



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

Magistrada Ponente  
**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**SP2411-2020**

**Radicación N° 54.371**  
(Aprobado Acta N° 145)

Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veinte (2020)

### **VISTOS**

Efectuado el trámite de sustentación del recurso extraordinario de casación, en los términos previstos en el art. 3° del Acuerdo N° 020 de 2020, expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO, contra la sentencia del 10 de septiembre de 2018, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

### **I. HECHOS**

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, el 21 de julio de 2017, en la calle 64B con carrera 9J, barrio El Bosque de Barranquilla, agentes de policía observaron que un individuo que transitaba por la zona, al percatarse de su presencia, adoptó una actitud de nerviosismo que les pareció sospechosa. Se trataba de DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO, a quien los policiales, tras solicitarle un registro, le hallaron en su poder una bolsa con 317.3 gramos de marihuana.

## **II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES**

Al día siguiente, tras legalizarse la captura, la Fiscalía imputó al señor SARMIENTO NIETO, en calidad de autor, la posible comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 2° del C.P.) en la modalidad de *llevar consigo*, cargo que el imputado aceptó unilateralmente. La Fiscalía se abstuvo de solicitar medida de aseguramiento.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado 2° Penal del Circuito de Conocimiento de Barranquilla. Verificada la legalidad de la aceptación de cargos, en audiencia de individualización de pena y sentencia, llevada a cabo el 26 de julio de 2018, el juzgado dictó el fallo correspondiente. Por estimar acreditada la responsabilidad penal, condenó a DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO, como autor del mencionado delito, a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 56 meses. De otro lado, negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del

Tribunal Superior de Barranquilla lo confirmó mediante la sentencia ya referida.

Dentro del término legal, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya admisión, pese al indebido planteamiento de los cargos, dispuso la Corte. Efectuado el trámite de sustentación, con pronunciamiento del impugnante, del Fiscal 11 delegado ante la Corte Suprema de Justicia y la Procuradora 3<sup>a</sup> delegada para la Casación Penal, la Sala procede a dictar el fallo de rigor.

### **III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO**

3.1 Por la vía del art. 181-1 de la Ley 906 de 2004, **el censor** denuncia la violación *directa* de la ley sustancial, por *falta de aplicación del principio de favorabilidad*. En su criterio, al dictarse el fallo de primer grado, se encontraban vigentes los arts. 534 y 539 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), modificado y adicionado, respectivamente, por la Ley 1826 de 2017.

Ello, prosigue, condujo a que la rebaja punitiva concedida fuera menor a la legalmente prevista, como quiera que la normatividad aplicable al procedimiento especial abreviado no reduce el referido descuento por el hecho de haberse producido la captura en flagrancia.

En consecuencia, solicita que la Corte case la sentencia de segunda instancia para que la pena de prisión se fije en 32 meses de prisión y, por esa vía, se concedan subrogados penales. Dentro del traslado para sustentación, el demandante se ratificó en dicha pretensión, a la luz de los argumentos expuestos en el libelo.

3.2 Para **el fiscal**, la censura no ha de prosperar, pues según el parágrafo del art. 539 del C.P.P. las rebajas conferidas por el allanamiento a cargos no aplican para delitos distintos de los enlistados en el mismo. Sin embargo, sostiene, la sentencia debe casarse para absolver al acusado, como quiera que no se acreditó la tipicidad de la conducta.

A ese respecto, destaca, no se demostró cual era el destino de la sustancia incautada, situación que impide la estructuración de la ilicitud penal tratada por ausencia de tipicidad objetiva.

3.3 En idénticos términos, **la procuradora para la casación penal** resalta que el delito por el que se procede no se encuentra dentro de los incluidos por la Ley 1826 de 2017, por lo que no resultan aplicables las consecuencias previstas para el procedimiento especial abreviado.

No obstante, luego de reseñar la estructura probatoria que soporta la declaratoria de responsabilidad penal, advierte que el fallo impugnado ha de ser casado y, en reemplazo, debe dictarse sentencia absolutoria.

En la actuación, agrega, nada se probó más allá del *puro y simple porte* de la sustancia incautada, sin que quedara acreditado el dolo específico ni la antijuridicidad de la conducta. De ahí que, subraya, lo aceptado por el procesado fue que él llevaba consigo la sustancia y que efectivamente la policía se la encontró en su poder. Sin embargo, nada se indagó sobre el propósito o destino que aquél pretendía darle al cannabis.

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 Como acertadamente lo advirtieron los sujetos procesales no recurrentes, el cargo presentado en la demanda es manifiestamente infundado. No es dable predicar la favorabilidad respecto de un precepto normativo *inaplicable*, debido al delito por el que se procede.

La Sala tiene definido que la rebaja punitiva que reclama el censor procede únicamente para los delitos señalados en el art. 10° de la Ley 1826 de 2017, sin que en ese listado figure el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 del C.P.). Al respecto, mediante SP3383-2019, rad. 51.776, se expuso:

De otro lado, la Ley 1826 de 2017 hace inaplicable las disposiciones de la 906 de 2004 que riñan con el procedimiento especial abreviado que debe seguirse en relación con los delitos citados expresamente en ella, de modo que las situaciones favorables creadas **no aplican para los que deben tramitarse por el procedimiento ordinario**.

En consecuencia, el beneficio punitivo contemplado en la citada ley procede por favorabilidad para aquellos asuntos rituados bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004 **por los delitos enunciados en el artículo 10° de la Ley 1826 de 2017**, cuyas actuaciones se encontraran en trámite a la fecha en que entró a regir o concluidas con sentencia en firme.

4.2 No obstante, de la simple lectura de las sentencias de instancia salta a la vista la ausencia de las exigencias de rigor para declarar la responsabilidad penal.

4.2.1. Una de las posibilidades de afectación de garantías fundamentales con la emisión de una sentencia dictada en virtud de allanamiento a cargos es que, al margen de la aceptación de culpabilidad, se condene al acusado, pese a la existencia de situaciones *objetivas* que, *sin modificar los*

*enunciados fácticos* que por virtud del allanamiento se entienden admitidos, comportan una *evidente imposibilidad de declarar la responsabilidad*, en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo (CSJ SP9379-2017, rad. 45.495).

Ciertamente, de acuerdo con el art. 29 inc. 2° de la Constitución y el art. 6° inc. 1° del C.P., uno de los componentes esenciales del debido proceso es que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y *con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*.

En ese sentido, el juicio *sustantivo* de responsabilidad penal requiere la afirmación concurrente de las categorías de *tipicidad*, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta del procesado (art. 9 inc. 1° *idem*). De ahí que, si de la conducta atribuida al acusado no es dable predicar su adecuación en alguna de las categorías sustanciales que componen la responsabilidad penal, no es dable sancionarlo. Una condena impuesta en tales circunstancias vulnera el debido proceso.

4.2.2. En el presente caso, la Corte detecta que la declaración de responsabilidad penal y la consecuente imposición de sanción penal a DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son violatorias del debido proceso. Como a continuación se expondrá, la conducta por la cual fue juzgado el señor SARMIENTO NIETO, según los términos de la imputación -que funge como acusación por haber sido aceptada-, no se adecúa a los supuestos del art. 376 del C.P.

Para soportar dicho aserto, en primer lugar, la Sala *reiterará* algunos aspectos concernientes a los elementos del tipo de injusto del art. 376 del C.P., así como a las consecuentes exigencias para afirmar la tipicidad de la conducta de *portar o*

*llevar consigo* estupefacientes (num. 4.2.3.). En segundo término, se contrastarán los enunciados fácticos que se declararon probados en las sentencias de instancia con tal marco conceptual (num. 4.2.4.), a fin de evidenciar que la hipótesis delictiva no satisface las exigencias necesarias para predicar la responsabilidad del acusado (num. 4.3.).

#### **4.2.3. Estructura del juicio de adecuación típica en el porte de estupefacientes**

Sobre el particular, la Sala trae a colación las premisas aplicables para resolver la problemática en cuestión, *desde la perspectiva sustancial*, desarrolladas en la SP732-2018, rad. 46.848:

*“Partiendo del discurso constitucional sobre el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad general de acción -expresado en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)-, articulado con la función de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal, la jurisprudencia penal (cfr. CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21.064 y CSJ SP 17 ago. 2011, rad. 35.978, entre otras) abordó inicialmente la problemática de la punibilidad del porte de estupefacientes para consumo personal, cuando se superaba en mínimas cantidades el tope legal establecido para dosis personal, para dar una respuesta desde la perspectiva de la antijuridicidad material (CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531).*

*En esa línea de pensamiento, a la luz del art. 11 del C.P., la necesidad de punición decae, por ausencia de lesividad, cuando la conducta resulta inidónea para afectar la salud pública, en tanto bien jurídico colectivo. Si el comportamiento no trasciende la órbita personal del sujeto activo, habrá de estimarse carente de dañosidad social y, por consiguiente, no puede predicarse su antijuridicidad.*

*Sin embargo, a la luz del art. 49 inc. 6° y 7° de la Constitución -modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2009-, desde la óptica del tipo de injusto, se produjo una evolución jurisprudencial en la comprensión del asunto. Hoy en día, lo trascendental para justificar la punición del porte de estupefacientes es su destinación, más allá de criterios cuantitativos que inicialmente hicieron parte de la definición del concepto de dosis personal. Así, independiente de la cantidad (art. 2° de la Ley 30 de 1986), si el propósito específico del sujeto activo es el de portar o tener drogas para su propio consumo, su comportamiento deviene atípico, máxime si se trata de una persona en estado de adicción. Empero, si la intención concreta va más allá de la órbita personal del consumidor -al margen de que sea adicto o no-, y el porte va unido a la intención de comercializar, traficar, suministrar o distribuir los narcóticos, el comportamiento se torna punible por interferir en derechos individuales y colectivos que conforman el bien jurídico supraindividual salud pública.*

*Parecería paradójico que, en sede de tipicidad, tuviera lugar un análisis atinente al menoscabo del bien jurídico, por ser aquél un examen que, en línea de principio, es característico de la antijuridicidad. Empero, cimentándose el injusto típico en el desvalor de resultado y, por ende, en el principio de lesividad, para nada contradictorio se ofrece que la afectación del interés jurídico protegido por la norma funcione como un criterio de interpretación anticipado en el proceso de adecuación típica, máxime que, en la temática concernida, el propósito del porte de tales sustancias es determinante para valorar la relevancia penal de esa conducta.*

*Tal constelación es una muestra de que el proceso de adecuación típica comporta una doble valoración: el juicio de correspondencia comparativa (homogeneidad) entre la conducta y el tipo, más un juicio adicional de verificación sobre la idoneidad*

*de esa conducta típica para afectar el bien jurídico tutelado por la norma*<sup>1</sup>.

*Hay circunstancias de atribución al tipo que, de entrada, hacen decaer la afirmación de la punibilidad, como la insignificancia de la conducta o su adecuación social. Si un comportamiento es socialmente adecuado, sin más, ha de entenderse atípico*<sup>2</sup>. Por ejemplo, si el consumo de estupefacientes no puede ser sancionado, por ser manifestación de la libertad general de acción, el porte de drogas destinado para el propio consumo mal podría estimarse tipificado en la ley penal.

*En esa dirección, la Sala expresó (CSJ SP3605-2017, rad. 43.725):*

*Y tras destacar que con anterioridad la Corporación, cuando se superaba la cantidad establecida como de uso personal, había resuelto los asuntos en sede de antijuridicidad en relación con el daño potencial o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social (CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 33409; CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 42617, entre otros), se puntualizó que ahora tales eventos han de ser desarrollados dogmáticamente en los terrenos de la tipicidad, porque con la modificación hecha a través del Acto Legislativo 02 de 2009, el ánimo de ingesta de las sustancias se constituye en ingrediente subjetivo o finalidad del tipo, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo ha de considerarse como una conducta atípica.*

Así, se concluyó que:

*...En otras palabras, como el querer del constituyente fue no penalizar la dosis personal, desde allí se autoriza o permite el porte de droga destinada para el consumo.*

*Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi, cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico,*

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de f, 2004, p. 160.

<sup>2</sup> Cfr. *ibídem*, pp. 162-170.

*fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.*

[...]

*Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.*

En la misma línea, la Corte ha clarificado que incluso tratándose de consumidores o adictos *siempre se debe analizar si la finalidad de la posesión o tenencia del alcaloide era para su consumo personal*, porque puede suceder que la cantidad supere exageradamente la requerida por el consumidor, o la intención sea sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal, casos en los cuales la conducta del consumidor, concurrente con esas otras finalidades, lo convierte en un infractor penal.

*En posterior decisión, luego de repasar históricamente el recorrido jurisprudencial en el tratamiento del tema tanto en la jurisprudencia constitucional como especializada, la Sala concretó la evolución dogmática del asunto, para determinar que el referente más adecuado para analizar la problemática penal del consumo personal de drogas y del porte destinado a ese simple propósito, es el de la tipicidad objetiva, en la identificación de un ingrediente subjetivo del tipo. A ese respecto, se lee en la CSJ SP9916-2017, rad. 44.997:*

En este sentido, cobra importancia la orientación que frente al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes ha dado la Sala en las sentencias CSJ SP-2940 9 mar. 2016, rad. 41760; CSJ SP-4131 6 abr. 2016, rad. 43512 y CSJ SP-3605, 15 mar. 2017, rad. 43725, en el sentido de considerar el ánimo -de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su

responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición.

Con ello, la Corte está reconociendo la existencia en el tipo penal del artículo 376 del Código Penal de lo que se conoce en la doctrina como *elementos subjetivos distintos del dolo*, *elementos subjetivos del tipo* o *elementos subjetivos del injusto*<sup>3</sup>, que son aquellos ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que en ocasiones se emplean para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita.

[...]

En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.

De esa manera, en relación con el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector *llevar consigo* remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o *telos* de la norma.

Ahora bien, ese ánimo ulterior asociado con el destino de las sustancias que se llevan consigo, distinto al consumo personal, puede ser demostrado a partir de la misma información objetiva recogida en el proceso penal. Por eso, si bien es cierto que el peso de la sustancia por sí solo no es un factor que determina la tipicidad de la conducta, sí puede ser relevante, junto con otros datos demostrados en el juicio (p. ej., instrumentos o materiales para la elaboración, pesaje, empaqueo o distribución; existencia de cantidades de dinero injustificadas; etc.), para inferir de manera razonable el propósito que alentaba al portador.

---

<sup>3</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 517; GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 171; EDMUND MEZGER, *Derecho Penal – Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 135.

*Y ese dolo específico, valga destacar, ha de ser acreditado por la Fiscalía, como quiera que la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible”.*

#### **4.2.4. Hipótesis delictiva afirmada en las sentencias**

Pues bien, revisado el registro de la audiencia de formulación de imputación, que por haberse aceptado cargos ha de tenerse como acusación, los enunciados fácticos con base en los cuales se sentenció al señor SARMIENTO NIETO son los siguientes:

*“Señor Daniel Enrique Sarmiento Nieto, en manos de la Fiscalía General de la Nación existen elementos materiales probatorios que lo señalan a usted como el presunto (sic) responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes de conformidad al artículo 376 del Código Penal... este fiscal le imputa a usted **bajo la modalidad de llevar consigo**... Usted fue capturado en situación de flagrancia... los agentes de la Policía Nacional **hallaron en su poder** una bolsa plástica que en su interior tenía una sustancia vegetal de color verde, con olor y color característicos similares a la marihuana. Esta sustancia, al ser sometida a la prueba de laboratorio, resultó siendo positiva para cannabis y sus derivados, obteniendo un peso neto de 317.3 gramos de marihuana”.*

Teniendo como referencia dichos enunciados fácticos, tras advertir que, debido al peso de la sustancia incautada, se aplica el art. 376 inc. 2° del C.P., el *a quo* emitió un juicio *positivo* de adecuación típica a la luz de los siguientes argumentos:

En fin, todos estos presupuestos, es decir, **el porte de una sustancia prohibida, la naturaleza de la sustancia, sin justificación para llevarla consigo**, a los que se viene haciendo referencia, se demuestran no sólo con lo manifestado por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación, sino con los diferentes elementos materiales

probatorios, evidencia física, e información legalmente obtenida, acopiados en la carpeta, y puestos a disposición del despacho en el día de hoy.

(...)

Todos ellos, en conjunto, muestran mínimamente el compromiso de la responsabilidad del acusado en los hechos materia de reproche, con lo cual, aunado a la aceptación de cargos, se llega al convencimiento -más allá de toda duda- que los hechos existieron y que el responsable es el aquí acusado.

Ninguna otra premisa fáctica en punto de la hipótesis delictiva, constata la Sala, se declaró probada en la unidad decisoria integrada por las sentencias de primera y segunda instancia.

Ahora, al momento de connotar jurídicamente el mencionado comportamiento, el juez de primera instancia afirmó:

Por demás, no podemos pasar por alto, es evidente que estamos frente a una conducta grave, pues generó peligro a la salud pública y, si no hubiese contado con la oportuna intervención de la Policía Nacional, no se hubiese incautado la sustancia prohibida ni capturado al responsable, mucho menos se hubiese hecho justicia dictando esta sentencia.

En esos términos, para el juzgador de primer grado, avalado por el tribunal, no hay duda sobre el carácter delictivo del comportamiento del acusado, debido a que: i) llevaba consigo marihuana en cantidad de 317.3 gramos; ii) el porte de dicha sustancia está prohibido y iii) aquél carecía de permiso o justificación para llevarla consigo. Ahora, para el *ad quem*, tales referentes son suficientes para acreditar la responsabilidad, en tanto al resolver el recurso de apelación estimó que, por tratarse de aceptación de responsabilidad, no es dable cuestionar aspectos de tipicidad ni antijuridicidad.

#### **4.3. Conclusión**

Pues bien, contrastados los enunciados fácticos que se declararon probados en la sentencia de primera instancia con las premisas normativas y jurisprudenciales expuestas en precedencia (num. 4.2.4. *supra*), es inobjetable la incorrección de la declaratoria de responsabilidad penal emitida en las instancias en contra del acusado.

En efecto, ninguna premisa *fáctica* integrante de las sentencias impugnadas acredita, en lo sustancial, el ingrediente subjetivo o dolo específico tácito, concerniente al propósito del sujeto agente de destinar la marihuana para tráfico, comercialización, distribución o suministro a terceras personas. Los hechos jurídicamente relevantes que se declararon probados son que DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO llevaba consigo 317.3 gramos de marihuana en una bolsa. Nada más. Y esas circunstancias son insuficientes para afirmar la tipicidad de su comportamiento.

En esos términos, es evidente la aplicación indebida del art. 376 del C.P., por ausencia de un ingrediente subjetivo del tipo que impide afirmar la tipicidad del comportamiento. En ese entendido, como se afirmó la responsabilidad por una conducta que, como fue presentada, no se ajusta a las previsiones normativas del tipo invocado, la condena es lesiva del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 inc. 2° de la Constitución).

#### **4.4 Decisión a adoptar**

4.4.1. En eventualidades como la aquí verificada -en que los hechos atribuidos al procesado no se adecuan a ningún tipo penal y, pese a ello, se dicta sentencia condenatoria en virtud de allanamiento a cargos-, la jurisprudencia ha reconocido la vulneración del debido proceso en su componente de legalidad, *en tanto garantía fundamental*.

El mecanismo correctivo de un allanamiento a cargos en esa irregular condición, que constituye la base para dictar sentencia condenatoria, es por regla general **la nulidad**. Mediante la CSJ SP5400-2019, rad. 50.748, a fin de recoger la tesis con fundamento en la cual, en casos como el aquí analizado, se reestablecía la garantía fundamental conculcada mediante sentencia absolutoria de reemplazo, la Sala puso de presente que, ante la manifestación de culpabilidad del procesado:

...el juez de conocimiento sólo puede (i) aprobarla y dictar la sentencia condenatoria consecuente o (ii) rechazarla si quebranta garantías fundamentales y continuar el trámite procesal ordinario. Ahora, si adoptó la primera determinación frente a un allanamiento irregular, lo procedente será, por regla general, decretar la nulidad de la decisión aprobatoria para que, en su lugar, se profiera el correspondiente rechazo y se continúe el proceso; salvo que se trate de casos extremos como los de evidente atipicidad objetiva de la conducta, frente a los cuales prevalecerá la absolución inmediata.

(...)

La interpretación sobreviniente de esta Corte impone la anulación del proceso desde el control judicial de la imputación, que no incluyó la totalidad de hechos jurídicamente relevantes, y en esas condiciones no cumplió con los objetivos de garantizar el ejercicio de la defensa y, menos aún, propiciar un debido allanamiento a cargos, como quedó evidenciado.

Esa determinación garantiza el principio de igualdad de armas porque retorna a las partes al momento anterior a las renunciaciones mutuas que efectuaron por motivo de la terminación anticipada de la actuación. Así, el procesado podrá ejercer la opción de agotar un juicio con todas las garantías para demostrar su teoría del caso y, por su parte, la Fiscalía tendrá la oportunidad de ajustar la imputación y su actividad investigativa a los parámetros jurisprudenciales...si es que cuenta con los presupuestos indispensables.

Además, la solución aquí dispuesta no desmejora la situación del apelante único...porque es evidente que la posición de simple imputado que recobra (el procesado) con la nulidad, es más ventajosa que la de condenado con la que

llegó a la sede extraordinaria de casación. De esa manera, la presente decisión es respetuosa del precedente delineado, entre otras, en las sentencias SP, sep. 16/2015, rad. 38154; SP14842-2015, oct. 28, rad.43436; y, SP3714-2016, mar. 30, rad. 40785.

4.4.2. Como quiera que en contra de DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO no se impuso medida de aseguramiento alguna, la anulación de la actuación deja en el vacío cualquier privación de libertad, que se restablece inmediatamente.

Por lo tanto, como en el num. 2° de la sentencia de primera instancia se dispuso la emisión de orden de captura en contra del procesado, sin que en el expediente se cuente con información sobre su materialización, se dispondrá que, en caso de no haberse efectuado la aprehensión, se cancele dicha orden. De haberse privado de la libertad al señor SARMIENTO NIETO en cumplimiento de lo ordenado por el *a quo* en el presente caso, aquél habrá de ser puesto en libertad inmediatamente.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO. CASAR** la sentencia impugnada. En consecuencia, **decretar la nulidad** del proceso desde que, en la audiencia respectiva, el juez de control de garantías avaló la imputación y el allanamiento a los cargos.

**SEGUNDO.** En los términos expuestos en el num. 4.4.2. de esta decisión, según corresponda, **ordenar la libertad inmediata e incondicional** de DANIEL ENRIQUE SARMIENTO NIETO, exclusivamente por cuenta de este

proceso. De no haberse aprehendido a aquél, cancelar la orden de captura, cuya expedición se dispuso en el numeral 2° de la sentencia de primera instancia.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**



**JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**  
**Salvó Voto**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**  
**SALVO VOTO**



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**SALVO VOTO**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**



**FABIO OSPITIA GARZÓN**



**EYDER PATIÑO CABRERA**



**HUGO QUINTERO BERNATE**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria

Sala Casación Penal@2020