

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

AP5295-2018

Radicación N° 48464

(Aprobado Acta N° 400)

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada a favor del acusado HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE, contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2016 por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la decisión de condena que le fue impuesta como autor responsable de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo sucesivo.

I. DESCRIPCIÓN FÁCTICA OBJETO DEL PROCESO

HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE fue señalado de realizar en repetidas ocasiones, del 2008 al 2011, tocamientos libidinosos tanto en su hija AYTM como en su hijastra CDMM -con edades de 9 y 6 años para el 2008, respectivamente-, cuando la madre común de las niñas -con quien aquél convivía- salía del lugar de su residencia -ubicada en Bogotá- a trabajar y

las menores permanecían en el mencionado inmueble con TALERO LAVERDE, donde éste las despojaba de la ropa, las manoseaba y, con el miembro viril, frotaba sus vaginas.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Por los anteriores hechos la Fiscalía, en audiencia celebrada el 9 de agosto de 2011 ante el Juzgado Quince Penal Municipal de Bogotá -con función de control de garantías-, imputó en contra de HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE el cargo de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo sucesivo (artículos 209, y 211 -numerales “5” y “8” del Código Penal), el cual éste no aceptó, siendo afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Adelantada la fase de investigación formal, la Fiscalía presentó el escrito de la acusación el 31 de octubre de 2011, formulada oralmente el 7 de diciembre del mismo año² ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá, para cuyo efecto mantuvo la descripción fáctica y la calificación jurídica señaladas en la diligencia de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 28 de febrero de 2012. El juicio tuvo lugar en sesiones adelantadas los días 5 de octubre de 2012, 17 de diciembre del mismo año, 5 de febrero de 2013 y 6 de marzo ídem, fecha esta en la cual el juez emitió sentido de fallo condenatorio.

En sentencia proferida el 19 de abril de 2013 HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE fue condenado a la pena principal de 192 meses de prisión -sin beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria- y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo sucesivo (artículos 209 y 211 numeral “02” del Código Penal).

Apelada la anterior providencia por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá

el 25 de febrero de 2016 resolvió: (i) “aclarar” el ordinal primero de la sentencia (...) en el sentido de condenar a HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE como autor del concurso de actos sexuales con menor de catorce años agravados, de conformidad con los artículos 209 y “211-5” del Código Penal, y (ii) confirmar en lo demás el fallo recurrido.

Dentro del término legal el acusado –mediante su defensor–, promovió recurso de casación y allegó la respectiva sustentación, para cuyo examen y resolución la carpeta fue remitida por el Tribunal a la Corte Suprema de Justicia.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El libelista, después de exponer los hechos e identificar a los sujetos procesales y la providencia recurrida, formula “cargo único” al amparo del numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Acusa la sentencia de haber sido proferida en trámite viciado de nulidad por el quebrantamiento de los derechos de defensa y debido proceso, originado en “la violación a la garantía de la non reformatio in pejus”, toda vez que el Tribunal “impuso el agravante del numeral 5º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, que no había sido pedido en el recurso por -la defensa como- apelante único”.

Explica que si bien TALERO LAVERDE fue imputado y acusado “como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, previsto en -los artículos- 209 y 211 numerales 5 y 8 del Código Penal”, el juez de primer grado lo condenó “a la pena principal de 192 meses de prisión como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, contemplado en el artículo (sic) 209 y 2011 (sic) numeral 02 del Código Penal (...)”.

Pese a que la defensa apeló la decisión por estar en desacuerdo con la valoración

probatoria y conseguir así una “sentencia absolutoria para su defendido”, el Tribunal decidió confirmarla, pero con la aclaración de que la condena se sustenta en los artículos “209 y 211-5 del Código Penal por corresponder a la imputación jurídica que se dio a conocer en la audiencia de los artículos 338 y siguientes de la Ley 906 de 2004”.

Asegura que la anterior determinación “viola el artículo 29 de la [Constitución Política](#)”, pues aunque con el recurso de apelación el defensor, apelante único, “pretendía una posición favorable para su defendido”, éste terminó condenado con base en un nuevo agravante, cuando “eventualmente podía obtener una disminución por mala aplicación del -numeral 2 del artículo 211 del Código Penal- al desconocer el principio de congruencia”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 180 de la Ley 906 de 2004 señala que el recurso de casación fue instituido para la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Es por eso que la admisión de este mecanismo extraordinario de impugnación supone, además de la oportuna interposición del recurso, la debida presentación de la demanda, en la que el censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa las causales invocadas y sus fundamentos (artículo 183 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

Al demandante le corresponde, entonces, acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación de cara al cumplimiento de alguno de los fines atrás mencionados, lo cual no se consigue de cualquier manera; pues, acorde con el artículo 184, inciso 2º ídem, no será admitida la demanda cuando (i) el impugnante carezca de interés, (ii) prescinda de señalar la causal o (iii) no desarrolle adecuadamente la sustentación de los cargos. Tampoco, (iv) si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Por consiguiente, en ausencia de alguno de dichos elementos, la Corte habrá de abstenerse motivadamente de seleccionar la demanda, por cuanto la casación no es un mecanismo de libre configuración, ni está concebida para prolongar el debate fáctico o jurídico culminado en las instancias, tampoco para persistir en todos aquellos aspectos que fueron objeto de controversia, con miras a obtener un pronunciamiento distinto y favorable a los intereses del impugnante.

Esto, debido precisamente a la naturaleza extraordinaria del recurso, característica fundada en las presunciones de acierto y legalidad inherentes a los fallos de instancia, a partir de las cuales se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley, conforme a los principios de lógica y debida sustentación.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para superar los defectos formales de la demanda y decidir de fondo, con el propósito de satisfacer los fines de la casación antes indicados.

4.1. En punto de la causal segunda de casación -invocada en la demanda-, la cual tiene lugar por el “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, y cuya configuración necesariamente daría lugar a declarar la nulidad del trámite procesal o de parte del mismo, la Sala³ tiene precisado que los motivos de invalidación de los actos procesales -señalados en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004-, no son de postulación libre, sino que se encuentran sometidos al cumplimiento de precisos principios, sin los cuales no pueden operar.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley -principio de taxatividad-; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante -

principio de protección-; aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales, salvo los casos de ausencia de defensa técnica o falta de competencia cuando esta no es prorrogable, -principio de convalidación-; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento -principio de trascendencia-; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está dispuesto sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso -instrumentalidad- y; además, que no existe manera de subsanar el yerro procesal -residualidad-.

4.2. Fijados los presupuestos de admisión de la demanda, procede la Corte a verificar su satisfacción.

El censor cuestiona la sentencia de haber sido proferida en trámite viciado de nulidad por violación a la prohibición de la *reformatio in pejus*, con el argumento de que el Tribunal al resolver la alzada promovida por HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE contra la sentencia condenatoria, dispuso aplicar la causal de agravación contenida en el numeral 5º4 del artículo 211 del Código Penal, no obstante haber sido apelante único.

El cargo carece de suficiencia argumentativa para desvirtuar las presunciones de acierto y legalidad que amparan la sentencia, como se pasa a demostrar:

4.2.1. Examinado el fallo impugnado en el punto de la inconformidad expresada en la demanda, se advierte la siguiente consideración:

(...) la acusación se profirió por conductas -constitutivas de actos sexuales abusivos con

menor de catorce años- y se indicó que eran agravadas por -la condición del procesado- de padre y padrastro (...) de conformidad con los artículos 209 y 211-5 (...) del Código Penal”.

(...).

El a quo estableció el marco punitivo con base en los artículos 209 y 211 del Código Penal, pero la circunstancia de agravación a la que hizo alusión fue la del numeral 2 del último precepto, o sea “que el responsable tuviera cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”, que no le fue imputada.

Del aspecto fáctico se extrae que HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE aprovechó su pertenencia al núcleo familiar de las menores por su calidad de padre y padrastro de AYTM y CDMM, respectivamente, con quienes tenía vínculos de consanguinidad y afinidad.

Como el parentesco, la cercanía y la confianza depositada por las víctimas también puede adecuarse en el numeral 2 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, el -juzgado- desprevénidamente la tuvo en cuenta, sin percatarse que había sido atribuida la causal 5. Fue tal aspecto común de las dos agravantes lo que generó la confusión, por lo que para restablecer la congruencia entre acusación y sentencia se debe aclarar el fallo impugnado en el sentido de que se condena por (...) los artículos 209 y 211-5 del Código Penal, por corresponder a la imputación jurídica que se dio a conocer en la audiencia de los artículos 338 y siguientes de la Ley 906 de 2004, pues ese error no incide en la dosificación de la sanción en razón a que los extremos mínimos y máximos son los mismos (...). (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Como se puede observar, el Tribunal, de una parte, se sustentó en el mismo componente fáctico -agravante- declarado probado por el juez, y, de otra, fue claro en señalar que (i) esa circunstancia, consistente en “que HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE aprovechó su pertenencia al núcleo familiar de las menores por su calidad de padre y padrastro de AYTM

y CDMM, respectivamente”, se adecúa tanto al numeral 2 –acogido en primera instancia– como al 5 ídem –objeto de imputación–, lo cual (ii) originó que el juzgado “desprevenidamente” tuviera en cuenta la causal 2, “sin percatarse” que la acusación invocó la causal 5.

La demanda, sin embargo, pese a postular la violación a la non reformatio in pejus, no confronta y, por lo mismo, tampoco emprende esfuerzo argumentativo alguno para desvirtuar las razones de la sentencia atrás mencionadas, por las cuales el Tribunal consideró estar habilitado para decretar la aclaración de la decisión en los términos que lo hizo, cuyo acto tiene cabida de manera oficiosa, de acuerdo con lo indicado en el artículo 285 del Código General del Proceso, aplicable por principio de integración al proceso penal (artículo 25 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

4.2.2. Adicionalmente, cabe precisar, la prohibición a la reformatio in pejus está consagrada en los artículos 31 de la Constitución Política y 20 del Código de Procedimiento Penal de 2004, los cuales en su orden señalan que:

(i) Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, y “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”; y,

(ii) Las sentencias -y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales-, salvo las excepciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, serán susceptibles del recurso de apelación, y “el superior no podrá agravar la situación del apelante único”.

La Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, con la cual declaró exequible el artículo 20 precitado, consideró lo siguiente:

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender

el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la *reformatio in pejus*, a cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

(...) el diseño constitucional de la garantía procesal de la *no reformatio in pejus* conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del *ad quem* en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

(...)

De igual manera, extender la prohibición de la *reformatio in pejus* a cualquier situación es conforme con un principio esencial de los sistemas acusatorios, cual es, la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. En efecto, la imparcialidad del órgano jurisdiccional que se pretende garantizar con el principio acusatorio exige que se impida condenar por hechos distintos de los acusados o a persona distinta de la acusada, es decir, debe existir una correlación entre el acto de acusación y la sentencia⁵.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que en situaciones donde el condenado es único apelante, se configura violación de la ley sustancial, tanto en el evento en el que el superior impone una pena mayor, como “cuando, en cualquier sentido, -modifica- su situación, haciéndola más nociva, (...) -fija- una carga

no considerada por el inferior, -varía- su forma de responsabilidad por una que implique mayor reproche penal o, con tal actuar, -restringe- el acceso a un beneficio, subrogado o sustituto". Intervención con la cual, sin duda alguna, se "conculca el debido proceso y el derecho de defensa". (SP 24 de febrero de 2016, Rad. 45736).

Y, en reciente pronunciamiento, esta Colegiatura indicó que desde la perspectiva del imputado o acusado la prohibición a la *reformatio in pejus* está instituida para la garantía de su derecho de defensa, toda vez que, al limitar la función del *ad quem* en lo que pudiera resultarle adverso cuando es apelante único, le posibilita promover la apelación sin que su voluntad -determinada a ejercer ese medio de impugnación- quede afectada o restringida por el temor o angustia de propiciar con su propio acto el empeoramiento de su situación (CSJ. SP 29 Ago. 2018, Rad. 47872).

Del anterior contenido normativo, se evidencia que la sustentación del reproche dirigido a demostrar la violación a la *non reformatio in pejus* impone al impugnante, entre otras cargas, comparar la situación del acusado originada en la sentencia de segunda instancia con la producida en la providencia de primer grado, so pena de no acreditar su censura.

En el presente asunto la demanda ningún cotejo contiene al respecto. En consecuencia el libelista dejó sin sustento demostrativo la violación invocada.

4.2.3. No obstante, revisada la sentencia de primera instancia, se advierte que HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE fue condenado (i) en calidad de autor, (ii) por el concurso homogéneo de actos sexuales abusivos llevados a cabo en AYTM y CDMM, menores de catorce años, (iii) en circunstancias de agravación originadas por su condición familiar consistente en ser padre de la primera de las víctimas mencionadas y padrastro de la segunda, (iv) a la pena principal de 192 meses de prisión, así como (v) a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y (vi) sin beneficio de la suspensión condicional de

la ejecución de la pena ni de la prisión domiciliaria.

Por su parte, verificada la sentencia proferida por el Tribunal, se observa que (i) las situaciones atrás relacionadas que afectaron al procesado -integradas tanto por los hechos y circunstancias declaradas probadas como por la gravedad de los reproches atribuidos al acusado, grado de participación en las conductas, penas impuestas y quantum de las mismas- no empeoraron, sino que permanecieron idénticas; (ii) no se impuso carga adicional al procesado y (iii) tampoco se revocó beneficio, subrogado o sustituto alguno en detrimento de sus intereses.

Así las cosas, pese a que el Tribunal, ciertamente aclaró que el numeral 5 -no el 2 -del artículo 211 es el que debe sustentar jurídicamente la mayor censura penal por el hecho agravante declarado probado, no se advierte que dicha determinación represente empeoramiento alguno de la situación del acusado derivada de la sentencia inicial, en la cual venía condenado por idéntica circunstancia.

Por tanto, no hay lugar a superar los defectos del libelo que imponga su admisión para emitir algún pronunciamiento de fondo en casación en relación con la garantía alegada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero.- INADMITIR la demanda de casación presentada a favor de HÉCTOR ALFONSO TALERO LAVERDE.

Segundo.- ADVERTIR que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184 inciso 2º de la Ley 906 de 2004, contra la decisión del párrafo anterior procede el mecanismo de insistencia, con atención de las reglas definidas jurisprudencialmente por la Sala.

Notifíquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Acta a folios 18-20 de la carpeta de primer grado.
- 2 Fecha indicada por la entonces juez al inicio de la audiencia (minuto 00:07 del registro).
- 3 CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29092.
- 4 “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”.

5 “Lorenzo Lujosa Vadell. ‘Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal’, Derecho Penal Contemporáneo, 2004. p. 55”.