que hizo del mismo y de los elementos materiales probatorios obrantes en la actuación, manifestó que en su exposición haría adición y corrección a la pretensión del ente investigador, luego de lo cual, respecto de la situación fáctica jurídicamente relevante, hizo relación a la que fuera consignada en el escrito de acusación, así:

Señor Juez como voy a corregir varios puntos entonces yo me detendré y mencionaré en el punto en el que se procesa a corregir o a adicionar.

Esta delegada de la Fiscalía presenta formula acusación contra el señor LUIS ALONSO CARDONA PALMA... por los siguientes hechos y haré una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes de la siguiente manera:

*El día 10 de septiembre del 2009, presentó denuncia ante la Unidad del Caivas, Nurys Mosquera Rodríguez, en su calidad de Defensora de Familia del ICBF, y por tanto representante legal de las menores **J. y N.C.G.**, por los siguientes hechos:*

*Manifiesta la denunciante que en el centro zonal Norte Centro Histórico, se recibió llamada vía telefónica por parte de la Directora de la Institución educativa cristiana “La Rosa de Sharon”, la señora Martha Estela Villamizar de Palacio, identificada con la cédula 22.578.569 de Puerto Colombia, manifestando que el padre de las menores, el señor LUIS ALONSO CARDONA PALMA, había maltratado a **J.C.G.**, que por ello se rescató de la residencia a las niñas **J. y N.C.P.** Por esta situación solicitó a la Fiscalía se iniciara investigación y se remitiera a las menores al Instituto de Medicina Legal.*

*Realizada la correspondiente investigación se encontraron elementos materiales probatorios, evidencias física e información legalmente obtenida, suficiente para determinar que no solo las niñas venían siendo maltratadas físicamente por parte de su padre, sino que igualmente venía abusando de ellas sexualmente, tanto así que la mayor de ellas e hijastra del imputado de nombre **T.I.G.C.**, había sido accedida carnalmente desde los 7 años de edad, provocándole a su vez varios abortos, de acuerdo a lo manifestado por la misma en su declaración jurada rendida ante este Despacho y que de ello tuvo conocimiento tanto la Comisaría de Familia como la Fiscalía, pero no se realizó ninguna investigación.*

*Con base en la información recibida se adelantaron actos urgentes diversos, en particular: informe psicológico a la niña **N.C. y V.P.C.G.**, de 11 y 14 años de edad, respectivamente, conociéndose a través de esta, como eran atacadas sexualmente por su padre LUIS ALFONSO, tanto así que **N.** En su valoración relata lo siguiente:*

*“vi a mi papa encima de mi hermana **J.** cuando mi mamá no estaba, estaba trabajando, mi papá ese día estaba borracho. Yo veía y también veían videos de porno, a mi papa y a **J.**”. Agrega también “que eso sucedió como 5 veces a **J.** y a **T.** no sé cuántas veces. Pero sé que mi mamá le reclamaba a mi papá cuando peleaban, se ofendían de la forma que fuera, con vulgaridades”.*

*Igualmente, **V.** señala que existía maltrato físico y emocional, expresa que: “mi papa le pegaba mucho a mis hermanas, las arrodillaba en maíz y las ponía a cargar los adoquines, como una hora, dos o tres horas”.*

*Debido a esta conflictiva familiar, el ICBF se las llevó de allí, ya que al parecer los vecinos denunciaron el caso, o como dice **N.**, su hermana **D.** fue al ICBF.*

*En el informe Psicológico practicado a **V.** la menor manifiesta que:*

*“Un día él estaba tomando con un amigo tenía yo 13 años y en mi vagina me estaba haciendo con el dedo así, señala y quería agarrarme los senos, y como a los días me manoseo y me metió la mano en el panty, yo tenía una falda, eso paso en la cama, mis hermanas estaban durmiendo, eso fue de noche, mi mama también estaba dormida, él quería que yo durmiera con él y que para que yo dejara el miedo me manoseo, esto pasó como tres veces, yo me paraba pero el buscaba una manguera para pegarme porque yo no me dejaba. Un día yo tenía una sudadera me la deje cuando llegué del colegio y dormía con ella y él llegó a que yo le agarrara el pene. También me lo sobaba encima de la sudadera y dijo que le maltrataba y yo le decía que me la quito o qué? Un día que yo me estaba bañando se metió con mi hermana **J.** al baño para verme y me dijo que yo era una sapa”.*

Igualmente la menor durante su entrevista con la Psicóloga, manifiesta que faltan bastantes cosas llorando con mucha aflicción, y luego de una pausa para desahogarse se le pregunta si está preparada para seguir el proceso y respondió que sí, y continúa su relato:

*“Mi hermana de 27 años **T.I.**, que se fue de la casa cuando ella tenía 22 años, es hija de mi mamá y mi papá la cogió cuando tenía 2 añitos, él la cogía y la guindaba desnuda y le pegaba, me acuerdo como si fuera hoy, ella lo seducía y hasta los vi haciendo el amor”, y agrega: “yo digo que la vida de nosotros es una vida negra. Yo los vi haciendo el amor cuando tenía 9 años, yo hasta cocinaba y sabía lo que era bueno y era malo; él a veces me pegaba porque yo entraba al cuarto, varias veces los vi haciendo el amor en una cama cuando mi mamá no estaba ahí, y un día mi mamá los vio, se los cogió con las manos en la masa y eso fue una decepción muy grande. Un día ella cogió una enfermedad y mi papá la curaba con “canesten”, creo que era gonorrea”.*

Continúa su relato así:

“Pasaron los años, él cuándo tomaba manoseaba a mi hermana la de 18 y yo veía mi hermana amanecía sin panty, él desnudo, y yo estaba y yo le decía que era un enfermo y un morboso y él me decía que yo tenía envidia porque no me daba roce; él estuvo en la cárcel porque le llevaron un carro que era robado y a mi mamá también pero no por mucho tiempo y la patrona de mi

*mamá le buscó un abogado y mi mamá salió primero que él. Cuando salió de la cárcel él empezó a manosear a mi hermana la de 17 años, y yo al día siguiente le vi el pantalón manchado a mi hermana yo creo que él le quitó la virginidad. Después él decía que un muchacho que había entrado en la casa era el que le había quitado la virginidad porque él la examinaba metiéndole el dedo; también me quería examinar a mí. Un día todos estábamos en la calle y cuando llegamos él estaba sudado, como asfixiado y mi hermana **J.** también. A mi hermana la de 27 años le echaba cerveza en la vagina y perico y él se lo tomaba. Se ponía también a ver películas pornográficas con mi hermana de 17 y 18 años, porque él decía que eso era normal, que eso era la universidad de la vida”*

*Así las cosas y con base en los elementos de prueba recaudados, el 1 de marzo de 2010, en virtud de solicitud elevada por la Fiscalía General de la Nación, se libró orden de captura contra LUIS ALONSO CARDONA PALMA, siendo efectivamente capturado el 11 de marzo del año en curso y llevado ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, la Fiscalía 12 Seccional CAIVAS legalizó el procedimiento de captura y formuló imputación a LUIS ALONSO CARDONA PALMA, como probable autor, **aquí es donde lo corrijo** señor juez, porque la señora Fiscal que suscribió el escrito de acusación manifestó que en la audiencia de imputación se había hecho por el delito de acceso carnal, no siendo así, entonces la corrección es en el punto siguiente:*

En la audiencia de formulación de imputación se hizo fue por los siguientes cargos: acto sexual con menor de 14 años agravado, cuya pena mínima corresponde a 12 años, arts. 209 y 211, en concurso con acto sexual violento, cuya pena mínima corresponde a 8 años, y ahora en el escrito mencionó fue que la imputación se hizo fue por acceso carnal violento con menor de 14 años agravado en concurso con acto sexual abusivo con menor de 14 años, conforme a los arts. 205, 209 y 211, pero la imputación se hizo fue por los primeros cargos que le mencioné.

Entonces, la imputación se hizo fue por los delitos de acto sexual con menor de 14 años agravado, cuya pena mínima corresponde a 12 años, arts. 209 y 211, en concurso con acto sexual violento, cuya pena mínima corresponde a 8 años. Estos cargos señor Juez, no fueron aceptados por el imputado, quedando igualmente cobijado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN:

*En consecuencia, esta delegada, de acuerdo con los hechos y con los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, formula acusación en contra del señor LUIS ALONSO CARDONA PALMA, como autor de los delitos de (espacio vacío) eh! con respecto conforme al art. 336 del C.P.P. también procede pues a **corregir** esta delegada de la siguiente forma:*

*Se procede a formular acusación contra el mencionado en calidad de autor donde resultó víctima la menor **V.P.C.G.**, por el delito de **acto sexual violento** con una pena de 8 a 16 años, artículo 206, agravado por el numeral 2 del artículo 211, por la posición o cargo*

del victimario y porque ejercía violencia contra ella, según dictamen médico legal que cursa en la investigación, “me pegaba con mangueras mencionó y cables de luz”; en concurso **homogéneo y sucesivo con el delito de acto sexual con menor de 14 años**, artículo 209, agravado por el numeral 2° del artículo 211, quedando una pena mínima de 12 años, en la modalidad primera, en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de **violencia intrafamiliar agravado**. Y, con respecto a la otra víctima que es:

N.C.G., se le acusa del delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, artículo 209, en la modalidad de realizar actos en presencia de los menores, porque existe un dictamen médico legal y entrevista, “asegura que observaba a su hermana **V.** hacer el amor con su papá y con **J.** y él estaba encima de **J.**. Además, veía videos de porno, tercera modalidad”. En concurso con el delito de **violencia intrafamiliar agravada**, ambos delitos con circunstancias de mayor punibilidad contemplado en el artículo 58 # 7 del C.P. ⁴ (Resaltado fuera de texto).

Luego de un receso, concedido para que la Fiscal enunciara las normas que tipifican el delito de violencia intrafamiliar objeto de acusación, retomó el uso de la palabra haciendo la siguiente precisión:

Quiero dejar constancia señor Juez que son dos víctimas las de la investigación, la una es **V.P.C.G.**, y en cuanto con respecto a ella se da el delito de violencia, se le imputa también se le acusa al señor Luis Alonso Cardona por los delitos mencionados anteriormente, en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de violencia intrafamiliar agravado contemplado en el art. 229, modificado por la Ley 1142 del 2007, porque hubo maltrato físico o psicológico a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá siempre que la conducta no constituya delito sancionado en prisión de 4 a 8 años, pero el inciso 2° del mismo art. 229 del C.P., indica: la pena se aumentará de la mitad a las $\frac{3}{4}$ partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, una mujer, una persona, en este caso la pena se aumentaría de la $\frac{1}{2}$ a las $\frac{3}{4}$ partes porque la conducta recae sobre un menor de edad. Es decir que esa pena se va aumentar de la $\frac{1}{2}$ a las $\frac{3}{4}$ partes, el delito que se le imputa además de los mencionados es violencia intrafamiliar agravado, contemplado en el art. 229 del C.P. Con respecto también se le imputará el delito, se le acusa del delito de violencia intrafamiliar agravado con respecto también a la otra menor que es **N.C.G.**, por tratarse de una menor de edad, agravado. Puedo continuar señor juez con la individualización e identificación del acusado?

Seguidamente, interpeló el Juez de Conocimiento solicitando a la Fiscal precisara quiénes eran las víctimas, siendo enunciado por la funcionaria que:

⁴ CD No. 3, record No. 4.

*... hay dos víctimas señor Juez, la primera víctima la menor **V.P.C.G.**, y la segunda víctima la menor **N.C.G.**, ambas hijas del señor LUIS ALONSO CARDONA GARCÍA, hijas biológicas.*

d. Intervención de la Fiscalía en los alegatos de cierre.

Petición de condena y anuncio del sentido del fallo

Para la audiencia de presentación de alegatos, la delegada de la Fiscalía realizó la siguiente solicitud de condena:

«...Por todo lo anterior expuesto señoría, y luego todo este recaudo probatorio, no hay duda que el señor, ALONSO CARDONA PALMA es autor de los delitos:

*Con relación a la joven **J.C.G.** es autor del delito de acto sexual violento, art. 206 del Código Penal el cual tiene una pena que va de 8 a 16 años, con circunstancias de agravación, art. 211 numeral 2°, en concurso homogéneo sucesivo y en concurso heterogéneo por la violencia intrafamiliar agravada, art. 299 del C.P., por los vejámenes y castigos a que sometía a las jóvenes.*

*Igualmente señor Juez, con relación a las menores **V. y N.C.G.** es autor del delito de acto sexual con menor de 14 años, art. 209 del C.P., en concurso homogéneo, perdón, acto sexual con menor de 14 años, art. 209 del C.P., en concurso homogéneo sucesivo agravado, art. 211, numeral 2, en concurso heterogéneo agravado con violencia intrafamiliar agravada contemplada en el art. 299 del C.P.⁵*

Efectuada la presentación de las alegaciones por los demás sujetos procesales e intervinientes, el juez de conocimiento anunció el sentido del fallo, advirtiendo que sería de carácter condenatorio respecto de las conductas punibles, de la forma en que fueron relacionadas por la Fiscal.

e. Nulidad parcial del sentido del fallo

Previo a efectuar la lectura de la sentencia, el juzgador decidió anular parcialmente el sentido del fallo, por cuanto:

«Como se dijo en anterior ocasión el tramite había llegado hasta el sentido del fallo, en ese momento el despacho se pronunció manifestando que iba a condenar por los delitos por los cuales se había pedido condena por parte de la fiscalía, pero aprovechando que todavía podemos subsanar algunas irregularidades sea este

⁵ CD No. 11, record No. 1, 27'45".

*el momento para que nos pronunciemos en ese sentido. En los alegatos la señora fiscal solicitó que se condenara al hoy acusado por tres, corrijo, por varios delitos donde aparecen tres víctimas todas menores de edad para el momento de los hechos, hijas del acusado, de cuyos nombres y apellidos solamente vamos a hacer uso de sus letras iniciales, dada la edad en que se encuentran las niñas. En ese orden la Fiscalía respecto de la joven **J.C.G.**, consideró que el acusado es autor del delito de acto sexual violento con circunstancias de agravación punitiva en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo con violencia intrafamiliar agravada. Debemos precisar respecto a este primer punto que revisada minuciosamente la formulación de acusación en modo alguno se acusó por esos delitos respecto a que fuera víctima de los mismos la citada joven por tanto desde el punto de vista jurídico no era viable que la Fiscalía posteriormente solicitara condena en ese sentido, porque obviamente se estaba con ello sorprendiendo a la defensa quien no pudo hacer el contradictorio correspondiente dentro del juicio oral y dentro de las oportunidades que pudo intervenir, ello sería suficiente para que en virtud del debido proceso se ordene la nulidad parcial del sentido del fallo porque el despacho también incurrió en ese error, y el debido proceso implica que se le acuse fáctica y jurídicamente al procesado para que tenga la oportunidad de defenderse de los cargos respecto a este punto como se dijo ello brillo por su ausencia.*

*Asimismo la Fiscalía en los alegatos solicitó que se condenara al mismo acusado como autor del delito de actos sexual con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo agravado en concurso heterogéneo agravado con violencia intrafamiliar agravada, esos delitos con respecto a las víctimas **V.C.G. y N.C.G.**, es decir las otras niñas, pero aquí también debemos precisar que en la formulación de acusación solo respecto de la primera niña, es decir, **V.C.G.**, ciertamente se le formuló acusación por el delito de acto sexual con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo agravado, pero con respecto a la niña **N.C.G.** allí solamente se acusaba por el delito de acto sexual con menor de 14 años, es decir, no fue en concurso homogéneo sucesivo, se reitera, solo fue respecto de la niña anterior. Asimismo se pidió condena respecto de las dos niñas respecto del delito de violencia intrafamiliar agravada, entonces, también cabe aclarar que en los términos en que viene pedido.... Un momento ya volvemos...»⁶*

En atención a que del audio no es posible escuchar cuál fue la determinación finalmente adoptada por el funcionario, en el acta que dio cuenta de lo acaecido en esa audiencia se precisó que:

*Instalada la audiencia, se decretó la nulidad parcial del sentido del fallo el cual consiste en que se condenará al procesado como autor penalmente responsable del delito de Actos Sexuales con menor de 14 Años Agravado en concurso homogéneo sucesivo y en concurso con violencia intrafamiliar respecto de la joven **V.C.G.**, todo ello en concurso con Acto Sexual con Menor de 14 Años*

⁶ CD No. 12, record No. 1.

*Agravado en concurso heterogéneo con violencia intrafamiliar respecto de **N.C.G.**; No se condenará por el delito de Acto sexual violento agravado en concurso homogéneo sucesivo y en concurso heterogéneo con Violencia Intrafamiliar respecto de **J.C.G.**; sin recursos.⁷*

f. Sentencia de primera instancia⁸

En la sentencia condenatoria emitida el día 19 de junio de 2015 por el Juez 8° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, la pena impuesta a **CARDONA PALMA** fue discriminada, respecto de dos menores víctimas, de la siguiente manera:

(i) En relación con la menor **V.P.C.G.** por los delitos de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, y violencia intrafamiliar. Y,

(ii) Respecto de **N.C.G.** por los ilícitos de actos sexuales con menor de 14 años agravado y violencia intrafamiliar agravada.

II. De la naturaleza jurídico-procesal de la formulación de imputación

La Corte estima necesario significar la manera facilista con la que aún hoy, después de varios años de implementación del sistema acusatorio y cuando los funcionarios ya deberían tener claro qué es una teoría del caso, siguen utilizando fórmulas ambiguas, cuando no contradictorias, anfibológicas u oscuras, para delimitar un aspecto capital de la imputación y la acusación, cual debe entenderse la definición de los hechos de manera clara, precisa y detallada.

Se ha vuelto práctica común de algunos fiscales, que sin abrazar una teoría del caso específica, deciden mejor, en la imputación y acusación, hacer una relación de medios probatorios, en ocasiones contradictorios, a la espera de que de allí sean las demás partes las que extraigan su particular concepción de lo que quiere atribuirse.

⁷ Cuaderno No. 2, Fol. 542.

⁸ Cuaderno No. 2, Fol. 604.

Desde luego que una tal manera de referenciar lo que se entiende hecho jurídicamente relevante, se evidencia indeterminada y ambigua, por entero alejada de la claridad y precisión de que debe estar investida la relación fáctica en cuestión.

Del Fiscal se reclama, a tono con el concepto de teoría del caso, que en el componente fáctico de la imputación –desde luego, también en la acusación- sinteticice, sin referenciarlos, todos los medios de conocimiento recogidos y de allí extraiga una hipótesis plausible, que se traduce en la narración neutra de lo que, estima, sucedió, detallando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gobiernan los hechos y, obviamente, discriminando a la víctima o víctimas, a partir de lo que particularmente padeció cada una de ellas.

Se tiene claro que en el concepto antecedente consecuente de que se encuentra imbuido el proceso penal, la formulación de imputación se erige en hito fundamental e insustituible –en el entendido que marca el comienzo formalizado del procedimiento en sentido estricto-, a la manera de entender que los errores trascendentes ocurridos allí afectan de forma insoslayable el debido proceso y reclaman de la condignidad, pues, ya todo lo actuado a partir de este momento se encuentra afectado.

Pero, además, la formulación de imputación representa un mecanismo básico de defensa material, pues, ha sido legalmente instituido como el primer momento formalizado en el que la Fiscalía da a conocer a la persona que se le está investigando, a efectos de que adelante su particular tarea defensiva.

Esa tarea, huelga anotar, necesariamente está mediada por los hechos concretos que en criterio de la Fiscalía conforman el delito o delitos por los cuales se investigará a la persona.

Solo si se determina, con las indispensables características de tiempo, modo y lugar, qué es lo que se atribuye haber ejecutado al imputado, este podrá adelantar eficientemente su labor de contradicción o controversia, las más de las veces con el acopio de

elementos materiales probatorios o evidencia física que digan relación con estos hechos.

Y, cabe agregar, la definición específica de qué, dónde, cómo, cuándo y por qué se ejecutó una específica conducta punible, exige del mayor cuidado, no solo por las connotaciones que, se dijo atrás, apareja la formulación de imputación, sino en consideración a que el principio de congruencia demanda que esos hechos delimitados en la imputación –en su componente fáctico, debe relevarse para evitar confusiones-, permanezcan invariables en su núcleo esencial, ya suficientemente decantado que lo autorizado para el Fiscal en la audiencia de formulación de acusación, es la variación del nomen iuris o denominación jurídica.

Por último, en lo que al tema general compete, únicamente cuando la Fiscalía precisa los hechos con claridad y suficiencia, es posible para el imputado, con conocimiento informado, decidir si acepta o no esos cargos y, consecuentemente, acceder a la condigna reducción punitiva que por justicia premial ofrece la normatividad consignada en la Ley 906 de 2004.

III. De la lesión de los derechos fundamentales del procesado

La necesaria reproducción de lo acaecido desde la audiencia de formulación de imputación, permite advertir que el punto de partida y sustento del ente investigador para precisar los sucesos constitutivos del actuar delictivo del indiciado, fue lo expuesto por la víctima **N.**, en desarrollo de la valoración psicológica que le fuera practicada, para enseñar cómo ella y otras dos menores, sin precisar quiénes -toda vez que tan solo atinó a enunciar que eran mayores de 14 y menores de 18 años e hijas del indiciado- estaban siendo objeto de maniobras constitutivas de abuso sexual –tocamientos indebidos en sus partes genitales- y de maltratos físicos constantes acaecidos desde tiempo atrás.

Empero, a partir de esa inusual forma de construir los hechos jurídicamente relevantes -enunciando lo que literalmente expresan los

elementos materiales probatorios- la Fiscal se alejó de la carga de enseñarle a CARDONA PALMA las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habrían perpetrado los sucesos constitutivos del actuar delictivo concursal que pretendía imputarle, máxime cuando, como lo señaló el ente acusador, se trataba de múltiples víctimas, lo que a la postre le generaba el deber de individualizar, frente a cada una de ellas, las conductas de las que fueron destinatarias y que estructuraban los delitos por los cuales encaminó la investigación.

A tono con lo enunciado, ha de destacarse que bajo la genérica exposición de la Fiscalía, se desconoce en qué momento CARDONA PALMA habría emprendido su actuar delincuencia frente a cada una de las tres menores, toda vez que la única fecha de referencia la constituye aquélla en que la Defensora de Familia del I.C.B.F. interpuso la denuncia, esto es, 4 de septiembre de 2009, de conformidad con lo argumentado por la Fiscal Delegada en la audiencia preliminar en la que previamente se legalizó la captura al indiciado, decayendo su exposición fáctica en un relato indeterminado y confuso.

Y ni siquiera ello –si no se violase flagrantemente con la omisión el debido proceso y derecho de defensa-, puede ser suplido con la narración que de lo sucedido hizo el fiscal, al momento de solicitar la legalización de la aprehensión, dado que, como pasa a ilustrarse, la situación fáctica expuesta en ese escenario, no solo es diversa a la que soportó la formulación de imputación, sino que también adolece de falta de claridad y precisión:

El caso por el cual se procede es el de acto sexual abusivo con menor de 14 años en concurso con acto abusivo en menor, agravados su señoría, porque tenemos en cuenta que el indiciado aquí presente es el padre biológico de las víctimas, lo cual se encuentra consagrado en el art. 211, numeral segundo...en concurso con violencia intrafamiliar, porque además de los abusos las maltrata físicamente, tanto así que una de las niñas tuvo que ser retirada del hogar por parte del bienestar familiar, otra de las niñas ya hoy mayor se encuentra desaparecida y otra de las niñas se encuentra en un instituto psiquiátrico...

La fiscalía cuenta con elementos materiales probatorios suficientes su señoría para impartir la legalidad de captura y realizar las demás audiencias, tales como son: la denuncia que instaura la defensora de familia Nurys Mosquera Rodríguez, Defensora de Familia del ICBF, el día 4 de septiembre del 2009, inicialmente por violencia intrafamiliar, y quien manifiesta que denuncia en nombre y representación de los intereses y derechos

de la adolescente V.P.C.G. de 14 años de edad, quien se encuentra bajo medida de protección del ICBF por intermedio de hogar sustituto, presunta víctima de abuso sexual del cual al padre se sindicó como responsable de estos hechos. Con esa denuncia inicial llega a nuestras instalaciones del Caivas, creyendo inicialmente pues que era una sola de las niñas y que se trataba de una violencia intrafamiliar. Realizada la investigación pudimos comprobar que además de ese maltrato físico existía ese abuso sexual. Sigue manifestando la denunciante Nurys que se recibió declaración jurada por la señora María Patricia Velásquez...manifestando ser testigo del maltrato físico y verbal que se le da a la adolescente V.C.G. por parte de su padre Luis Alonso Cardona García. Igualmente la psicóloga de la Institución cristiana "La Rosa de Charon" la señora Mabel María Cáceres Marimon da cuenta del maltrato en la entrevista que le hace a la menor del maltrato que sufre por parte de su padre. Con ello la psicóloga del Caivas, la Dra. Talía inició o se le ordenó la valoración del resto de niñas para determinar si efectivamente estas venían siendo abusadas sexualmente o era violencia intrafamiliar era un delito de maltrato físico. La menor N. de 11 años en su relato en uno de sus apartes señala que ella veía al papa cuando se le montaba encima a su hermana J., que él consume droga y alcohol y que él las maltrataba constantemente. Por esas razones y por las otras entrevistas de V.P. que tiene 14 años también manifiesta que su padre la maltrata, pero ellas sentían temor de denunciar, igual decía «mi hermana pasaron los años y en este momento de la entrevista pide que si se puede levantar un rato de su silla, por lo cual se le concede la petición y se le pregunta que si desea o no continuar más y ella dice que sí, que ella va a continuar más tarde y manifiesta que él, su padre, cuando tomaba manoseaba a mi hermana la de 18 años y yo veía que mi hermana, amanecía sin panty y él desnudo, y yo entraba y le decía que era un enfermo y morbosos y él me decía que yo tenía envidia porque no me daba el roce; él estuvo en la cárcel porque le llevaron un carro que era robado y a mi mamá también pero no por mucho tiempo y la patrona de mi mamá le buscó un abogado y mi mamá salió primero que él. Cuando llegó de la cárcel él empezó a manosear a mi hermana la de 17 años, y yo al día siguiente le vi el pantalón manchado a mi hermana y yo creo que él le quitó la virginidad". Todos estos elementos que cuenta la Fiscalía como es el informe de investigador de campo que donde se da cuenta de la entrevista que realizó la Dra. Talía Vergara a las menores víctimas, la visita psicosocial que hizo la trabajadora del ICBF al hogar en el cual dice que es un hogar totalmente disfuncional, los dictámenes medico legales donde las niñas relatan V.: "Mi papá cuando tomaba me manoseaba en la vagina y los senos y yo le decía que no y él se molestaba y me pegaba eso pasa desde que tenía 13 años, una vez me puso a que le agarrara el pene y me chupó los senos". Fueron elementos suficientes su señoría para que esta delegada Fiscal solicitara orden de captura.⁹

Es que, ni siquiera el juez director de la vista pública propendió por exigirle a la Fiscalía la nítida y puntual exposición fáctica que se demandaba, toda vez que para explicarle al indiciado la formulación de

⁹ CD No. 2, record No. 2, 9':20".

cargos efectuada por el ente acusador y darle paso a ese acto de comunicación, esgrimió:

*(...) entonces, para precisarle lo que la Fiscal le formuló como cargos, le imputó, a Ud. La Fiscalía le imputó el delito de **acto sexual con menores de 14 años que de acuerdo a la Ley 1236 de 2008 la pena de estos delitos es de 9 a 13 años y también en circunstancias de agravación**; dice que estos, las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán en 1/3 parte a la mitad; entonces 1/3 parte de 9 es 3, o sea 9 dividido entre 3 es 3 por 3, 9. Entonces 3 más 9 serían 12 años; **en concurso también con el art. 206 que es el que hace referencia a acto sexual**. Este tiene una pena de 8 a 16 años en concurso. Estos concursos, están desde luego sometidos a lo establecido en el art. 31 del C.P., que en cuanto a la punibilidad le correspondería hacerla a un juez del circuito con funciones de conocimiento...estos son los cargos de acuerdo a la readecuación que hizo la fiscalía con la observación que presentó la defensa. Entonces, con esas precisiones la pregunta es si Ud. desea o no allanarse a los cargos que le ha imputado la Fiscalía.*

Nótese como el Juez con Función de Control de Garantías, tan solo ciñó sus precisiones a la imputación jurídica, la que, de paso sea advertirlo, tampoco se efectuó con apego a la precaria exposición de la Fiscalía, ya que hizo referencia a la denominación típica del artículo 206 del C.P., el cual corresponde al delito de acto sexual violento, punible que no fue endilgado por el ente acusador ni fáctica ni jurídicamente.

Para la Sala resulta diáfano que los graves errores de definición de lo sucedido, impidieron al imputado elucidar el fundamento cabal de los cargos formulados y de contera obtener el conocimiento necesario para emprender con probidad su defensa en las etapas subsiguientes del procedimiento.

Precisamente, esa falta de comprensión tampoco fue superada por la Fiscalía en la fase de acusación, escenario en el que incurrió en la misma imprecisión fáctica detectada en la audiencia de formulación de imputación, pues, la construcción de los hechos jurídicamente relevantes surgió de la narración fiel que de algunos sucesos efectuaron las menores víctimas y la denunciante, a lo cual se suma la corrección

y adición efectuada a la imputación de cargos, que contribuyó a restarle claridad a su exposición.

En efecto, retómese que, en punto a la rectificación esbozada, la Fiscalía enunció que en la audiencia de formulación de imputación no se hizo mención al delito de *acceso carnal*, conforme se anotó en el escrito de acusación; y si bien, en dicho escrito se endilgaron los punibles de «*acto sexual con menor de 14 años agravado...en concurso con **acto sexual violento***», este último ilícito tampoco fue endosado en aquella vista pública preliminar.

A renglón seguido, la Fiscalía precisó que eran dos las menores víctimas -contrario a lo expuesto en la audiencia de formulación de imputación y en el escrito de acusación, oportunidades en las que se hizo referencia a tres menores afectadas- frente a quienes discernió los punibles objeto de acusación así:

(i) En relación con la menor **V.P.C.G.** como víctima de los punibles de *acto sexual violento* en concurso homogéneo y sucesivo con *acto sexual con menor de 14 años* y en concurso heterogéneo y sucesivo con *violencia intrafamiliar agravada*. Y,

(ii) Respecto de la menor **N.C.G.**, como sujeto pasivo de las conductas ilícitas de *acto sexual con menor de 14 años* en concurso con *violencia intrafamiliar agravada*.

Destáquese, entonces, que si lo pretendido por la Fiscalía en la acusación era efectuar un acto de corrección a los cargos inicialmente endilgados, lo que finalmente propició fue una adición, puesto que, contrariando la realidad de lo acontecido en la audiencia de formulación de imputación, en relación con la menor **V.P.C.G.** le atribuyó al imputado el punible de acto sexual violento agravado – artículo 209 y 211-2° del C.P.-, al paso que, finalmente, también propendió por agregar en la acusación el ilícito de *violencia intrafamiliar*, de cuya imputación, recuérdese declinó en la audiencia preliminar.

Pero la confusión creada por el ente acusador no culminó en esta etapa.

Retómese que en la petición de sentencia condenatoria elevada al finalizar los alegatos de conclusión, la Fiscalía incluyó en su pretensión, nuevamente, a la menor **J.C.G.**, quien, sin motivación alguna, había sido excluida del haz investigativo en la audiencia de formulación de acusación, al paso que en relación con las otras dos menores, **V.** y **N.C.G.**, la petición de condena en el mismo sentido la hizo por las conductas punibles de acto sexual con menor de 14 años, *en concurso homogéneo sucesivo agravado*, en concurso *heterogéneo agravado* con violencia intrafamiliar agravada; es decir, que frente a **V.** cercenó la estructuración del delito de acto sexual violento señalado en la acusación y, en relación con la mismas víctimas, propendió por la modalidad concursal, homogénea y sucesiva, del delito de acto sexual con menor de 14 años, cuando ello solo había sido objeto de acusación respecto de **V.**

Debe aclarar la Sala que si bien es cierto en el derrotero precedente se trae a colación la solicitud de condena elevada por la Fiscalía en la exposición de alegatos de cierre, ello se hace con el único propósito de evidenciar el proceder ambivalente del ente acusador en el trasegar de la actuación, pues, como recientemente tuvo la oportunidad de precisarlo esta Corporación, *«la sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral.»*¹⁰

Justamente, por la contemplación del principio de congruencia, es que el juez de conocimiento invalidó de manera parcial el anuncio del sentido del fallo, con el fin de ajustar las pretensiones de la Fiscalía esbozadas en la audiencia de acusación, solo que esa particular medida de reparación, tampoco surtió el efecto por el cual fue adoptada.

Adviértase cómo la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, luego de la anunciada corrección al escrito, precisó que

¹⁰ CSJ SP6808-2016, mayo 25 de 2016, Rad. 43837.

respecto de **V.P.C.G.**, entre otros delitos, le endilgaba a CARDONA PALMA la probable comisión del punible de acto sexual violento, ilicitud que evidentemente quedó por fuera del sentido de fallo enunciado por el juzgador y de la sentencia finalmente proferida, falencia que, persiste la Sala, tuvo su origen en la confusión fáctica y ausencia de coherencia demostrada por el ente acusador, acentuada en la última intervención realizada hizo en la audiencia de presentación de alegatos.

En suma, la Fiscalía no solo dejó de lado la investigación de los hechos delictivos de los que habría sido víctima la menor **J.C.G.**, sino que el juez sentenciador se apartó, sin sustento, de la cabal pretensión acusatoria desplegada por el ente investigador respecto del ilícito de acto sexual violento, cuya víctima fue una de las menores por las que emitió condena.

El reflejo de tal punto de indeterminación de los hechos por los cuales ha debido ser investigado y juzgado el acusado, se proyectó, incluso, en la situación fáctica que relacionaron los juzgadores en las sentencias de primero y segundo grados, puesto que no correspondió a las consecuencias punitivas finalmente impuestas.

Para comprobar el anterior aserto basta con dirigir la atención a los hechos plasmados en la sentencia proferida por el Tribunal, toda vez que el colegiado se limitó a relacionar la denuncia formulada por la Defensora de Familia del I.C.B.F., con fundamento en la actuación administrativa cursada a favor de las menores **J.C.G.** y **N.C.P.**, sin reparar que en relación con la primera de las enunciadas la Fiscalía, en la formulación de acusación oral, no la tuvo en cuenta, como sí hizo respecto de **V.P.C.G.**, de quien en la determinación fáctica del referido fallo no se hizo referencia alguna.

En relación con desatinos de la misma naturaleza, esto ha anotado la Sala:

Para la Corte es deseable que los “hechos” que se reseñan al comienzo de las sentencias judiciales correspondan a los que finalmente, tras las valoraciones probatorias pertinentes, declara comprobados el juzgador. Lamentablemente esa no ha sido una regla observada rigurosamente por todos los funcionarios. Algunos, que no han interiorizado la

importancia de ese capítulo de la providencia, en un acto mecánico, fácil y rutinario, presentan como hechos una síntesis de la denuncia o del informe de policía que originó la investigación y concluyen en la parte motiva de la decisión que ocurrieron otros. O reproducen unos hechos mal contruidos por la Fiscalía o por la instancia inferior, o simplemente edificados para un fallo distinto, como pasó en el presente caso.¹¹

La Corte debe precisar que la amplia relación de todo el trasegar procesal y, particularmente, de los hechos que fundaron las diligencias y fallos, obedece a la necesidad de verificar cómo esa indeterminación y confusión en que incurrió la Fiscalía al momento de formular la imputación, irradió sus efectos hasta los hitos finales del procedimiento en lo ordinario, con lo cual se ofrece una prueba irrefutable del daño material que el yerro inicial comportó.

En resumen, la conculcación del derecho fundamental al debido proceso, encuentra su génesis en la ambigüedad de la Fiscalía atinente a su misión de determinar las conductas punibles que le eran atribuibles a CARDONA PALMA, pues, conforme se ilustró, en lo que respecta a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales que pretendió endilgarle desde un comienzo, así como lo relacionado con el punible de violencia intrafamiliar, salta a la vista la falta de precisión respecto de las circunstancias que habrían enmarcado cada una de las conductas, así como la falta de claridad respecto de quiénes fueron las menores víctimas de tales ilicitudes, como quiera que en la audiencia de formulación de imputación se adujo que eran tres las afectadas –aunque nunca se individualizó lo ejecutado sobre cada una de ellas–, al paso que en otros escenarios del proceso se refirió solo a dos de ellas, por quienes finalmente se emitió sentencia con las consecuencias punitivas reseñadas.

Cabe señalar que, correlativo de la prerrogativa de defensa que como principio rector y garantía procesal consagra el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, específicamente en el literal h) de dicha normativa, toda persona tiene derecho a «*conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan.*»

¹¹ CSJ AP7409 – 2015, diciembre 16 de 2015, Rad. 42784.

A su turno, el artículo 288, numeral 2º, ibídem, consagra que en la formulación de imputación el Fiscal deberá expresar oralmente la «*Relación clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible...*», lo que de suyo redundaba en que el indiciado pueda dar por terminada anticipadamente -como se dijo en acápite anterior-, la actuación, a través del allanamiento a cargos o, conforme se desprende del artículo 290 del C.P.P., pueda «*preparar de modo eficaz su actividad procesal*» de decidir continuar con el decurso procesal.

Para el caso concreto, entonces, es evidente que la fiscalía pasó por alto la normatividad imperativa en cita y con ello afectó gravemente la estructura del proceso, pero además, soslayó el derecho de defensa del imputado, impidiéndole no solo conocer a cabalidad las conductas que se le atribuyen, sino la posibilidad de allanarse a estas.

Y si bien, como se desprende del detallado recuento que del trámite procesal se hizo, es posible asumir que el mismo tipo de irregularidad afectó la acusación y el contenido de las sentencias, es lo cierto que todo ello, como se anotó antes, provino de la indeterminación contenida en la formulación de imputación y es desde allí que debe rehacerse el trámite, tanto porque no existe otro mecanismo judicial que restañe el daño causado a las garantías del hoy acusado, como en atención a que la naturaleza insoslayable de la diligencia en cuestión, que la erige fundamental para el adelantamiento de las diferentes fases que estructuran el procedimiento, obliga rehacerlo desde su origen.

Esta Corporación, en punto a la adecuada determinación de los hechos por parte de la Fiscalía, desde la formulación de cargos en la audiencia preliminar de imputación y la imposibilidad que le asiste para modificarla, ha precisado que:

En efecto, aunque el principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la acusación bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico – dado su carácter provisional-, no así en los de naturaleza fáctica, es lo cierto que jamás podría emitirse fallo, en

cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto fáctico relevante, haya sido previamente enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación, habida cuenta que el referido acto de comunicación, constituye una de las bases fundantes del proceso, con efecto sustancial, que además provee por la salvaguarda del derecho de defensa. Surge, entonces, la regla adjetivo-sustantiva según la cual sin imputación no puede haber acusación y mucho menos condena o absolución.

Y es que, la legalización de la imputación formulada por la fiscalía, la cual está a cargo del juez de control de garantías, no solo constituye el mecanismo legal de vinculación del indiciado al proceso sino que tiene la finalidad de que el presunto responsable conozca que el ente investigador lo tiene por autor o partícipe de unos hechos jurídicamente relevantes, que lo hacen sujeto del adelantamiento de una acción penal, encaminada a verificar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad que le pueda caber en la misma.

En realidad, aunque en tan preliminar fase procesal, el funcionario investigador no tiene la carga de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, que se encuentren en su poder, sí está obligado a expresar, con claridad, al indiciado los hechos de connotación jurídico penal que le son endilgados, y las razones por las que, a partir de los medios cognoscitivos de que dispone, «se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga».¹² (Subrayado fuera de texto).

Y en relación con la trascendencia que reviste la precisión fáctica exigible a la Fiscalía a lo largo de la actuación procesal, con incidencia en la preservación del principio de coherencia, se tiene que:

La Corte de tiempo atrás, bajo los lineamientos del sistema acusatorio colombiano, ha insistido en los requisitos objetivos mínimos con que debe contar la Fiscalía al momento de formular tanto la imputación, como la acusación, así como la coherencia que en ese sentido debe mantener a lo largo del diligenciamiento.

Para efectos de que el ente instructor, a través del juez de control de garantías, le comunique a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 exige como exigencias el expresar oralmente la concreta individualización, identificación y

¹² CSJ SP5897-2016, mayo 10 de 2016, Rad. 44.425.

ubicación del imputado, así como hacer una «relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes».

Y si bien en ese estadio no es necesario descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, si se impone ofrecer al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del procesado con el mismo, no de otro modo se logra «inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga», como lo dispone el artículo 287 de la normativa en comento.

Por ello, se ha insistido en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica, fase embrionaria ubicada en los terrenos de posibilidad, que luego, en virtud del principio de progresividad, permitirá al allegar elementos materiales probatorios y evidencia con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral.

La formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación —o del allanamiento o del preacuerdo—, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

*Con esta perspectiva, la Sala más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el **principio de coherencia** a fin que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP 8 jul 2009 rad. 31280, SP 1° feb. 2012, rad. 36907, entre otras).*

Y es que esa precisión que se exige de la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra.

*Cuando surgen nuevas arista fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico.*¹³ (Subrayado fuera de texto).

De tal suerte que ante la falta de coherencia y probidad evidenciada, respecto de cada uno de los Fiscales Delgados que se ocuparon de la actuación en los estadios procesales discriminados en precedencia, no puede la Corte dejar de llamar la atención al órgano de persecución penal para que adopte los mecanismos de instrucción y formación académico necesarios en aras de que la actividad constitucional que le ha sido encomendada –artículo 250 de la C.P.- se desarrolle con sujeción a los deberes que la ley procesal penal le impone. Por tal motivo, se remitirá copia de esta decisión al señor Fiscal General de la Nación.

En estas condiciones, la Sala casará de oficio la sentencia impugnada y, en su lugar, declarará la nulidad de la actuación a partir de la audiencia de formulación de imputación, inclusive, para que la Fiscalía General de la Nación, a través de su Delegada, ajuste su actividad según los términos señalados en esta decisión.

Como quiera que la invalidación de la actuación deja sin soporte la medida de aseguramiento intramural impuesta, se dispondrá la liberación inmediata de LUIS ALONSO CARDONA PALMA, previa verificación de no ser requerido por otra autoridad, caso en el cual se dejará a su disposición.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹³ CSJ SP5543-2015, abril 29 de 2015, Rad. 43.211.

R E S U E L V E

PRIMERO.- CASAR OFICIOSAMENTE la sentencia impugnada, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 16 de febrero de 2016.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación.

TERCERO.- Disponer la liberación inmediata de LUIS ALONSO CARDONA PALMA, en caso de no ser requerido por otra autoridad.

CUARTO.- Remitir copia de esta decisión al señor Fiscal General de la Nación, así como también al Director (a) del I.C.B.F. para que adopte las medidas de protección en relación con las menores víctimas de esta actuación.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria