



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP784-2022

Radicación # 58663

Acta 59

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación presentado por el defensor de JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de marzo de 2020, que modificó la dictada el 7 de junio del año anterior por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo distrito judicial, a través de la cual fue condenado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

HECHOS:

En agosto de 2011 la menor L.A.C.A., de 4 años de edad, le manifestó a su madre, María Nelly Acosta Bejarano, molestias en su parte genital. Al ser interrogada sobre los motivos, relató que su primo JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA, de 23 años, le introdujo un dedo en la vagina.

Aclaró la quejosa que los hechos tuvieron lugar en la casa de Celsa Acosta Bejarano, su hermana y madre del procesado, quien ocasionalmente se encargaba del cuidado de L.A.C.A. mientras ella cumplía sus obligaciones laborales. Preciso que la última vez que la menor quedó bajo la tutela de su hermana fue el 14 de agosto de 2011 y, además, que era la segunda vez que refería molestias en sus genitales por la indebida manipulación a la que era sometida por parte de GARCÍA ACOSTA.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 15 de enero de 2014, la Fiscalía 166 Seccional de Bogotá le formuló imputación a JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA como presunto autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado por la confianza* —Arts. 209 y 211-2° de la Ley 599 de 2000¹—, ante el Juzgado 78 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías.

¹ 24:35 cd. audiencia de imputación.

El 14 de abril siguiente la Fiscalía 232 Seccional presentó escrito de acusación en el que mantuvo la calificación jurídica, cuya verbalización se agotó el 19 de febrero de 2015 ante el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 7 de diciembre de 2015 y el juicio oral en sesiones de 31 de marzo, 9 de noviembre de 2016, 26 de abril de 2017, 29 de enero, 9 de octubre, 14 de diciembre de 2018 y 7 de junio de 2019.

En esta última, el Juzgado de primera instancia condenó a JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado por el vínculo de familiaridad* —Arts. 209 y 211-5° de la Ley 599 de 2000— a la pena de 145 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. El Despacho le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa del procesado apeló la sentencia de primer grado y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 6 de marzo de 2020, la modificó en el sentido de indicar que la condena se contrae al delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado por la confianza* —Arts. 209 y 211-2 de la Ley 599 de 2000—. En todo lo demás la confirmó.

En desacuerdo, el apoderado del procesado recurrió en casación la decisión condenatoria.

LA DEMANDA:

Primer cargo: Violación directa de la ley sustancial.

Con fundamento en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el casacionista acusó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento, confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, de violar directamente la ley con ocasión de la interpretación errónea de los artículos 211-2° y 5° de la Ley 599 de 2000 y 448 de la Ley 906 de 2004.

Para demostrar el cargo, relató 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 de la referida codificación, 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*», imputación que se mantuvo indemne en el escrito de acusación, la audiencia en que éste se verbalizó y los alegatos de apertura del juicio oral.

Sin embargo, durante los alegatos de clausura, la fiscalía «*de manera sorpresiva*» solicitó condena en contra del acusado por la misma conducta, pero bajo la circunstancia de agravación prevista en el **numeral 5°** de la aludida norma, que intensifica la sanción 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 o algunos de los partícipes (...)».

El juzgado, por su parte, profirió sentencia en consonancia con la nueva calificación jurídica que le dio la fiscalía a la conducta del procesado y a los hechos que la rodearon.

Afirmó el censor, que si bien al resolver el recurso de apelación el Tribunal concluyó que el Despacho de primera instancia transgredió el principio de congruencia, optó por restarle trascendencia a dicho error y lo subsanó. Para el efecto, aclaró que la agravante por la que se profería condena era la contenida en el numeral 2° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 y no la del 5° de esa disposición. En todo lo demás, confirmó la providencia del juzgado. Es por ello que el casacionista sostiene que el Tribunal perpetuó el desconocimiento del artículo 448 de la Ley 906 de 2000.

Expuso que la causal de intensificación punitiva descrita en el numeral 2° de la norma en comento se contrae a la posición o cargo ocupado por el sujeto activo en la sociedad con la capacidad de avocar a la víctima a confiar en él. Este puede ser de carácter político, social, religioso o administrativo, pero, contrario a lo sostenido por el Tribunal, si la confianza deriva de la relación de parentesco, lo procedente es acudir a la hipótesis del numeral 5°.

Por otra parte, acusó a la mencionada decisión de suponer que la menor depositó su confianza en JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA por el sólo hecho de ser primos. Dicha figuración, continuó, no se encuentra respaldada por las pruebas practicadas en el juicio oral y descarta la existencia de norma especial que agrava la conducta cuando involucra ciertos grados de parentesco. Agregó que la interpretación del fallo controvertido torna inoficiosa la causal 5ª de agravación, pues la confianza, en cualquier contexto, tiene cabida en la causal 2ª.

En otras palabras, en su criterio, ese razonamiento de los jueces evidenció una interpretación errónea de los presupuestos fácticos que configuran una y otra causal de agravación, pues acorde con la jurisprudencia de la Sala la confianza o subordinación que se origina en el parentesco se ajusta a lo descrito en el numeral 5º del artículo 211 del código de las penas y no al numeral 2º de esa norma (CSJ SP, 27 nov. 2013, rad. 41417).

En ese orden, solicitó la absolución del procesado por la agravante del numeral 2º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 *«puesto que no fue pedido por la fiscal al solicitar la condena y además no fue probado dicho agravante en sede de juicio oral»*.

Para finalizar, insistió en que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá quebrantó el principio de congruencia. En primer lugar, por la errónea interpretación del artículo 211-2º de la Ley 599 de 2000 y, en segundo término, porque

el aludido principio se contrae a la petición de condena efectuada por la Fiscalía en los alegatos de clausura. Así, como en este acto procesal se refirió a una causal de agravación diferente a la que integró la imputación, acusación y alegatos de apertura, lo pertinente es emitir fallo de absolución.

Solicitó, por tanto, que se case parcialmente la sentencia de segunda instancia y absuelva al procesado del agravante contenido en el artículo 211-2° de la Ley 599 de 2000, en razón a que la Fiscalía no solicitó condena por esta preceptiva —principio de congruencia—, ni probó su configuración dentro del juicio.

Segundo cargo. Nulidad

Bajo el amparo de la causal de casación prevista en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA consideró que los falladores de primer y segundo grado violaron el debido proceso por la transgresión al principio de congruencia, como quiera que incluyeron en la condena una circunstancia de agravación distinta a la enunciada por la fiscalía en los alegatos de conclusión en donde, además, dicho sujeto procesal varió la calificación jurídica para atribuirle al procesado la comisión del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* no por la confianza —Art. 211-2 de la Ley 599 de 2000—, sino por el parentesco —Art. 211-5 *ibidem*—.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que no era posible emitir condena por un delito diferente al referido por la Fiscalía General de la Nación en el alegato de cierre del juicio oral.

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial

Bajo la égida de la causal tercera de casación, el censor acusó a las sentencias de primer y segundo grado de violar indirectamente la ley por incurrir en un error de hecho derivado de un falso juicio de identidad.

En su sentir, los falladores desconocieron los criterios de valoración probatoria a cuya observancia los obligaba el artículo 380 de la Ley 906 de 2004, pues no evaluaron las pruebas en conjunto ni llegaron al estándar de conocimiento que exige la norma en cita para efectos de sustentar una decisión de condena.

Para fundamentar el cargo, aludió a una serie de *inconsistencias* que advirtió en las pruebas practicadas en juicio. Por ejemplo, que «L.A.C.A. en la declaración vertida en el juicio oral, señaló circunstancias diferentes a las expuestas por María Nelly Acosta Bejarano (su progenitora). Mientras la niña indicó que los hechos ocurrieron una sola vez, cuando su primo le introdujo el miembro viril, la madre adujo fueron dos ocasiones en que JAIVER ALEXANDER le introdujo los dedos», que «ante la psicóloga forense Amparo Méndez Torres, la niña sólo aludió a que su primo le introdujo los dedos, sin mencionar la supuesta penetración con el miembro viril» o que «no se practicó un examen de Medicina Legal para determinar si en efecto L.A.

había sido abusada, más aún cuando ella, en el juicio oral, fue enfática en advertir que su primo la penetró con su miembro viril (...)».

De otro lado, denunció que no obstante las contradicciones en las que incurrió la víctima durante su declaración en el juicio, el Tribunal acudió a la *«teoría de la prueba de referencia»* con el propósito de darle mayor credibilidad a una entrevista que presentó la niña por fuera del debate público y en la que hizo señalamientos inequívocos sobre la conducta del agresor.

En el mismo sentido, criticó que el Tribunal hubiera considerado que las demás pruebas practicadas le dieron soporte a la condena, pues lo cierto es que todos los elementos de conocimiento son contradictorios entre sí y no fueron debidamente valorados por los jueces de instancia.

Por último, precisó que la fiscalía no logró probar la causal de agravación contenida en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, *«tanto así, que de manera astuta en los alegatos finales pretendió, violando el principio de congruencia, cambio [sic] el agravante pretendiendo que mi representado fuese condenado por el grado de parentesco»*.

En tal virtud, solicitó casar la sentencia de segundo grado en razón a que *«prevalece la duda respecto a los verdaderos hechos en que presuntamente tuvo participación mi defendido»*.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

El 10 de marzo de 2021 se inadmitieron el segundo y tercer cargo formulado por el defensor de JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA contra el fallo de segunda instancia proferido el 6 de marzo de 2020.

En la misma providencia se admitió el primer cargo y se advirtió que en ejercicio de su facultad oficiosa, la Sala examinaría si la deducción en la sentencia de segunda instancia de la causal 2ª de agravación del artículo 211, en lugar de la 5ª de la misma norma atribuida en primera instancia y no imputada en la acusación, configura o no el quebrantamiento de la garantía fundamental de no reforma en peor del apelante único.

Finalmente, se dispuso el cumplimiento del trámite reglamentado por la Sala en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020 para el impulso excepcional y transitorio de las demandas de casación admitidas en procesos gobernados por la Ley 906 de 2004, mientras subsistan las medidas extraordinarias que impiden la realización presencial de las audiencias, así como el traslado digital de la demanda a los sujetos procesales e intervinientes.

Cumplido lo anterior, el 27 de agosto de 2021 el asunto quedó a disposición de la Sala para su estudio y resolución. En la oportunidad prevista los intervinientes se pronunciaron en los siguientes términos:

1. Defensor de JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA (recurrente).

Insistió en los argumentos contenidos en la demanda.

2. Fiscalía.

El Fiscal 2° Delegado ante la Corte solicitó casar parcialmente la sentencia. Luego de aludir a diversos pronunciamientos de la Sala en torno al principio de congruencia, concluyó que el Tribunal erró al interpretar el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, por cuanto desbordó su sentido y el precedente judicial aplicable.

Explicó que el fallo de segunda instancia desconoció que la Fiscalía solicitó condena por el delito base agravado por el numeral 5° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, conforme le era posible y debía hacerse, en tanto la relación de consanguinidad existente entre la menor afectada y el procesado —pregonada a lo largo del trámite y corroborada en el juicio oral—, la hacían prevalente.

En otras palabras, afirmó que el ajuste efectuado por el acusador no comportó afrenta al procesado, ni a los principios de contradicción y congruencia, en tanto no modificó el núcleo fáctico o el delito base. Simplemente varió, en observancia del principio de legalidad, la causal de agravación 2ª por la 5ª del mencionado artículo 211, la cuales, además, comportan el mismo incremento punitivo.

3. Ministerio Público.

Con fundamento en las siguientes precisiones la Procuradora Tercera Delegada se apartó de las controversias plasmadas en la demanda de casación y pidió que no se acceda a lo pretendido.

Al igual que en el recurso de apelación, la defensa invocó la transgresión del principio de congruencia por un error en la aplicación de la ley sustancial, esto es, los numerales 2° y 5° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

Al resolver la alzada, el Tribunal Superior de Bogotá le otorgó la razón a la defensa, por cuanto la Fiscalía desde el inicio del trámite mantuvo incólume el enjuiciamiento por la circunstancia de agravación punitiva relacionada con la confianza depositada por la víctima en el victimario —numeral 2°— y, sólo hasta las alegaciones finales, varió el fundamento de la intensificación punitiva y solicitó condena por virtud del grado de consanguinidad existente entre el procesado y la afectada —numeral 5°—. Así, como la segunda instancia subsanó el error de congruencia, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda de casación ni a sostener que el error persiste.

La incongruencia advertida en el fallo atacado no produce las consecuencias jurídicas perseguidas por el casacionista, dado que la variación de la agravante no genera duda frente a la responsabilidad del procesado, ni invalida el decurso procesal o estructura ausencia de responsabilidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Corresponde a la Sala en el presente asunto determinar si la atribución de la agravante descrita en el numeral 2º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 con fundamento exclusivo en la relación de *confianza* entre víctima y victimario derivada del *parentesco* constituye violación directa de la ley sustancial por la interpretación errónea de los presupuestos fácticos que configuran dicha causal de intensificación punitiva, en razón a que la *confianza* o *subordinación* derivada de la familiaridad se haya contenida en el numeral 5º de la misma codificación.

Asimismo, como se anunció en el auto admisorio de la demanda de casación, en ejercicio de su facultad oficiosa la Sala examinará si la deducción en la sentencia de segunda instancia de la causal 2ª de agravación del artículo 211, en lugar de la 5ª de la misma norma atribuida en primera instancia —no imputada en la acusación—, configura o no el quebrantamiento de la garantía fundamental de no reforma en peor del apelante único.

De la interpretación errónea.

Para comenzar, es pertinente señalar que la violación directa de la ley sustancial tiene lugar cuando a partir de la apreciación de los hechos legal y oportunamente acreditados dentro del proceso, los sentenciadores omiten aplicar la disposición que se ocupa de la situación en concreto, en cuanto yerran acerca de su existencia —falta de aplicación o exclusión evidente—, realizan una equivocada adecuación de los

hechos probados a los supuestos que contempla el precepto —aplicación indebida—, o le atribuyen un sentido que no tiene o le asignan efectos diversos o contrarios a su contenido —interpretación errónea—.

En tal caso, sin que interese la especie de vulneración directa de la preceptiva sustancial, el yerro de los juzgadores recae sobre la normatividad, circunstancia que ubica el debate en un ámbito estrictamente jurídico, lo cual exige del censor la aceptación de la realidad fáctica declarada en las instancias.

De los numerales 2° y 5° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

En su versión original, el artículo 211 de Ley 599 de 2000 intensificó el reproche de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales descritos en los artículos 205 al 210-A de la misma codificación cuando, entre otras circunstancias:

«(...) 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.

5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. (...)»

Más adelante, el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008², modificó el numeral 5° transcrito para, en su lugar, acrecentar la sanción cuando:

«5. La conducta se realizare 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. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.»

De manera específica, según se concretó en la exposición de motivos³, el legislador reformó el Código Penal con el propósito de castigar de forma más drástica las «conductas violentas dirigidas contra las mujeres por el hecho de ser mujeres». Dentro del catálogo de delitos se incluyeron el de secuestro, lesiones personales y aquellos de talante sexual.

Ahora bien, es innegable que a pesar de tal concreción, la modificación introducida aparejó la adopción de preceptos encaminados a evitar y sancionar más drásticamente situaciones de violencia padecidas al interior del seno familiar por cualquiera de sus miembros, esto es, sin consideración a su género o edad.

Fue así que las incuestionables similitudes entre los actuales numerales 2° y 5° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 obligaron a la Sala, desde la sentencia CSJ SP, 25 may.

² «Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones»

³ <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

2011, rad. 34133, a ocuparse de los elementos estructurales de una y otra causal de intensificación punitiva, a fin de simplificar su debida interpretación. Con tal cometido, precisó que en ambos escenarios el legislador contempló dos hipótesis para su configuración: la *autoridad* ejercida por el agresor sobre la víctima y la *confianza* existente entre éstos.

En lo tocante a la *confianza* advirtió, además, que el numeral 2° se contrae al vínculo genérico y se aplica de manera residual a situaciones diversas a las regladas en el numeral 5°. Sobre el primero, explicó lo siguiente:

«(...) en la vida social existen muchas relaciones sin parentesco que pueden generar las condiciones de la norma (maestro alumno, jefe subalterno), sino que, igual, no obstante la existencia de ese vínculo familiar, puede suceder que el mismo no signifique nada para los involucrados en el hecho y que sea una circunstancia ajena la que tipifique la agravante.

Piénsese, por vía ejemplificativa, en el padre que abandona a la esposa sin saber de su embarazo y al cabo del tiempo establece una relación profesor – alumna con quien desconoce que es su hija y, prevalido de ello, la accede carnalmente. En este supuesto, es claro, no fue el vínculo sanguíneo, existente objetivamente, el que determinó el delito, pero igual, aplica la agravante.

Valga destacar que la citada causal de agravación no reprocha el nexo familiar, sino el carácter, posición o cargo que ostente el sujeto activo sobre la víctima; mientras que la conducta punible de incesto sanciona al ascendiente que realice el acto sexual con su descendiente, que fue lo que con exactitud sucedió, dado que el padre realizó tales acciones con su hija.»

Posteriormente, al examinar un caso afín al que nos ocupa, la Corte determinó que:

(...) no es posible endilgar la agravante del numeral 2° del artículo 211, esto es, confianza entre víctima y victimario, y a su turno la del numeral 5°, cuando esa relación de confianza deriva del parentesco descrito en este último, o del hecho de compartir la misma vivienda

con independencia de que sean familiares, pues en tal caso concurre únicamente la circunstancia descrita en el numeral 5º. (...) (CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 33006).

La anterior postura ha sido refrendada por la Sala en diversas decisiones⁴ y ahora se reiterará, a fin de precisar que no es procedente aducir la causal 2ª de agravación del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 con *fundamento exclusivo* en la existencia de un vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil. En estos casos, dada la mayor riqueza descriptiva y la especialidad de la causal 5ª, deberá preferirse y privilegiarse, siempre, su atribución.

Del caso concreto.

En el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación a JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA como autor de la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado por la confianza —Art. 209 y 211-2 de la Ley 599 de 2000—. Los hechos fundantes de la atribución de responsabilidad se contraen a que, para el año 2011 y debido al trabajo desempeñado por María Nelly Acosta Bejarano, madre de la menor afectada, ésta solía alojarse en la casa de su tía materna Celsa Acosta Bejarano, quien convivía con su esposo e hijos, incluido el procesado.

Para el año 2011, L.A.C.A. quedó a cargo de su tía durante el periodo de Semana Santa, luego de lo cual presentó dificultad para orinar y dolor genital. Al ser interrogada,

⁴ En este sentido ver las providencias CSJ SP, 17 ago. 2011, rad. 33006; CSJ SP, 5 sep. 2012, rad. 38164, y CSJ SP, 10 abr. 2013, rad. 40916.

aseguró que su primo le había introducido los dedos en la vagina. Posteriormente, en agosto de ese mismo año, la víctima presentó los mismos síntomas y volvió a señalar que su familiar había manipulado sus partes íntimas. Los acontecimientos sucedieron en la casa de su tía y, estos últimos, en la habitación de su primo mientras aquella preparaba la comida.

El llamamiento a juicio se agotó por la misma conducta y circunstancia de agravación punitiva. En esta oportunidad los hechos fueron relatados de la siguiente manera:

«Da cuenta denuncia de 19 de agosto de 2011 interpuesta por MARÍA NELLY ACOSTA BEJARANO, que por cuestiones laborales debía dejar su menor hija (...) (L.A.C.A.) al cuidado de su hermana CELSA ACOSTA BEJARANO (...).

Señala en ampliación de denuncia que el 14 de agosto 2011 fue la última vez que llevó su hija a casa de su hermana CELSA. Al regresar la menor manifestó dolores en su parte genital que le impedían orinar sentada y fue cuando señaló que su primo le metió el dedo en la vagina, como se (sic) era la segunda vez que la niña refería ello decidió contarle a su esposo quien consideró no volver a llevar la niña a esa casa.»

No obstante, culminado el debate probatorio, el acusador varió la causal de agravación y la ajustó al numeral 5° del artículo 211 de la misma codificación. Al efecto, expuso que el agresor y la menor víctima son primos hermanos.

El Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento acogió la nueva postura de la Fiscalía y, en lo que interesa a este trámite, explicó:

«(...) que si bien es cierto la acusación se formuló por el agravante previsto en el numeral 2 del artículo 211, en el juicio la fiscalía solicitó condena y para argumentar la circunstancia de agravación hizo mención al grado de consanguinidad entre el acusado y la víctima. Entonces, como quiera 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 BEJARAÑO se tiene acreditado que la menor víctima y JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA son primos, se encuentra acreditada la circunstancia de agravación.»

En criterio del Tribunal tal modificación trasgredió el principio de congruencia, pues durante el juicio se fincó el mayor desvalor de la acción en la *confianza* y, en la clausura, se ubicó en el plano de la *consanguinidad*. Con ello, afirmó, se alteró el núcleo fáctico que conformó tanto la imputación como la acusación. Pese a ello, aclaró que dicha perturbación no tiene la entidad de generar dudas sobre la existencia del delito agravado o la responsabilidad del acusado, ni puede considerarse motivo suficiente para decretar la invalidez de lo actuado o declarar la absolución del encartado.

«55. En lugar de ello, como se ha sostenido invariablemente en la jurisprudencia, para remediar el desfase basta retirar la fuente que lo produce y "ajustar la adecuación típica del fallo a la que aparece en la acusación", hasta restablecer la congruencia entre el tema fáctico-jurídico y la sentencia que realmente corresponda.

Esto es, como no cabe duda de que el implicado es primo de la menor afectada y no está en discusión que la cercanía de las familias generó la confianza aprovechada para desplegar la conducta punible, entonces lo procedente es aplicar el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal; máxime que la calidad de primo, fue destacada por la Fiscal delegada, inclusive en la alegación final.

56. Vale decir, opera una especie de regreso al estado al anterior, si se admite la expresión, por lo cual se mantiene la causal inicialmente prevista, esto es, la contemplada en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008.»

Como quedó visto, para el Tribunal la *confianza* de la que se sirvió GARCÍA ACOSTA para perpetrar los hechos jurídicamente reprochables y configurar la agravante del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal surgió del vínculo familiar existente entre el procesado y la víctima y de la cercanía de sus respectivos núcleos familiares.

Es claro, entonces, que la sentencia de segunda instancia incurrió en un error de interpretación al derivar la configuración de la *confianza* únicamente de la relación de consanguinidad existente entre L.A.C.A. y JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA, en tanto, como quedó visto, esta hipótesis corresponde al numeral 5° de la antedicha disposición.

Adicionalmente, no obra ninguna prueba en el expediente que demuestre que, además del 4° grado de consanguinidad que une a los implicados, GARCÍA ACOSTA tuviera algún carácter, posición o cargo que impulsara a L.A.C.A. a depositar su confianza en él, en los términos que reclama el numeral 2° mencionado.

Lo único que se acreditó con la prueba testimonial es que el estrecho lazo de hermandad que unía a María Nelly con Celsa Acosta Bejarano impulsó a la primera a dejar el cuidado de su hija a cargo de la segunda por varios días, pero nada se dijo sobre la relación existente entre el acusado y la víctima. Incluso, durante su testimonio la madre de la infante se refirió de manera detallada al especial cariño que su hermana tenía por su hija menor y a la amistad imperante entre el acusado y

sus dos hijas mayores, pero, al describir el trato de éste y L.A.C.A., se limitó a catalogarlo como *normal*.

Nada se dijo tampoco sobre su participación en las labores de cuidado de la menor, hecho del cual podría, eventualmente, inferirse un lazo diverso a la pura familiaridad.

Entonces, no hay duda de que la relación entre las progenitoras de la víctima y el victimario se ofrece insuficiente para derivar un vínculo similar entre éstos, dada la naturaleza personal del sentimiento de *confianza*. No olvidemos que éste surge en el fuero interno de cada persona y está provocado, únicamente, por las experiencias individuales.

Por consiguiente, no existe elemento de juicio que favorezca la configuración de la hipótesis de *confianza* prevista en el numeral 2° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 conforme lo previó el legislador y ha señalado la Sala. Se insiste, entonces, en la ausencia total de prueba sobre hechos concretos a partir de los cuales sea plausible sostener que L.A.C.A. depositó su *confianza* en el procesado por una razón diversa al parentesco por vía de consanguinidad.

Así, al haber incurrido la decisión de instancia en el yerro descrito, la Sala casará el fallo parcialmente y procederá a readecuar la sanción penal, eliminando el aumento de tres años efectuado con sustento en dicha normativa.

El juzgado de primera instancia reseñó que el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1236 de

2008, contempla una pena de prisión de 9 a 13 años de prisión para el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Aclaró, a la par, que por virtud del agravante descrito en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, corresponde aumentar los referidos extremos «*de una tercera parte a la mitad*», fijándose el reproche mínimo en 144 meses y el máximo en 234 meses de prisión.

Precisado lo anterior, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento procedió a tasar la pena. Para ello, partió del mínimo del primer cuarto y lo acrecentó en un mes por la mayor gravedad de la conducta, el daño real y psicológico causado a la víctima y la intensidad del dolo.

Por ende, siguiendo las pautas establecidas por el fallador de primera instancia, la Sala tasaré la pena impuesta a JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA en el extremo mínimo contemplado para la conducta de *actos sexuales con menor de 14 años simple*, para una condena de nueve (9) años de prisión y 22 días⁵.

La sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas como consecuencia de esta decisión, será ajustada al mismo término señalado para la privativa de la

⁵ Conforme el criterio expuesto en la sentencia CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 41948, debe efectuarse un ejercicio aritmético para redosificar el incremento de un mes impuesto a la pena mínima de 9 años. Este resultado se obtiene al aplicar una regla de tres simple: $1/12 = 0,0833 \times 9 = 0,75$ meses, cifra equivalente a 22 días.

libertad en cumplimiento de lo previsto en el artículo 52 del Código Penal.

Además de lo anterior, el casacionista aseguró que la actuación del Tribunal desconoció el principio de congruencia, pues emitió condena por una circunstancia de agravación diferente a aquella por la cual la Fiscalía General de la Nación elevó la solicitud de condena.

Sin embargo, dicho aspecto fue definido en el auto AP825-2021 del 10 de marzo de 2021, proferido dentro de este mismo trámite al inadmitir el segundo cargo de la demanda de casación. En esa oportunidad, la Sala precisó que *«la segunda instancia dictó sentencia con deducción de la agravante punitiva señalada en la acusación. Eso significa que no hay lesión al principio de congruencia como expresó el demandante»*, resultando procedente, entonces, remitirse a lo allí considerado.

Del principio de *non reformatio in pejus*

Finalmente, como también se anunció en el auto admisorio de la demanda de casación (AP825-2021 del 10 de marzo de 2021), oficiosamente la Sala examinará si la deducción en la sentencia de segunda instancia de la causal 2ª de agravación del artículo 211, en lugar de la 5ª de la misma norma atribuida en primera instancia —no imputada en la acusación—, configura o no el quebrantamiento de la garantía fundamental de no reforma en peor del apelante único.

La prohibición de reforma peyorativa constituye un límite al ejercicio jurisdiccional, dirigido a evitar que el superior jerárquico, compelido a definir en segunda instancia una actuación judicial, agrave la pena impuesta al condenado cuando éste sea el único recurrente —Artículos 31 de la Constitución Política y 20 de la Ley 906 de 2004—. Por manera que se vulnera dicho principio cuando se altera el proveído objeto de apelación de tal forma, que cause un detrimento al impugnante único.

En el presente, asunto no hubo lugar a un menoscabo de tal naturaleza, en tanto la modificación introducida por el Tribunal no sólo no implicó un incremento en el *quantum* de la pena, ni un mayor reproche a la conducta base, sino que se ajustó a los razonamientos expuestos durante la actuación para conferirle un mayor desvalor a la conducta por la que se llamó a juicio a JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA.

Es así que, en abstracto, la variación de una circunstancia de agravación por otra, siempre que comporten la misma intensificación a la pena prevista para el delito base y se encuentre sustentada en las pruebas debidamente practicadas, no constituye violación a la prohibición de reforma peyorativa.

De otra parte, y al margen de la discusión estrictamente jurídica abordada en precedencia, es evidente que la conducta trasciende al tipo de actos sexuales abusivos y se encasilla en el de acceso carnal, en tanto la narración efectuada por la menor refiere, sin duda alguna, que el

procesado, más que manipular sus partes íntimas, la accedió digitalmente por vía vaginal, al punto que la afectada sufrió lesiones ampliamente descritas por los médicos legistas y que desconoce la Sala los motivos por los que no fueron tenidos en cuenta por los representantes de la Fiscalía General de la Nación que acudieron al trámite. Sin embargo, por la limitación que impone el principio de reforma peyorativa, la Sala no puede corregir tal equivocación.

Por 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. CASAR PARCIALMENTE el fallo proferido el 6 de marzo de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá contra JAIVER ALEXÁNDER GARCÍA ACOSTA excluyendo de la imputación la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, fijar la pena principal en 9 años y 22 días de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo término, por su autoría en el delito de *actos sexuales con menor de 14 años*.

2. PRECISAR que las restantes determinaciones que se adoptaron se mantienen incólumes.


Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Sala Casación



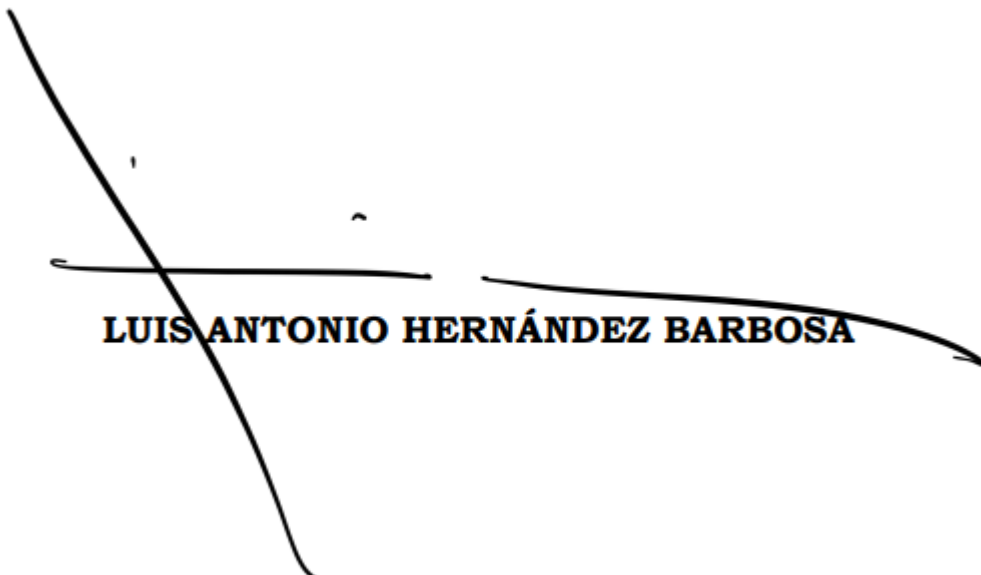
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

**IMPEDIDO
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**IMPEDIDO
GERSON CHAVERRA CASTRO**



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

CUI 11001600001520110713401
Número interno 58663
CASACIÓN



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2022