

Bogotá, D. C. 2 de junio de 2021

Doctora

**LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA**

Magistrado Sala Penal

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

**Asunto:** Consideraciones recurso extraordinario de casación, postulado contra la decisión adoptada el 06 de marzo de 2020 por el Tribunal Superior de Bogotá.

Honorable Magistrado:

En mi condición de Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento concepto en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Lo anterior, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el defensor de Javier Alexander García Acosta, contra de la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 06 de marzo de 2020 por medio de la cual se revocó parcialmente la decisión emitida por el Juzgado Veintiuno Penal Circuito Conocimiento Bogotá.

## **1. HECHOS**

Fueron descritos por el fallador de segunda instancia: “... Fueron denunciados el 19 de agosto de 2011 por la señora María Nelly Acosta Bejarano, quien aseguró que por razones laborales dejaba a su menor hija L.A.C.A. al cuidado de su hermana CELSA ACOSTA BEJARANO, quien reside en el barrio Danubio Azul y la última vez que la llevó fue el 14 de

agosto de 2011, teniendo en cuenta que su hija le manifestó que tenía dolores en su parte genital y ello obedecía a que su primo JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA le mentía el dedo en la vagina. Advirtió la denunciante que como quiera que era la segunda vez que la niña le manifestaba lo mismo, decidió presentar la respectiva denuncia, porque la primera vez que su hija le refirió molestias en su parte genital, lo que hizo fue llevarla a una droguería donde le recetaron unos lavados...”

## **2. DEMANDA.**

El recurrente presentó tres cargos contra la sentencia de segundo grado, de los cuales, en auto del 10 de marzo de 2021, al analizar admisibilidad de las censuras postuladas por la defensa, únicamente fue admitido el principal, por ello solo nos referiremos a este.

Para la censura admitida el accionante la interpuso con fundamento en el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante acusó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y la de la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial que la confirmó, por violar directamente la ley con ocasión de la interpretación errónea de los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal.

En el argumento del cargo, el apoderado judicial indicó que, desde las audiencias preliminares, al procesado se le atribuyó la comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por la hipótesis fáctica contenida en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, pero, al presentar los alegatos de conclusión del juicio oral, la fiscalía, solicitó condena en contra del acusado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal que obliga a la imposición de una pena mayor cuando. El fallador de primer grado por su parte en atención a la petición de la fiscalía condeno con base en esta solicitud variando el numeral del agravante.

En igual sentido, indicó el accionante que, al desatar el recurso de apelación, el fallador de segundo grado decidió modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que la agravante por la que se profería condena era la contenida en el numeral 2°.

### **3. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA**

De la lectura de las sentencias de primera y segunda instancia, así como también de la demanda de casación esta Delegada del Ministerio Público se aparta de las consideración plasmadas en el libelo de casación, ello en consideración a las siguientes postulaciones.

Al igual que en el recurso de apelación, la defensa en esta oportunidad deprecia nuevamente una transgresión al principio de congruencia por un error en la aplicación de la ley sustancial numerales 2 y 5 del artículo 211, ello por cuanto, de la imputación fáctica o hechos concretos de los cuales derivaba la circunstancia de agravación punitiva para el delito de actos sexuales abusivos, esto es, indistintamente, por la confianza generada en la víctima, la autoridad sobre ella o, simplemente, por la relación de parentesco.

Frente al tema objeto de estudio, la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión proferida el 25 de junio de 2019 con radicado 51007 estableció que “... El artículo 250 de la Constitución Política dispone que “la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. [...]

A partir de la información recopilada durante la fase de indagación, la Fiscalía debe analizar y decidir si existe mérito para formular imputación, esto es, realizar el “juicio de imputación”, en los términos que se

analizarán a continuación.[...] Está suficientemente decantado que el análisis sobre la procedencia de la imputación - “juicio de imputación”- le fue asignado al fiscal, lo que se extrae sin mayor esfuerzo del artículo 250 de la Constitución Política y, más puntualmente, de lo previsto en los artículos 287 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan la procedencia y el contenido de este acto comunicacional.

Al respecto, esta Corporación ha dejado sentado que esa actuación de la Fiscalía no está sometida a control material por parte de los jueces, sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras). En la sentencia C-425 de 2008 la Corte Constitucional dejó sentado que la formulación de imputación tiene características propias, así, en ocasiones, se realice a la par de la legalización de captura y la solicitud de medida de aseguramiento, entre otras cosas porque no está sometida a los estrictos términos de la primera, ni corresponde a una solicitud que deban resolver los jueces, como la segunda. En armonía con lo anterior, en la sentencia C-127 de 2011 se reiteró la autonomía con la que actúan los fiscales al realizar el juicio de imputación, en esencia en dos aspectos: (i) por la importancia y complejidad de dicha decisión, tienen como único límite temporal la prescripción del respectivo delito; y (ii) el investigado no está facultado para solicitar la formulación de imputación. En ese mismo sentido, en la sentencia C-303 de 2013 se aclaró que el “juicio de imputación” no puede ser rebatido por la defensa, como tampoco puede ser controlado materialmente por los jueces, como lo ha reiterado esta Sala” ...”

Si analizamos el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, aunado a la interpretación realizada por la Honorable Corporación en decisión referida anteriormente, del recuento tenemos que para el 15 de enero de 2014 la Fiscalía General de la Nación, le imputó cargos al señor Javier Alexander García Acosta, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años con la circunstancia de agravación punitiva descrita en el

numeral 2 del artículo 211, para el 14 de abril de 2014 la fiscalía 332 seccional radicó escrito de acusación en iguales condiciones que en la audiencia de imputación, circunstancia que se mantuvo hasta las alegaciones finales, momento en el cual, la fiscalía solicita condena con la agravación punitiva del artículo 211 pero en esta oportunidad solicitó que el agravante sea con fundamento en el numeral 5.

Una vez concluido el debate probatorio, el fallador de primer grado condenó a Javier Alexander García Acosta, como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado por la causal descrito en el numeral 5 del artículo 211, la defensa inconforme con la decisión adoptada interpuso recurso de apelación, en tanto que a su consideración se transgredió el principio de congruencia ello por cuanto desde la imputación en ningún momento le fue adjudicado el agravante por el que fuere condenado.

Al momento de desatar el recurso de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, considero que le atañe razón a la defensa en el sentido que el ente acusador desde el inicio del transcurrir del proceso siempre mantuvo incólume el enjuiciamiento, la circunstancia de agravación punitiva descrita en el numeral 2 del artículo 211, solo fue hasta las alegaciones finales que vario el numeral para solicitar la condena conforme a lo descrito en el numeral 5 del mismo artículo, el agravante ya no se solicitaba por la confianza sino por el grado de consanguinidad entre el procesado y la víctima.

Pero la incongruencia reclamada por el censor, tal como lo estableció el fallador de segundo grado, no produce consecuencias jurídicas tal como lo intenta hacer valer la defensa, la variación de agravante no genera duda frente a la responsabilidad del procesado, no produce la invalidez del decurso procesal ni tampoco se puede estructurar la ausencia de responsabilidad por este hecho.

Tal como lo refirió el Tribunal en su sentencia, el yerro cometido por el fallador de primer grado fue haber declarado la responsabilidad de Javier Alexander García conforme a la causal de agravación punitiva diferente a la que fuere imputado y por la que se le llamo a juicio, pero dicha situación fue resarcida, con la sentencia que desató el recurso de apelación, se restableció la congruencia entre el tema factico jurídico y la sentencia que realmente correspondía, de conformidad a la acusación formulada.

De los elementos materiales probatorios, quedo demostrado con solvencia la relación de familiaridad entre el procesado y la menor L.A.C.A., la familiaridad fue por lo que se presentó la oportunidad para que Javier Alexander encontrara el momento para transgredir el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la menor, por lo que es factible dar aplicación a la descripción realizada por el legislador en el numeral 2 del artículo 211 “... 2. 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. ...”.

La Corte Constitucional sobre el tema en cuestión, bajo la sentencia C-025 de 2010, al tratar el tema sobre la constitucionalidad del artículo 448 de la Ley 906 de 2006. Según el demandante, “el legislador, al momento de consagrar el principio de congruencia, en el sentido de que ‘el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena’, vulneró el artículo 29 Superior, en la medida en que la congruencia debe existir igualmente entre la audiencia de formulación de la imputación y la audiencia de formulación de la acusación”.

En el debate probatorio se demostró que la relación familiar que se tenía antes de la ocurrencia de los hechos era buena, la que se deterioró por el comportamiento realizado, lo que permite entrever que la menor o su progenitora no tenían ningún ánimo mal intencionado para querer perjudicar al acusado o a su familia, luego entonces no hay duda de que

el hecho existió y el responsable de los mismos es Javier Alexander García.

La víctima al momento de relatar el suceso fue clara en manifestar que se encontraba en la casa de su tía Celsa y en un momento en que se encontraba jugando con su primo, él le dijo que se sentara en las piernas de él, luego le dijo que iba a sacar el celular, la empezó a morbosear y le tocó la vagina con la mano por debajo de la ropa. En cuanto a las personas que se encontraban en la casa, coincidió con lo manifestado por las señoras María Nelly y Celsa, pues dijo que cuando eso le ocurrió estaba el esposo de su tía y que su mamá y su papá habían salido a comprar el pan.

Ello claramente deja demostrada la responsabilidad del procesado en la conducta descrita en el artículo 209 y el agravante del numeral 2 del artículo 211, por el grado de consanguinidad entre el acusado y la víctima. Entonces, comoquiera que además de entenderse que por ser familiares la menor tenía confianza en el acusado, con los testimonios de las señoras María Nelly y Celsa Acosta Bejarano se tiene acreditado que la menor víctima y Javier Alexander García Acosta son primos, se encuentra acreditada la circunstancia de agravación.

Del reproche deprecado en el libelo de casación, esta delegada considera que con el fallo de segundo grado proferido por el tribunal superior de Bogotá se subsanó el yerro por falta de congruencia, se condenó al procesado con suficientes elementos materiales probatorios que demuestran la responsabilidad del mismo en la comisión de la conducta por la que fuere llamado a juicio. Es por ello que se concluye que en el proceso bajo examen no hay anomalía alguna que deba corregirse, por cuanto el Tribunal ya reparó el agravio que pretende el accionante que la Honorable Sala Penal corrija en sede de casación.

Para esta delegada, la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, fue justamente la correcta por cuanto fue esa Corporación la que ajusto al principio de legalidad el hecho conforme a la acusación, sin que se desmejorara la situación del procesado, ya que condenó por el hecho y delito que fue acusado y debatido en juicio.

Ciertamente, el error radico en el Juez de Primera instancia por cuanto a este le correspondía verificar la congruencia respecto de la acusación con el fallo en lo jurídico y en lo fáctico, ya que la Fiscalía solo tiene una potestad de postulación que no compromete ni ata al juez en la decisión, al punto que incluso podía haberse solicitado absolución y el juez dictar fallo en contrario conforme a lo probado.

Sobre el tema en reciente decisión de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se indico:<sup>1</sup>

*“De acuerdo con lo anterior, el señalado dislate de la fiscalía en la denominación jurídica es intrascendente pues denota una confusa ligereza que conllevó un lapsus linguae, dadas las similitudes entre los dos tipos penales mencionados, sin que se revele la intención de atribuir el delito previsto en el artículo 207; además que, como la Corte ha precisado, la congruencia que predomina en el actual modelo de enjuiciamiento penal es de «índole naturalista [la cual] se fundamenta en la correlación del hecho histórico investigado, sin importar la calificación jurídica que en uno u otro*

---

<sup>1</sup> CSJ Radicado 55833 MP Dr. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER 17 de febrero de 2021. Esta Corporación<sup>1</sup> ha precisado que el desconocimiento del principio de congruencia se presenta cuando: (i) se condena con afectación del núcleo fáctico, esto es, por hechos distintos o delitos diferentes a los atribuidos en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, (ii) se condena por un ilícito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica o jurídicamente en la acusación; (iii) se condena por el reato atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada o acusada; (iv) se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

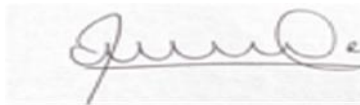
También la Sala ha señalado que la incongruencia puede presentarse de forma (i) *positiva o por exceso* y (ii) *negativa, omisiva o por defecto*.<sup>1</sup> La primera ocurre cuando el fallador decide más allá de lo establecido en la acusación, esto es, desborda el marco fáctico o jurídico del contenido de aquella. La segunda, por su parte, tiene lugar cuando el juez en la sentencia omite pronunciarse total o parcialmente de los cargos formulados en la acusación.



*momento se le imponga al mismo », siendo precisamente la base fáctica expuesta en la acusación sobre la que se ejerció el contradictorio en el juicio oral.”*

Por lo anterior, esta delegada considera que la salida jurídica para decidir el asunto fue la correcta sin que existiera interpretación errónea, puesto que dictó sentencia ajustándola conforme a los hechos y a la acusación guardando la congruencia tanto fáctica como jurídica conforme fue presentada la acusación por la Fiscalía, sin agravar la situación del procesado.

En consecuencia, esta delegada se aparta de las consideraciones esgrimidas en el libelo de casación, iteramos, con los elementos materiales de prueba se evidencia la concurrencia del agravante descrito en el numeral 2 del artículo 211 de la ley 599 de 2000. Lo anterior, toda vez que para la comisión del acto delictivo el procesado se valió de los lazos consanguíneos y la confianza depositada en él para transgredir los derechos de la menor víctima, no hay una interpretación errada del agravante, ni mucho menos una aplicación indebida de la ley sustancial, por cuanto la condena se estructuró con base en elementos de prueba debidamente recaudados e introducidos en juicio oral. Con relación a lo anteriormente manifestado, esta delegada del Ministerio Público sugiere que no se case la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al no encontrar yerro alguno en la variación del agravante. Por el contrario, con dicho acto el fallador de segundo grado subsana el yerro por falta de congruencia presentado en el fallo emitido por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá. Atentamente,



**PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA**  
**Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal**