



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

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**Magistrado Ponente**

**SP848-2022**

**Radicación No. 50742**

(Aprobado Acta No.59)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintidós (2.022)

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de Rodrigo de Jesús Arroyave Botero, contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones, la condena que le impuso el Juzgado 5° Penal del Circuito por un concurso de delitos de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.

### **HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- Los primeros, consigna la providencia recurrida, *“fueron denunciados el 6 de febrero de 2009 por la señora Claudia Patricia Monroy Orjuela, quien manifestó que el día 1° de febrero de 2009, su hijo*

*DEAM, de tres años de edad, le comentó: mami mira que un día mi papá me abrió la cola y me hizo doler mucho, mucho y lloré, más tarde, ya en su casa, el niño le dijo que su papá le había echado un aceite de color morado y después lo había bañado. Situación que repitió en las entrevistas psicológicas realizadas por la doctora Martha Yaneth Fuentes Murillo y en la Fundación creemos en ti.”*

2.- En consideración a la situación denunciada la Fiscalía 289 en audiencia adelantada ante el Juzgado 67 Penal Municipal con funciones de control de garantías, el 13 de abril de 2012, le formuló al indiciado imputación por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso heterogéneo con incesto, de conformidad con lo previsto en los artículos 209, 211-2, 237 y 31 del Código Penal.

3.- El funcionario investigador presentó escrito de acusación. En la audiencia respectiva, realizada el 3 de julio siguiente ante el Juzgado 5° Penal del Circuito, lo acusó por los delitos imputados.

4.- Finalizado el juicio, en consonancia con el anuncio del sentido del fallo y la solicitud de la Fiscalía, el juez de conocimiento condenó al procesado a 150 meses de prisión como autor del punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución por prisión domiciliaria,

5.- De esa determinación apeló el defensor del acusado y el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído del 2 de

mayo de 2017, la modificó al advertir, de una parte, que la acusación en su núcleo fáctico comprendía un solo evento de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y, por otra, que la Fiscalía en los alegatos de cierre retiró el cargo por el punible de incesto. En consecuencia, redujo a 144 meses el término que el sentenciado debe permanecer en prisión.

### **DEMANDA DE CASACIÓN**

De los cargos expuestos por el actor la Corte admitió para estudio de fondo los siguientes:

1.- Violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, la cual, asegura el actor, *“se presentó cuando los jueces de instancia erraron acerca de la existencia de esta norma y por eso, no la aplicaron al caso específico que la reclamaba; habiendo incurrido en error sobre su existencia y validez en el tiempo o en el espacio.”*

Sobre el particular argumenta que en la actuación no se estableció la época de los hechos, salvo lo afirmado por la denunciante quien manifestó en juicio que sucedieron en 2008 por la época en que ella adelantaba un curso de pintura, pero no indicó la fecha exacta o aproximada de ocurrencia de los abusos, indeterminación que, afirma, persiste en la denuncia, en la formulación de imputación, la acusación y en el debate probatorio del juicio oral.

De esa manera, continúa el actor, se le impuso al procesado 144 meses de prisión con base en los artículos 209

y 211-5 del Código Penal, con las modificaciones introducidas a esos artículos por la Ley 1236 de 2008, vigente desde el 23 de julio de ese año, cuando debieron aplicársele las penas señaladas en esas normas con anterioridad a la modificación indicada.

2.- También con base en la causal primera de casación, el actor denuncia la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 209 del Código Penal. Los sentenciadores, asegura, *“erraron acerca de la existencia de esta norma y por eso no la aplicaron al caso específico que la reclama; habiendo incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio.”*

La sentencia no desarrolla un examen holístico de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, motivo por el cual se le impuso al sentenciado la pena con base en una norma de vigencia posterior al tiempo de ocurrencia de los comportamientos ilícitos, circunstancia contraria el principio de legalidad y al debido proceso (arts. 6° y 29 C.P.P.) *“Por tal motivo y acogiendo los argumentos esgrimidos en el sustento del cargo primero de la presente causal, solicito muy respetuosamente se case la sentencia recurrida y, en su defecto, se modifique en lo que concierne a la norma que debe ser aplicable en el presente caso. Esto es, la vigente antes de promulgarse la Ley 1236 de 2008.”*

3.- Violación directa por aplicación indebida del artículo 211-5 del Código Penal. Como en el cargo anterior el actor asegura que los juzgadores *“erraron acerca de la existencia de esta*

*norma y por eso no la aplicaron al caso específico que la reclama; habiendo incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio.”*

Refiere que el agravante del artículo 211-5 del Código Penal originalmente incrementaba la pena de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se dirigía contra el cónyuge o contra quien se cohabitara o con quien se haya procreado un hijo. Posteriormente, con la modificación introducida con el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, se estableció el mismo monto de incremento de pena si la conducta se realiza sobre parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o primero civil, sobre cónyuge, compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se halle integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o el partícipe.

Así las cosas, afirma el actor, *“es claro que del acervo probatorio se puede extractar que los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2008 y que, si se quiere tomar como referencia espacial lo dicho por la señora Claudia Patricia Monroy Orjuela, ello se dio entre los meses de septiembre y noviembre de 2008, época en la que se hallaba realizando un curso de pintura, motivo por el cual dejaba a solas a DEAM con su padre”*; de manera que el agravante del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, en razón del parentesco de la víctima con el acusado *adolece de aplicación indebida de la ley sustancial*, ya que para la fecha de los hechos no estaba vigente la Ley 1257 de 2008.

## **TRÁMITE DE SUSTENTACIÓN**

1.- En el escrito de sustentación allegado por el defensor del acusado<sup>1</sup>, en su condición de demandante, reitera los términos de la demanda. En relación con el cargo primero, puntualiza que en los hitos del trámite procesal (denuncia, imputación, acusación), no se precisó la fecha en que se produjo el abuso, tampoco, a ciencia cierta, se logró establecer a través del debate probatorio, salvo por la manifestación de la señora Claudia Patricia Monroy Orjuela, madre de la víctima, quien refirió que acontecieron en 2008, y del niño DEAM, en cuanto manifestó que tenía en el momento tres o dos años de edad. La sentencia no contiene una relación develadora de esa circunstancia.

Refiere los cambios introducidos por el legislador a las disposiciones que tipifican el delito de actos sexuales abusivos y los agravantes comunes a los atentados contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales. Los juzgadores debieron considerar esas modificaciones en la solución correcta del caso, emplear la que se hallaba en rigor al momento de los hechos y establecer la pena que debe ser entre 48 y 90 meses.

En cuanto al cargo segundo asegura que los juzgadores no examinaron la integridad de los hechos y circunstancias

---

<sup>1</sup> El trámite de sustentación se verificó con base en el Acuerdo 20 de 2020, por medio del cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, implementó mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional, aplicables a la sustentación del recurso extraordinario de casación en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas por el Gobierno nacional en el marco de la emergencia sanitaria decretada en todo el territorio nacional por causa del COVID-19.

por los que se acusó y condenó al procesado, motivo por el cual aplicaron una norma de vigencia posterior a la ocurrencia de los hechos, situación contraria al principio de legalidad. En su criterio, hubo una indebida aplicación del artículo 209 del Código Penal y se asignó una pena superior a la que merecía el acusado.

Y, en cuanto al cargo tercero precisa, siguiendo la declaración de la denunciante, que los hechos acontecieron antes de la vigencia de la ley 1257 de 2008, norma indebidamente aplicada que establece como motivo agravante el hecho de ejecutar la conducta sobre un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad. Agrega que el error se avizoraba en la formulación de acusación al no delimitar de manera clara y pormenorizada las circunstancias temporales de los hechos. La Fiscalía manifestó que acontecieron en 1° de febrero de 2009. Sin embargo, la denunciante declaró que sucedieron en 2008, entre septiembre y noviembre, es decir, antes de la vigencia de la Ley 1257 de 2008, dato que, en forma adicional, asumió al ad quem en la sentencia recurrida. En esas condiciones, concluye, el incremento punitivo realizado en la individualización de la sanción, con base en el agravante del artículo 211-5 del Código Penal, no debe tenerse en cuenta.

2.- La Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal, luego de referir que existen suficientes elementos de juicio que dan cuenta de la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, indica que a través del testimonio de la denunciante, conforme lo precisa la

sentencia, los hechos debieron ocurrir en septiembre de 2008, luego, en perspectiva del principio de legalidad, no resultaba aplicable la Ley 1257 de ese año, publicada en el Diario Oficial 47.193, el 4 de diciembre, por tanto, vigente luego de la ejecución de los hechos, lo cual devela su indebida aplicación en este asunto.

En esas condiciones, solicita casar parcialmente la sentencia recurrida y estudiar la pertinencia de redosificar y reducir la sanción dispuesta en instancias.

3.- El Fiscal Primero delegado ante la Corte hace un pronunciamiento similar. Cita la norma que tipifica el delito atribuido al acusado, las agravantes previstas por el artículo 211 del Código Penal, las modificaciones que registra y, en forma adicional, precisa: *“De tal manera, demostrada la responsabilidad del señor Rodrigo de Jesús Arroyave Botero en el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años, sin que opere la causal de agravación del numeral 5° del artículo 211 del Código Penal, la del texto original por no tratarse aquí del sujeto objeto de protección en esa norma, como tampoco la correspondiente a la modificación que introdujo a este numeral el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, por no encontrarse vigente al momento de los hechos, la pena que se debió imponer al condenado, atendiendo, además, a que no existen otras causales de mayor punibilidad, debió partir del mínimo del ámbito de movilidad correspondiente al primer cuarto, esto es, 108 meses de prisión, sin ningún tipo de incremento”*; sentido en el que solicita casar parcialmente la sentencia recurrida.

En forma adicional considera que la acusación adolece de defectos alusivos a la falta de concreción del fundamento



fáctico, de las circunstancias de todo orden que rodearon los acontecimientos, y de los motivos que justificarían imponer una mayor sanción; falencias que desdicen de una acusación en regla y pueden significar que la estructura del proceso está fallida y desconoce los derechos y garantías de las partes e intervinientes, incluso desde cuando se realizó la formulación de imputación.

### **CONSIDERACIONES**

Los cargos de la demanda confluyen en señalar que la pena impuesta al sentenciado contiene un error de adecuación normativa, incidente con la legalidad y la cuantificación de la sanción que procedía imponerle. La individualización de la pena, explica, se vio afectada por una circunstancia de agravación que cobró existencia legal tiempo después de la ejecución de los hechos. De esa manera, como los cargos contienen una temática común que apuntan al mismo problema jurídico, la Sala los resolverá conjuntamente.

Sin lugar a equívocos, la situación aludida en la demanda afecta el principio de legalidad, elemento esencial del debido proceso en tres aspectos claramente identificados: la preexistencia de los delitos y las penas, la competencia del juez o tribunal que deban atender el juzgamiento, y de las normas que regulan la ritualidad del trámite. En ese orden, no basta que la ley penal describa la conducta punible, debe, en forma adicional, mediante ley previa y escrita, precisar el

juez competente para investigar y sancionar el ilícito, y el procedimiento por el cual debe regirse la satisfacción de esa función, según dispone de manera perentoria el artículo 29-2 Superior en los siguientes términos: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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.”*

Acerca de esta temática,

*“La jurisprudencia ha señalado que para imponer sanciones penales, “no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29)”. Por ende, para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Legislador defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos. El principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de lex previa y scripta. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho contradicción. Desde esta perspectiva, interesa al juez constitucional que el legislador observe dichos elementos. Desde ese punto de vista, la vigencia de la ley conlleva su “eficacia jurídica”, entendida como obligatoriedad y oponibilidad, en tanto hace referencia “desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor”. Entonces, cuando se fija la fecha de inicio de la vigencia de una ley se señala el momento a partir del cual dicha*

*normatividad empieza a surtir efectos, de la misma manera se alude al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. En términos de la sentencia C-957 de 1999, la ley por regla general comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario. Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de las mismas. Así, de acuerdo con la sentencia C-932 de 2006 “ el Legislador –y dentro de esta denominación hay que incluir también el legislador extraordinario- es el llamado a determinar el momento de iniciación de vigencia de una ley, y a pesar de contar prima facie con libertad de configuración al respecto, tal libertad encuentra un límite infranqueable en la fecha de publicación de la ley, de manera tal que si bien se puede diferir la entrada en vigencia de la ley a un momento posterior a su publicación, no se puede fijar como fecha de iniciación de la vigencia de una ley un momento anterior a la promulgación de la misma”<sup>2</sup>.*

Como bien describen el demandante, los sujetos no recurrentes y lo precisa el fallo recurrido, la Fiscalía en este asunto formuló imputación en contra de Rodrigo de Jesús Arroyave Botero, en condición de autor de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo y sucesivo con incesto (Arts. 209, 211-2, 237 y 31 del C.P.), imputación jurídica que reiteró en el escrito y en

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional sentencia C-444-11

la audiencia de acusación. El concurso heterogéneo, acotó la delegada fiscal, *en la medida que es el padre biológico del niño y agravado precisamente por esa posición de padre que generaba confianza en el menor.*

Al final del debate probatorio, en perspectiva de la pretensión de condena y a modo de aclaración, la fiscal consideró inadecuada la imputación jurídica como se venía presentando, dada la improcedencia de imputarle al acusado el incesto y en forma simultánea la agravante por parentesco con el menor abusado. En consideración a esa circunstancia solicitó: *“Que se condene al señor Rodrigo de Jesús Arroyave Botero, única y exclusivamente por los actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo con la misma conducta, y bajo la circunstancia de agravación del artículo 211 numeral 5°, que es por el grado de parentesco entre el acusado y la víctima.”*

El juez de conocimiento consideró demostrado el concurso de conductas punibles aludido por la fiscal delegada y, de conformidad con los artículos 209, 211-5 y 31 del Código Penal, le impuso a Arroyave Botero 144 meses de prisión, incrementados en 6 meses por el comportamiento de igual naturaleza concurrente. En definitiva, lo sancionó con 150 meses de la pena referida.

La calificación jurídica y la sanción dispuesta contra el acusado, fueron examinadas oficiosamente por el Tribunal en sede de apelación, oportunidad en la que consideró que *“al formular la acusación la Fiscalía lo hizo por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, en concurso heterogéneo*

*con incesto. De manera que, no endilgó desde el punto de vista jurídico el concurso homogéneo de punibles contra la libertad, integridad y formación sexuales.... Ya en los alegatos de clausura, el representante del ente acusador, retiró el cargo por el delito de incesto y solicitó condena por el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo, conforme al cual, el a quo emitió sentencia... Tal realidad procesal evidencia la vulneración del principio de congruencia, exclusivamente en lo que respecta a la deducción en la sentencia del concurso homogéneo, ya que la modalidad concursal no fue imputada al formularse la acusación, lo que representa que el cognoscente desbordó, en dicho aspecto específico, el marco jurídico del pliego de cargos.”*

Por esta razón sustrajo de la condena la sanción del delito concurrente y condenó al acusado a 144 meses de prisión, como autor del delito único de actos sexuales con menor de 14 años agravado, de conformidad con los artículos 209 y 211-5 del Código Penal. Por el mismo término le impuso la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En relación con el agravante que se dedujo de la conducta del acusado, el juez de conocimiento consideró: *“Con lo reseñado anteriormente se establece, además, que efectivamente el niño D.E.A.M fue blanco de manipulaciones sexuales y tocamientos, con lo cual se confirma la materialidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años contemplado en el artículo 209 del Código Penal. Así mismo, se confirma con el registro civil de nacimiento del menor D.E.A.M., nacido el 10 de junio de 2005, donde figura como sus padres Patricia Monroy Orjuela y Rodrigo de Jesús Arroyave Botero, que el acusado es el padre biológico del niño y que a través de la situación de abuso sexual configuró la circunstancia de agravación del numeral 5° del artículo 211*

*de la misma codificación por la relación de parentesco en primer grado de consanguinidad con la víctima...”*

El Tribunal mantuvo intacta la agravante y condenó a Arroyave Botero como autor de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, *“previsto en el artículo 209 del Código Penal, agravado conforme al artículo 211-5 ídem”*, aunque como delito único, no en concurso de infracciones.

En relación con el artículo 211 numeral 5° del Código Penal, el texto original en la Ley 599 de 2000, establecía que la sanción de los delitos conectados a esa disposición, se aumentarían de una tercera parte a la mitad, cuando: *“5.- Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabitare o se haya cohabitado, o con persona con quien se haya procreado un hijo”*, redacción que se conservó casi intacta en la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008 (23-07-08), pero que trocó sustancialmente con el artículo 30 de la Ley 1257 de ese mismo año, el cual prevé el aumento punitivo por la causal quinta de la norma en cita, cuando: *“La conducta se realizare sobre pariente hasta el 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 de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.”*

La causal se fundamenta en los vínculos de consanguinidad, afinidad, en la cohabitación o vida marital originada en el matrimonio propiamente dicho o derivada de

las relaciones de hecho, y se proyecta a las personas que integran la unidad doméstica que pueden estar ligadas o no por lazos de parentesco.

La parte acusadora fundamentó el motivo de mayor punibilidad en el hecho acreditado de que el acusado es el padre biológico de la víctima menor de edad, y, sobre esa misma base, la sentencia dispone la condena por el acto sexual abusivo agravado según el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, conforme lo declararon el juzgado de conocimiento y el tribunal en segunda instancia.

Con esta precisión la Sala aborda el problema jurídico planteado en la demanda, esto es, si el Tribunal erró al aplicar de manera indebida una disposición sustancial (art. 211-5) que no estaba vigente al momento de los hechos.

La acusación precisa el día en que la madre del menor denunció los abusos a los que fue sometido por el progenitor, pero no relaciona la fecha de ocurrencia de los hechos, dato que de forma ideal debe contener el escrito de acusación, sin que dejar de consignarlo torne ilegal ese acto o el trámite en general, pues no se trata de un hecho jurídicamente relevante y la información puede completarse en las observaciones al escrito de acusación, o emerger acreditado en la actividad probatoria del juicio, la cual justamente propende por la reconstrucción de la verdad de los sucesos y las circunstancias de todo orden que rodearon su

producción. Además, téngase en cuenta que casos como el presente pueden generar dificultad para establecer la fecha del acontecer ilícito, verbo y gracia por *“la naturaleza de la conducta investigada, las circunstancias en que se llevó a cabo la misma y la edad de la víctima”*, como bien acota en su intervención la Procuradora Delegada.

Remitidos a lo establecido probatoriamente en la actuación se tiene que los hechos fueron denunciados el 6 de febrero de 2009, de igual modo que la víctima nació el 10 de junio de 2005. En su declaración el niño expresó: *“... mi mamá se fue, yo era pequeño y me quedé con mi papá, él trajo como una parrilla, me puso encima y me echó un aceite... me bajó los pantalones y me echó aceite en la cola... [otro día] me metió el dedo en la cola y me dolió harto”*. Indicó también que cuando ocurrieron esos eventos la mamá no estaba en casa porque había ido a las clases de pintura.

En efecto, la señora Claudia Patricia Monroy Orjuela declaró en juicio que los abusos sucedieron en 2008, cuando el niño tenía 3 años, *‘en esa época dejó al niño al cuidado del papá porque de septiembre mas o menos a noviembre inició un curso de artes y pintura, al cual asistía los fines de semana en el barrio Galán, salía hacia las ocho de la mañana y regresaba a la una y treinta o dos de la tarde, en ese lapso el niño estaba con Rodrigo y reiteró que todo pasó en 2008.’*<sup>3</sup>

El Tribunal, por su parte, declaró: *“Tales hechos, deduce la denunciante, debieron ocurrir en septiembre de 2008, toda vez que en*

---

<sup>3</sup> Sesión de audiencia del 14-08-13



*esa época se encontraba haciendo un curso de pintura y en tal virtud, dejaba a su menor hijo con el padre, los días sábados de ocho de la mañana a dos de la tarde<sup>4</sup>”; circunstancia que reiteró al valorar, en el examen de la materialidad de la conducta, el testimonio de la experta Luisa Fernanda Ramírez, medio de convicción a través del cual – precisó el juzgador – se reiteran “las maniobras de tipo sexual narradas por la víctima, pues los tocamientos, el esparcimiento de fluidos en sus zonas íntimas y los actos sexuales de masturbación y eyaculación realizados en presencia del menor, evidentemente no dejan huellas físicas de trauma, a pesar de que el niño hubiese podido sentir algún dolor y ardor al momento en que le fueron ejecutados, máxime cuando los actos sexuales abusivos fueron cometidos aproximadamente cinco meses antes del examen sexológico, dado que, según Claudia Patricia Monroy, progenitora de la víctima, los hechos tuvieron ocurrencia aproximadamente en septiembre de 2008.<sup>5</sup>”*

De acuerdo con lo declarado por los sentenciadores, atendiendo, además, que la denunciante asistió a las clases de pintura entre septiembre y noviembre de 2008 y refirió que los hechos se dieron en esa época cuando el niño quedaba a solas con el papá; debe tenerse como fecha máxima de ejecución del delito el mes de noviembre de 2008, época en que no había entrado en vigencia la Ley 1257, como quiera que su promulgación se realizó en el Diario Oficial No. 47193 el 4 de diciembre de ese año.

En esas condiciones se constata que el Tribunal violó de manera directa la ley sustancial, en tanto aplicó una disposición que no había comenzado a surtir efectos y que

---

<sup>4</sup> Fol. 12 sentencia

<sup>5</sup> Fol. 30 Ib.

fue promulgada tiempo después de la ejecución de los hechos imputados al acusado, error que afecta la legalidad de la pena al incrementar el quantum con base en la disposición inexistente.

El defecto de indebida aplicación normativa se corrige eliminando de la imputación jurídica el agravante del artículo 211-5 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, y readecuando la pena según el tipo básico de la infracción con base en los parámetros de individualización considerados por el juzgador.

En ese orden, se tiene que la pena para el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, de conformidad con el artículo 209 del Código Penal, modificado por el 5° de la Ley 1236 de 2008 (julio 23), oscila entre 108 y 156 meses de prisión. En segundo término, dado que el sentenciador seleccionó el cuarto mínimo de pena de la modalidad agravada (144 a 166.5 meses de prisión) y le impuso al sentenciado el límite inferior, se condenará a Rodrigo de Jesús Arroyave Botero a 108 meses de prisión e inhabilitación por el mismo lapso para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En todo lo demás la sentencia permanecerá inalterable.

**Acotación final.** En criterio del Fiscal Delegado ante la Corte, la acusación elevada contra el acusado resulta deficiente al dejar de precisar algunas circunstancias de la ejecución de los hechos y de puntualizar los motivos para

imponer una sanción más drástica al sentenciado, error que, por afectar el debido proceso y las garantías de las partes e intervinientes, implicaría la nulidad del trámite.

Ciertamente la acusación omitió referir con precisión aspectos como la fecha probable de los hechos o el lugar específico donde se ejecutaron; puede predicarse, incluso, que no es paradigma de óptima formulación de acusación. No obstante, esas imprecisiones lejos están de constituir en este caso irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o los derechos fundamentales.

Datos como los señalados – se indicó en precedencia – idealmente deben consignarse en la acusación, sin que su omisión, salvo que sean de marcada trascendencia en los hechos jurídicamente relevantes, alcance a afectar la legalidad del acto y el desarrollo ulterior del trámite.

Dentro de los requisitos de la acusación previstos en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, importa destacar el correspondiente a *la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes*, dado que *“la comunicación de cargos constituye el presupuesto lógico y jurídico inicial de la secuencia concatenada de actos que conforman el procedimiento penal ordinario, su importancia deviene, fundamentalmente, de que aquélla fija el marco fáctico del juicio y la futura sentencia. En ese orden, se erige en el punto de partida para valorar el acatamiento o violación del principio de congruencia y, a su vez, para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa.”*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> CSJ SP 22 Oct 2020 Rad. 54996

Frente a este presupuesto la Fiscalía en el acto de acusación (*de manera previa también en la formulación de imputación*), ofreció una exposición fáctica concreta y suficiente para que el acusado comprendiera el devenir ilícito del cual debía defenderse en juicio, esto es, por haber sometido a su hijo de tres años a maniobras de tipo sexual que implicaban la manipulación del ano con una sustancia líquida y que, acotó la acusación, ocasionaron dolor a la víctima, hechos que, en el plano jurídico, la parte acusadora nombró como *actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo y sucesivo con incesto*, denominación coincidente con los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, teniendo en cuenta que *un menor de 14 años fue abusado sexualmente por su padre*, y la ley conmina con prisión a quien realice actos sexuales con menores de esa edad y también a quien realice acceso carnal u otro acto sexual con ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, con un hermano o una hermana.

En forma adicional, en la audiencia de acusación, ni la defensa ni los intervinientes, expresaron imposibilidad de comprender los términos en que se formulaba, tampoco aludieron la necesidad de aclararla en algún punto en particular, de manera que no hay lugar a considerar, en este caso, que el aludido acto procesal dejó de cumplir el propósito trazado en la ley o que generó afectación a las garantías fundamentales del acusado o de los intervinientes. Diferente fue que la parte acusadora hubiere considerado

procedente variar la calificación inicial en orden a eliminar el concurso de actos sexuales e incesto y solicitar, en consecuencia, condena por el delito contra la integridad y formación sexual agravado y en concurso, solicitud acogida por el juez de conocimiento que lo condenó por el aludido concurso, correspondiéndole al Tribunal corregir el inocultable error de congruencia merced al cual se sancionaba al procesado por un segundo evento de actos sexuales abusivos no incluido en la acusación.

En síntesis, de la formulación de acusación no se derivan irregularidades trascendentales con capacidad de afectar garantías de las partes o intervinientes y el vicio que se generó por desconocimiento del principio de congruencia, fue oportuna y debidamente corregido por el sentenciador de segundo grado.

Finalmente, el Fiscal Delegado igualmente expone las dificultades que soportó en la preparación de su intervención en este caso, pues, refiere, solicitó con suficiente antelación copia del registro audiovisual de la audiencia de formulación de imputación y al momento de rendir su concepto no se le había suministrado. Frente a ese percance, se dispondrá que la Secretaría de la Sala tome nota del reclamo, de manera que en el futuro se eviten contratiempos de esa naturaleza.

Por razón 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**

1.- **No casar** la sentencia por razón de los cargos de la demanda.

2.- **Casar** de oficio y en forma parcial la sentencia recurrida, para excluir la agravante del artículo 211-5 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, deducida en el comportamiento del sentenciado.

3.- En consecuencia, condenar a Rodrigo de Jesús Arroyave Botero, como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, a 108 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En todo lo demás la sentencia recurrida permanecerá inalterable.

4.- Que la Secretaría de la Sala tome nota de la situación expuesta por el Fiscal Delegado ante la Corporación y a futuro se prevengan situaciones como la anunciada.

5.- Contra esta providencia no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



**FABIO OSPITIA GARZÓN**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

2021



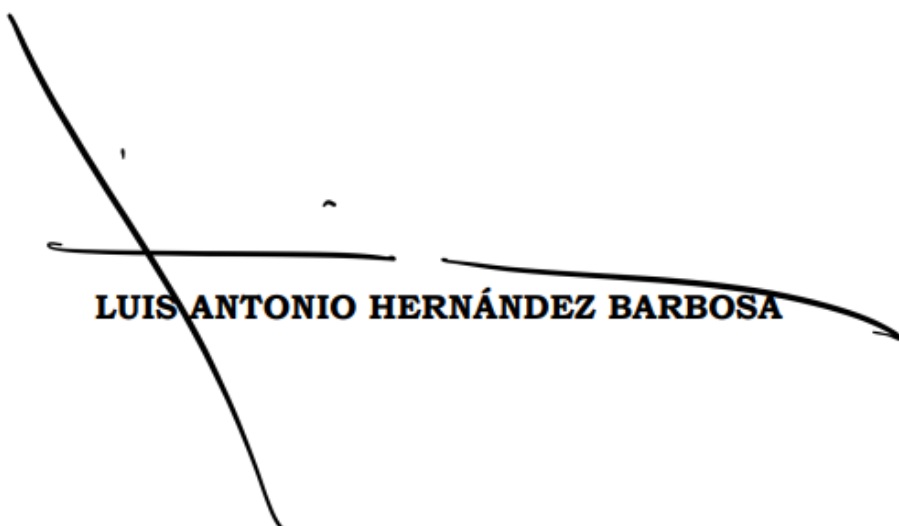
**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**IMPEDIDO  
GERSON CHAVERRA CASTRO**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

2022



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**HUGO QUINTERO BERNATE**



CUI 11001600005520090014901

Rad. 50742

Rodrigo de Jesús Arroyave Botero



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Penal@2022

Sala Casación Penal 2021