



Bogotá, D.C., 05 de agosto de 2021.

HONORABLES MAGISTRADOS
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Ciudad

ASUNTO: Alegato de la Fiscalía Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.
RADICADO: 58.663
PROCESADO: Javier Alexander García Acosta

En mi condición de Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (e), dentro del término dispuesto para ello, me permito pronunciarme en relación con la demanda de casación presentada por el defensor de Javier Alexander García Acosta, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual condenó al procesado como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

ÚNICO CARGO. Falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso, contemplada en el numeral 1º del artículo 181 de la ley 906 de 2004.

El recurrente asume que la sentencia de fecha 18 de mayo de 2020 emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, constituye una errada interpretación de las causales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal, así como del artículo 448 ídem, al confirmar la sentencia de primera instancia, modificando la causal de agravación de la conducta ilícita atribuida a su representado. Indica que su pupilo debe ser absuelto por el agravante establecido en el fallo de segunda instancia, puesto que no fue pedido por el fiscal del caso, ni probado en sede de juicio oral.

El asunto a tratar nos remite a la Constitución Política cuando en su artículo 29 establece que “... *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*”

En desarrollo de dicho mandato, la ley 906 de 2004, rito por el que se adelanta esta actuación, en su artículo 448 consagró el principio de congruencia, en virtud del cual



el acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, lo cual igualmente es desarrollo del principio de legalidad consagrado en el artículo 6º ídem.

Se consagra así el principio de congruencia como una garantía del derecho a la defensa porque exige identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal y la sentencia, en tanto se asegura que una misma persona solo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción, lo cual conlleva a que haya correlación entre acusación y sentencia.

La jurisprudencia de esa alta corporación (CSJ SP, 25 mayo de 2015, Rad. 44287, entre muchas otras) ha concluido al respecto, que el contenido del artículo 448 en comento se refiere a tres aspectos fundamentales: personal que equivale al acusado, fáctico que hace referencia a los hechos y jurídico que atañe a los delitos, recordando que los jueces no pueden desconocer la acusación. Sin embargo, ha admitido cinco posibilidades en donde el juez puede dictar sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, esto, cuando quiera que se den las siguientes situaciones:

1. Que el ente acusador así lo solicite de manera expresa.
2. La nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género.
3. La modificación se oriente hacia un delito de menor entidad.
4. La tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación.
5. No se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

Consecuentemente la jurisprudencia enseña que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía, principalmente entre sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos), para no transgredir las bases fundamentales del proceso ni el derecho de defensa, toda vez que el enjuiciado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados en la acusación, como tampoco condenado por conductas punibles o delitos respecto de los cuales el Fiscal no lo solicita. Ello asegura además el respeto al derecho de contradicción.

En el entendido que la congruencia se predica de los aspectos fácticos de cada caso, se concluye que el jurídico puede ser variado, hasta en los alegatos de conclusión.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios

Incluso la línea jurisprudencial ha sostenido que el Juez en la sentencia puede variar la calificación jurídica de la acusación o la de los alegatos de conclusión, siempre que dicha variación no agrave la situación del procesado y no sean modificados los aspectos facticos del caso. En ese sentido señala que al proferir la sentencia puede degradar la responsabilidad del sindicado, porque si está habilitado para absolverlo, también lo está para atenuar su situación, siempre que respete el núcleo central de la imputación fáctica o conducta típica.

El operador judicial respeta la congruencia si condena con base en la imputación fáctica y jurídica de la resolución acusatoria, o en la variación, o en la hipótesis que el mismo ha formulado en la audiencia, o en una conducta atenuada.

Pero le está vedado agregar, porque si, hechos nuevos o, de cualquier forma, gravar la situación del procesado, a quien lo más desventajoso que le puede pasar es que sea condenado por los cargos que le fueron definitivamente acreditados en el debate público. (CSJ, radicado 24116 del 18 de mayo de 2006, radicado 26087 del 28 de febrero de 2007, entre otras).

Ahora bien, a criterio de esta Delegada el cargo está llamado a prosperar, pero no con los alcances absolutorios pretendidos por el demandante, sino en punto a una errada interpretación del artículo 448 de la ley 906 de 2004, en tanto si bien en la acusación la Fiscalía atribuyó al enjuiciado el agravante del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, esto es, cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza, en sus alegatos finales solicitó condena por la causal 5ª de la misma norma, dígase, cuando la conducta recae sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes, conforme le facultaba el mandato legal.

En efecto, de la revisión del caso advierte esta Delegada, que las consideraciones del Tribunal abordaron un asunto suficientemente decantado por la jurisprudencia de la alta corporación según viene de verse, cual es la congruencia entre lo solicitado por el ente acusador en sus alegaciones finales y la sentencia, en tanto se respete el núcleo fáctico de la acusación.



Es así como se advierte que el delito base ha permanecido incólume, acto sexual con menor de catorce años, así como los hechos endilgados a lo largo de la actuación a JAVIER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA, sin que la variación de la causal de agravación por la representante del ente acusador en sus alegaciones finales implicara incongruencia como lo concluyó la sentencia de segunda instancia.

Ningún sorprendimiento hubo al sentenciado, quien desde un comienzo tuvo conocimiento de los hechos por los que fue judicializado, mismos por los que se le profirió sentencia.

En particular, su condición de primo de la menor agredida, que los ubica en el cuarto grado de consanguinidad, relación de la que dio plena cuenta la prueba testimonial practicada en el juicio oral, esto es, la exposición de la propia víctima, la de su madre MARIA NELLY ACOSTA BEJARANO y hasta la de la propia progenitora del enjuiciado, señora CELSA ACOSTA BEJARANO, hace inaceptable el anhelo del casacionista por su exclusión de condena, bajo el insólito argumento de no haberse demostrado.

Ciertamente erra el demandante al pretender que se desconozca precisamente el vínculo parental que une a su pupilo con la niña, sometida a sus vejámenes sexuales cuando fue dejada al cuidado de su tía CELSA ACOSTA, situación pregonada desde los albores del caso, dígase, desde la imputación, la acusación y en la fase probatoria del juicio.

Consecuente con esa incontrovertible y acreditada realidad, en sus alegatos de conclusión el fiscal del caso solicitó condena, facultado como estaba, y en consonancia con criterio jurisprudencial de esa alta corporación, por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años, artículo 209 del Código Penal, agravado, no por la causal 2ª, sino por su condición de consanguinidad, artículo 211 numeral 5º, en tanto de ella deriva precisamente la confianza de la víctima en su victimario.

En efecto, en sentencia del 27 de noviembre de 2013, radicado 41417, la Corte Suprema de Justicia estableció:

“En este asunto, si bien no se trata de una conducta concursal con el delito de incesto, sí es un comportamiento agravado conforme al artículo 30 de la Ley 1257 de 2008 que modificó el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, norma que de manera específica y especial, reguló las situaciones en las que los delitos sexuales contenidos

en el Capítulo Segundo del Título IV del Código Penal, se dan al interior del entorno familiar o habitacional, es decir que lo que permite la comisión del hecho delictivo son justamente las relaciones de parentesco o de cohabitancia, incluidas aquellas distintas a la convivencia marital. Y aunque la citada ley fue emitida con el objeto de contrarrestar la violencia contra la mujer, también alude a la toma de medidas para evitar y sancionar situaciones de violencia familiar, como los abusos sexuales de los que puede ser víctima cualquiera de sus miembros que de una o otra forma esté integrado al seno de la familia.

La segunda hipótesis contenida en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, regula el vínculo de confianza de manera genérica, el cual está llamado a aplicarse sólo en los casos en los que dicho nexo provenga de situaciones diferentes a las indicadas en el numeral 5º, entre ellas el grado de parentesco entre el agresor y la víctima.

*Así las cosas, para el asunto que ocupa la atención de la Sala, la norma indicada para la atribución de la agravante consistente en la posición del victimario que permita un vínculo de confianza entre la víctima y el agresor sexual cuando ésta se deriva del parentesco, es el numeral 5º del citado artículo 211 del estatuto punitivo.”
(Negritas fuera de texto)*

Dicho ajuste no comportó lesión o afronta al procesado, no se vulneró su derecho de contradicción ni se transgredió el principio de congruencia en tanto no se modificó el núcleo fáctico, ni el delito básico, como que tan solo se mutó, en respeto al principio de legalidad, la causal de agravación 2ª por la 5ª del artículo 211, conllevando incluso la misma sanción punitiva en los fallos de instancia.

No empecé, el *ad quem* arribó a una conclusión errada al interpretar la norma, artículo 448, desbordando su tenor literal y el precedente jurisprudencial, desconociendo que la solicitud del ente acusador fue de condena por el delito base, agravado por el numeral 5º del artículo 211, conforme le era posible y debía hacerse, en tanto la relación de consanguinidad entre víctima y victimario, pregonada a lo largo del caso y corroborada con solvencia en la fase probatoria del juicio oral, la hacían prevalente.

PETICIÓN.

Por lo anterior, de manera respetuosa este Delegado Fiscal solicita a la Honorable Sala **CASAR PARCIALMENTE** el fallo de segunda instancia proferido el 18 de mayo de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de declarar

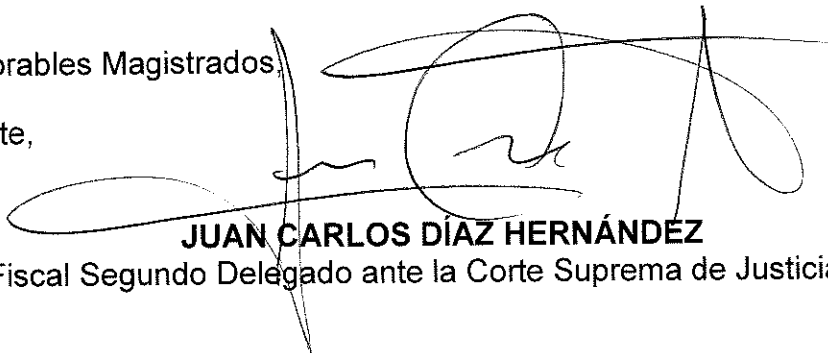


que la condena a JAVIER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA procede a título de autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, agravado por el numeral 5º del artículo 211 ídem, al ser la víctima pariente del agresor dentro del cuarto grado de consanguinidad.

Las decisiones del Tribunal al confirmar el fallo de primera instancia acerca de la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se mantienen incólumes, porque las razones que la sustentan se mantienen vigentes a pesar del cambio atrás indicado, bien por el monto de la pena que finalmente se impone, ora porque subsiste la prohibición prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

De los honorables Magistrados,

Cordialmente,



JUAN CARLOS DÍAZ HERNÁNDEZ
Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia (e.)