

Jaime Humberto Moreno Acero

Magistrado ponente

SP4642-2019

Radicación n.º 52713

(Aprobado Acta n.º 290)

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

I. VISTOS

Resuelve la Corte, de manera oficiosa, la eventual vulneración de garantías constitucionales en el proceso seguido en adversidad de Carlos Wilson Penagos Pulido, por los delitos de actos sexuales con menor de catorce años –en concurso homogéneo y sucesivo– y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambos agravados.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

Como quiera que la Sala examinará oficiosamente la legalidad de la sentencia, para efectos de la presente decisión, se transcriben los hechos jurídicamente relevantes consignados en el fallo de segunda instancia:

Liby Rojas denunció que su hija MPPR, de 12 años de edad, fue abusada sexualmente por su progenitor Carlos Wilson Penagos Pulido, en el mes de julio de 2016, cuando lo visitaba en compañía de su hermanito en una panadería ubicada en la carrera 9 C Este Nro. 28B-18 Sur Barrio San Pedro de Bogotá, aprovechando la noche para tocarla y besarle sus partes íntimas. La menor destacó que en una oportunidad le introdujo los dedos en la vagina.

2.2 Procesales

El 14 de octubre de 2016, ante el Juzgado Sesenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se formuló imputación a Penagos Pulido como autor del punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 209 y 211, numerales 2° y 5° y 58, numeral 7° del Código Penal), cargos que el inculcado no aceptó.

Radicado por la fiscalía, pliego acusatorio el 23 de noviembre siguiente, el diligenciamiento correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, judicatura que el 18 de enero de 2017 celebró la formulación de rigor, en la que se atribuyó a Carlos Wilson Penagos Pulido, además de la aludida ilicitud, la conducta de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (precepto 208 ibidem), ambas con la circunstancia de agravación consagrada en el canon 211, numeral 2°, del estatuto punitivo.

La audiencia preparatoria se cumplió el 24 de febrero del mismo año, al paso que el juicio oral se desarrolló en sesiones del 5 de abril, 25 de mayo y, 2 y 31 de agosto de 2017, fecha última en la que se anunció sentido de fallo condenatorio.

El 20 de septiembre siguiente se profirió sentencia por los delitos objeto de acusación, agravados por la circunstancia prevista en el numeral 5° del artículo 211. Como consecuencia de ello, impuso al enjuiciado las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término de 228 meses, y negó la

concesión de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

La referida decisión fue apelada por la defensa y, el 21 de febrero de 2018, confirmada en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fallo de segundo grado contra el que la misma parte interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación, cuya demanda la Corte inadmitió a través de proveído CSJ AP4744-2018, 31 oct. 2018, rad. 52713. Empero, tal pronunciamiento ordenó que una vez adquiriera ejecutoria, la actuación debía regresar para pronunciarse acerca de eventuales vulneraciones al debido proceso, especialmente en lo que hace a la acusación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado.

La casacionista promovió mecanismo de insistencia contra aquél interlocutorio, al cual no se accedió, según lo determinó la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal, el 27 de noviembre del año anterior.

III. CONSIDERACIONES

Como la Sala en el auto en cita ordenó que regresara el encuadernamiento para adoptar una decisión de fondo, a pesar de la inadmisión de la demanda de casación presentada por la defensa de Carlos Wilson Penagos Pulido, en esta oportunidad centrará su atención en la eventual vulneración al debido proceso, en lo que corresponde al reproche penal que elevara el ente persecutor por el artículo 208, agravado por el canon 211 numerales 2° y 5°, ambos del Estatuto Punitivo.

3.1 Naturaleza de la formulación de imputación y posibilidad de modificar la premisa fáctica en la acusación

Depurado se tiene que, entre la conducta punible forjada y anunciada en el memorial de cargos, y la juzgada en el fallo de instancia, debe reinar consonancia personal (identidad en el sujeto, esto es, que la misma persona que es objeto de acusación, sea a la que se refiere

la sentencia), fáctica (vale decir, que por idénticos hechos por los cuales se efectuó el acto acusador, sea emitido el fallo) y jurídica (correspondencia entre el tipo penal endilgado y por el que se condena), de modo que la imputación que hace la fiscalía, se convierte en el límite para el juzgador al momento de atribuir responsabilidad al sujeto pasivo de la acción penal.

De las garantías constitucionales y legales al debido proceso y a la defensa, en su faceta de contradicción, asoma el imperativo de comunicar al procesado en qué consiste el acto persecutorio –en toda su extensión– en su contra, pues, solo así es dable que éste pueda consolidar una estrategia defensiva que convenga a sus intereses.

En tratándose de un sistema de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria como el previsto en la Ley 906 de 2004 –que gobierna este asunto–, aquel postulado de congruencia conlleva a que, entre el escrito de acusación y su posterior verbalización en audiencia, debe existir coherencia con la situación fáctica explicitada en el escalón procesal inmediatamente anterior, de ahí que la legalización de la imputación (artículo 287 y siguientes ibidem) tenga incidencia determinante en la estructura del proceso penal.

La Corte ha explicado (CSJ SP5897-2016, 10 may. 2016, rad. 44425) que:

[a]unque el principio de congruencia se predica, en estricto sentido, de la relación sustancial fáctico-jurídica entre la acusación y la sentencia, y está suficientemente decantado que, al momento de la acusación bien es posible modificar los términos de la imputación en su cariz jurídico –dado su carácter provisional–, no así en los de naturaleza fáctica, es lo cierto que jamás podría emitirse fallo, en cualquiera de sus sentidos (absolutorio o condenatorio), sin que el injusto típico, descrito en su aspecto fáctico relevante, haya sido previamente enunciado, con claridad, en la audiencia de formulación de imputación, habida cuenta que el referido acto de comunicación, constituye una de las bases fundantes del proceso, con efecto sustancial, que además provee por la salvaguarda

del derecho de defensa. Surge, entonces, la regla adjetivo-sustantiva según la cual sin imputación no puede haber acusación y mucho menos condena o absolución.

Así entonces, la formulación de imputación, además de mecanismo de vinculación del indiciado al proceso, tiene como propósito que aquél se percate que el organismo persecutor estatal lo considera autor o partícipe de unos hechos jurídicamente relevantes, por lo mismo, que en su contra se ejercerá la acción penal, cuya finalidad estriba en verificar la existencia de la ilicitud y la responsabilidad que en la misma le pueda caber.

A pesar de tratarse de una fase preliminar del diligenciamiento, la fiscalía está obligada a expresar con claridad los hechos de connotación jurídico penal que le son endilgados al imputado, aunado a las razones por las que, a partir de los medios cognoscitivos de que dispone, «se pueda inferir razonablemente que... es autor o partícipe del delito que se investiga» (canon 287 de la Ley 906 de 2004).

En relación con la trascendencia que la precisión fáctica posee a lo largo de la actuación procesal, con incidencia en la preservación del principio de coherencia, la Sala ha dilucidado (CSJ SP5543-2015, 29 abr. 2015, rad. 43211):

[s]e ha insistido en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica, fase embrionaria ubicada en los terrenos de posibilidad, que luego, en virtud del principio de progresividad, permitirá al allegar elementos materiales probatorios y evidencia con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral.

La formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación –o del allanamiento o del preacuerdo–, sin que los hechos puedan ser modificados, estableciéndose así una correspondencia desde la arista factual, lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o

condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Con esta perspectiva, la Sala más allá del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP 8 jul 2009 rad. 31280, SP 1° feb. 2012, rad. 36907, entre otras).

Y es que esa precisión que se exige de la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado de los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno de derecho de defensa a fin de planear la estrategia tendiente a morigerar el poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra.

Cuando surgen nuevas arista[s] fácticas que conllevan la configuración de otras hipótesis delictivas será necesario ampliar la formulación de imputación o incluso practicar otra diligencia de esa índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregir la acusación, no está facultado para alterar el aspecto fáctico [subrayado fuera de texto].

Y, en esa misma línea, la ya citada CSJ SP5897-2016:

Cuando falta el acto formal de imputación respecto de un determinado delito y en la acusación –escrita y oral– se elevan cargos contra una persona a la que jamás ellos le han sido informados, se está ante una lesión severa del derecho al debido proceso, en términos

de estructura procesal y garantía básica de defensa, pues, además que se le habría cercenado al procesado la posibilidad de allanarse a los cargos durante la audiencia de formulación de imputación, se lo estaría sorprendiendo con un señalamiento incriminatorio del que nunca fue enterado.

Es por esto que, cuando en el ejercicio investigativo en cabeza del ente acusador –previo a la presentación del escrito de acusación y posterior al referido acto de imputación– se logra la aprehensión de diversos elementos cognoscitivos que conducen a deducir la existencia de otros punibles no considerados en un principio y, por ende, no comunicados al indiciado, el fiscal del caso está obligado a suscitar una audiencia de formulación de imputación adicional, a efecto de consolidar los cargos a enrostrar al presunto infractor en la acusación a que haya lugar.

Así las cosas, si bien la fiscalía, al momento de acusar, puede adecuar el comportamiento delictivo inicialmente atribuido en la imputación, a un nomen iuris diverso que, en su criterio, de manera comprensiva en punto de circunstancias modales, temporales y espaciales, subsuma el acto desaprobado en su totalidad, se subraya, no es dable elevar cargos respecto de un delito cuya base factual previamente no ha sido conocida por el imputado.

Por último, tráiganse a colación las reglas bajo las cuales es posible modificar la premisa fáctica en la acusación, que la Sala precisó (CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007) luego de un análisis sistemático de las normas que regulan la imputación, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación. Así se sintetizó:

Del anterior análisis se extraen las siguientes reglas sobre la formulación de imputación: (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación –juicio de imputación– está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto

comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma.

Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (v) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla; (vi) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor

punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo.

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido.

Para lo que al asunto de la especie interesa, añádase que, en el anterior pronunciamiento, la Sala abordó algunas situaciones que pueden dar lugar al cambio de los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la imputación. En la arista de «cambios desfavorables al procesado» y específicamente en lo relativo a la inclusión de presupuestos fácticos de nuevos delitos (§ 6.2.4.4.3.1), así se discurrió:

No sobra advertir que se trata de un evento diferente al cambio de calificación jurídica de los hechos incluidos en la imputación. Este tipo de cambios es relevante cuando, en la acusación, la Fiscalía se refiere por primera vez a hechos que, individualmente considerados, pueden subsumirse en un determinado tipo penal.

En la decisión CSJSP, 10 dic. 2015, Rad. 45888, la Sala fijó su postura frente a este evento.

En esa oportunidad, se formuló imputación, entre otros, por el delito de prevaricato, sobre la base de que el procesado tomó diversas decisiones, que la Fiscalía consideró manifiestamente contrarias a la ley porque tuvieron como fundamento un decreto que había sido anulado por la autoridad judicial competente. En la acusación, la Fiscalía no se refirió únicamente a los actos administrativos proferidos a la luz de dicho decreto, sino, además, a que el mismo (el anulado judicialmente) también era manifiestamente contrario a la ley y, por tanto, con su emisión se incurrió en el delito previsto en el artículo 413 del Código Penal.

Bajo este presupuesto, la Sala precisó lo siguiente: (i) no puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos –lo que coincide con lo expuesto en la decisión CSJSP, 21 mar. 2007, Rad. 25862, [...]–; (ii) en la acusación no pueden incluirse hechos que tipifican delitos autónomos; y (iii) en esos eventos, la Fiscalía puede solicitar la adición de la formulación de imputación. Sobre esta base, declaró la nulidad de lo actuado, por la violación de las garantías debidas al procesado.

Sin duda, estas reglas se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico, toda vez que: (i) no puede afirmarse que los presupuestos fácticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como “detalles”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves –Art. 351–, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que ello debe hacerse a través de la adición a la imputación; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes [negrilla original del texto, subrayado en esta oportunidad].

3.2 El caso concreto

La Corte, desde ya, avizora que dentro del presente asunto se vulneró el debido proceso, el principio de coherencia y el derecho a la defensa de Carlos Wilson Penagos Pulido, por lo que, de manera oficiosa restablecerá las garantías que le fueron conculcadas. Lo anterior, bajo el entendido que el recurso extraordinario de casación se erige como herramienta idónea y eficaz para la salvaguarda de los derechos y las prerrogativas de todas las partes e intervinientes del proceso penal, cuando ellos han sido afectados sustancialmente en las instancias.

Tal violación se concreta en que, Penagos Pulido resultó sentenciado como autor responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, pese a que este delito jamás le fue atribuido fáctica o jurídicamente en la audiencia de formulación de imputación.

A efecto de dar claridad y, de paso, verificar la anunciada transgresión, obligado se hace memorar lo que enseña el decurso procesal.

En la audiencia de formulación de la imputación, el ente persecutor indicó¹:

Señor Carlos Wilson Penagos, la Fiscalía le informa que cuenta con elementos de conocimiento que permiten inferir una probable autoría en un delito que afecta la libertad [y] formación sexuales de una menor. La Fiscalía tuvo conocimiento el primero de agosto de 2016, por una denuncia que presentara la señora Liby Rojas, quien manifestó ser la excompañera suya, esto es, la progenitora de dos hijos menores de edad, una M.P.P.R. de 12 años de edad y otro C.A.P.R. de 14 años de edad.

El día de agosto, la señora, exactamente el 23 de julio, la señora indica que ese día su hijo menor le manifestó que tenía que contarle algo que estaba ocurriendo con su hermanita. Él cuenta que usted, quien es su progenitor, a quien ven cada 15 días aproximadamente cuando los llevan a su sitio de residencia, donde usted tiene un establecimiento comercial, una panadería, en el segundo piso manifiesta que tiene una habitación, que usted se pone

molesto cuando él le dice que se quiere acostar en la misma cama y que la única que se acuesta con usted es la menor M.P.P.R. de 12 años de edad, quien es su hija.

La fiscalía verifica estas situaciones con estos dos menores y efectivamente recibió la versión de los dos menores. En ella, el menor confirma que efectivamente él ha visto que usted se le sube encima a la menor en la cama y que esto él le parece extraño y decidió contárselo a su mamá. Él no sabe cuántas veces ha ocurrido, solamente que vio esa situación ese día, dice que usted se puso muy nervioso y que por eso le cuenta a su progenitora.

Además, la menor también informó que esta situación no se presentó solamente ese día, sino que además viene sucediendo desde cuando ella tenía 10 años, desde cuando su progenitora la lleva, o los lleva, para que usted los cuide y los deja los fines de semana, para esto, la progenitora manifestó que los dejaba cada 15 días. La menor indica que, al principio, usted le hacía tocamientos a nivel de vagina y senos por encima de la ropa, la besaba y, que posteriormente, fue metiéndole la mano por debajo de la ropa y finalmente le realiza tocamientos a nivel de vagina y usted se baja el pantalón y le manifiesta o le indica que debe tocarle el pene.

La Fiscalía también recibió un dictamen médico legal donde la menor confirma las circunstancias que ha señalado, esto es, estos tocamientos a nivel, de vagina, de cola y de senos.

La Fiscalía considera que este relato es creíble, coherente y que ha sido coincidente con las circunstancias que cuenta tanto la progenitora de la menor, como el hermano, testigo en este caso, de 14 años y la misma menor.

Luego, se adecuó ese sustrato fáctico al punible establecido en los artículos 209 (en concurso homogéneo y sucesivo), 211, numerales 2º y 5º y 58, numeral 7º del Código Penal.

La Sala advierte que la fiscal del caso: (i) entremezcló el cargo, con el contenido de la denuncia, las versiones de un testigo y de la víctima, y el dictamen emitido por el médico legista; (ii) en lugar de exponer, de manera clara, la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes –que debió delimitar previamente a partir del estudio de la información recopilada hasta ese momento–, realizó el análisis durante la audiencia; (iii) según ese particular examen, concluyó que sólo existía mérito para formular imputación por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravados, pues circunscribió la conducta reprochada en el ámbito penal, a los tocamientos libidinosos de Penagos Pulido a su hija M.P.P.R.; (iv) no relacionó, explícita o implícitamente, algún referente fáctico en punto de penetración, que pudiera dar lugar, al menos, a entender la ocurrencia de un acceso carnal abusivo; (v) hizo alusión a circunstancias de mayor punibilidad en las que no se recabará, como quiera que no fueron incluidas en la acusación.

Siguiendo el trámite ordinario, el escrito de acusación literalmente señaló²:

Dio [o]rigen a la presente investigación la denuncia que formuló la señora LIBY ROJAS, el día 01 de [a]gosto de 2016, en la que afirmó, que el sábado 30 de [j]ulio de 2016 ... la llamaron sus hijos, porque viven con el papá y le dijeron que se los llevara... y el niño [C.A.P.R.] de 10 años, le contó que su [p]apá tocaba a su hermana, es decir, a [M.P.P.R.] de 12 años, que solo tienen dos camas y el papá CARLOS WILSON PENAGOS RODRÍGUEZ [sic] exige que la niña duerma con él; que su hija estaba en la casa, entonces, inmediatamente le preguntó y ella le dijo, que su papá le tocaba su cuerpo por debajo de la ropa y le cogía la mano para que ella lo tocara a él y le decía que se callara y no contara a nadie porque había problemas...–

La menor presunta víctima [M.P.P.R.] de 12 años fue valorada por médico forense del INML, el día 02 de [a]gosto de 2016 y en el acápite de RELATO DE LOS HECHOS quedó consignado el hecho por el cual estaba siendo valorada: “...Estoy aquí porque mi papá me toca... mi hermano pequeño veía lo que él me hacía porque no se dormía, me tocaba la

parte [í]ntima... me dolía y luego se me montaba encima... el me hacía que le tocara el pene... me daba besos en la boca, en el cuello, en los senos, en la vagina... desde los 10 años me tocaba la parte íntima y me decía que no le dijera a nadie... mi hermano le cont[ó] a mi mam[á]...”-

La menor presunta víctima [M.P.P.R.] de 12 años fue oída en entrevista forense el día 14 de [s]eptiembre de 2016 y manifestó: “... que cuando iban a visitar al pap[á] ella iba con su hermano menor [C.A.], que esa visita era cada 15 días, manifiesta que antes de que pasara iban seguido donde el pap[á]... que la tocara... la vagina, la cola y los senos con la mano de él por debajo de la ropa... a veces le besaba los senos... se ponía sobre m[í] y con el pene me hacía así... que tocaba las s[á]banas y se sentía una baba horrible, que olía feo, que ella se iba a levanta[r] y [é]l la volvía a acostar... luego le decía que se fuera y se bañara... y que en el día la miraba como si nada hubiera pasado... y que [é]l se lo metía por un huequito de la mitad y se lo metía bien adentro y ella sentía que le tocaba una parte del cuerpo y sentía un dolor horrible y que iba a gritar pero [é]l le tapaba la boca con la otra mano... que desde los 10 años porque a ella no le habían explicado y para ella era normal... que esto sucedía en la noche, porque dormían en la misma cama... que dej[ó] de tocarla desde que dej[ó] de ir donde él, en el mes de [m]arzo del año 2016... que con la lengua le lambe la vagina...”-

El 14 de [s]eptiembre de 2016, se le recibe entrevista forense al menor hermano de la víctima, [C.A.P.R.], de 10 años de edad y manifestó: “... frente a los hechos materia de investigación comenta que su mam[á] siempre le ha dicho que cuando va[y]a donde su pap[á] él se debe acostar con su hermana, pero que su padre se pone bravo... “que un día estábamos donde mi pap[á]... y subimos arriba a dormir... enton[c]es yo vi que la cama se movía y que rechinaba y que mi pap[á] también se movía... y dice que fue más o menos en el mes de [j]ulio del presente año... que es una sola habitación con dos camas...”- [negrilla original del texto]

En el escrito de acusación la fiscalía, de nuevo, incurrió en el error de referirse al contenido de la denuncia y de las versiones de otros testigos, para reiterar que la conducta endilgada a Carlos Wilson Penagos Pulido encaja en el delito de «ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO» [negrilla y mayúscula original del texto].

Sin embargo, en la verbalización de rigor, la funcionaria asignada para la fase de juzgamiento, una vez hizo lectura textual a los que consideró «hechos jurídicamente relevantes» (acabados de transcribir), anunció:

... Señoría, la fiscalía quiere informar que hizo una adición al escrito de acusación, en cuanto a la calificación jurídica del acusado.

[...]

Atendiendo los hechos que ocupan esta investigación la Fiscalía General de la nación, a través de la presente delegada ante los jueces del circuito acusa con probabilidad de verdad a Carlos Wilson Penagos Pulido [...] por los delitos de acto sexual con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, y en concurso heterogéneo con el delito de acceso carnal abusivo, en concurso homogéneo y sucesivo, consagrados en los artículos 209, 208 y 211 numeral 2 y artículo 31 del Código Penal.

[...]

La fiscalía presenta formal acusación... por los delitos de acceso carnal abusivo consagrado en el artículo 208 del Código Penal, es la modificación que la fiscalía anunció al inicio de la diligencia que a la letra dice [...] artículo 209, actos sexuales con menor de catorce años, me permito hacer lectura igualmente del mismo [...] y artículo 211 numeral 2 que es la agravación, ya me permito leerla [...] y artículo 31 del Código Penal.

Así, es claro que en la acusación la fiscalía, en muy poco, por no decir que nada, modificó el sustrato fáctico, razón por la que no es inteligible que se endosara el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, a no ser que diera por «sobreentendido» que, cuando la víctima menor de edad, en una entrevista forense, manifestó que su progenitor: «se lo metía por un huequito de la mitad y se lo metía bien adentro y ella sentía que le tocaba una parte del cuerpo y sentía un dolor horrible», ello encajaba en lo que el artículo 212 del Código Penal reconoce como acceso carnal, circunstancias ambiguas, pues, primero, no se sabe qué es lo que introducía en su cuerpo, y segundo, aquel «huequito de la mitad» no da luces de que ello indefectiblemente apunte a cavidad anal, vaginal u oral, únicas hipótesis reconocidas en la disposición en comento.

Con todo y lo equívoco que ese hecho resulta, si en gracia de discusión se admitiera que lo expresado es la introducción de los dedos de Penagos Pulido en la vagina de su menor hija, ello no desdice que, a fin de cuentas, se modificara la base fáctica de la imputación, lo que dio lugar a la formulación de un cargo adicional al que primigeniamente se le enrostrara.

Debe resaltarse, además, que ese cambio no ocurrió porque en la fase de investigación se hubieran obtenido nuevas evidencias, sino porque la fiscal que tuvo a cargo la imputación, no estimó que hubiera penetración de carácter sexual, sino que el reproche se cifraba únicamente en el plano de los tocamientos.

Bajo estas condiciones, si en su momento la fiscalía consideró que debía modificar el sustrato fáctico, para llamar a juicio al procesado por otro delito, debió adicionar la imputación.

Por otra parte, al presentar su teoría del caso, el ente persecutor indicó⁴:

... La finalidad y la pretensión del ente acusador será, su Señoría, la de suministrarle a usted los suficientes elementos de juicio con base en los cuales usted pueda obtener ese grado de conocimiento más allá de la duda razonable frente a la materialidad de la

conducta y la responsabilidad del aquí endilgado, del señor Carlos Wilson Penagos Pulido, en calidad de autor de la conducta que se le endilgara, me permito de una vez señalarla su Señoría, consistente en actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo con el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, también acompañado de circunstancias de agravación y esta delegada pretenderá entonces dentro de la audiencia de juicio oral demostrar su Señoría, que la menor presuntamente afectada dentro de esta investigación, quien era una menor que contaba con tan solo diez años de edad cuando empezó a ser objeto de comportamientos de claro contenido sexual por parte de su progenitor y aquí investigado, su Señoría Carlos Wilson Penagos Rodríguez [sic].

Estos episodios, su Señoría, que empezaron cuando esa niña tenía diez años y que terminaron más o menos en forma aproximada hacia el mes de marzo de 2016 que fue la época en que ya la niña no quiso volver a visitar el papá, como quiera que se encontraba separado de su mamá, y cada quince días aproximadamente, era que ella con sus hermanos iba a visitar a su padre en la casa donde él se encontraba residiendo.

Escuchará usted entonces, su Señoría, especialmente el testimonio de la menor presuntamente afectada M.P.P.R., su Señoría, quien dará cuenta cómo su progenitor, en los momentos en que se disponían a dormir, su padre la llamaba a su cama, porque la niña dormía inicialmente con sus hermanitos, la colocaba en su cama y una vez que los hermanitos se encontraban dormidos, su Señoría, entonces procedía a hacerle tocamientos en las partes íntimas, le besaba sus senos, le hacía tocamientos en su vagina, primero inicialmente por encima de la ropa, luego por debajo de la ropa, su Señoría, haciendo introducción, dice la niña, de uno de los dedos en su vagina haciéndola sentir dolor, señora Juez. Igualmente, escuchará usted a la menor señalando igualmente que su padre le colocaba su manita encima de los genitales del señor a efecto de que le tocara su pene, así mismo, le profería [sic] besos en su boca, le profería [sic] besos en la vagina, su Señoría, según palabras de la niña y usted la escuchará, le lamía la vagina, adicionalmente, su

Señoría, le realizaba tocamientos, pues, en todo su cuerpo. Estos eventos, señalará la niña que ocurrían más que todo en la noche y fíjese su Señoría que pese a que estos delitos se caracterizan por ser a puerta cerrada y no contar con testigos, en el caso que aquí nos ocupa sí contamos con un testigo, uno de los hermanitos de la niña que usted también lo escuchará en Cámara de Gesell, se trata del menor de iniciales C.A.P.R. quien podrá a usted ilustrarla acerca de cómo, el papá pensando que se encontraba dormido, y sin que él efectivamente lo estuviera, primero oía cómo sonaba la cama y observaba cómo su progenitor se encontraba encima de su hermanita profiriéndole (sic) tocamientos en su cuerpo. Pero también, su Señoría, escucharemos, además de estos dos menores, el testimonio de la madre de la presunta afectada y denunciante dentro de esta investigación, la señora Liby Rojas, que no hará más que corroborar y demostraremos con ella la efectiva oportunidad que tenía aquí el investigado de acceder a la menor, el momento de la revelación, como quiera que fue el hermanito quien se atreve y tiene el valor entonces de contarle a su madre sobre lo que estaba padeciendo su hermanita. También la doctora Ingrid Cañón Rojas, en calidad de perito forense y la investigadora criminalística adscrita al CTI, psicóloga Martha Libia Prieto, quien realizó la entrevista forense, no harán más que brindar un respaldo absoluto su Señoría, a la versión que suministra la presunta afectada.

De manera que espera esta delegada una vez que usted los escuche a todos y cada uno de ellos su Señoría, espera que usted pueda construir, a medida que van pasando los testigos, ese conocimiento más allá de la duda razonable acerca de la responsabilidad del aquí investigado por las conductas que él desarrollara sobre su hija biológica su Señoría y, por tanto, cuando usted haya hecho ese análisis juicioso, ese análisis en conjunto, en aplicación de las normas de la sana crítica y le otorgue, espera esta delegada, credibilidad a los testigos de la fiscalía, al momento de proferir el sentido del fallo, el mismo sea de carácter condenatorio, y que como consecuencia de ello usted declare la responsabilidad en calidad de autor del aquí investigado, el señor Carlos Wilson Penagos Pulido, por la conducta a la que ya me he referido, su Señoría, consistente en actos sexuales con menor de catorce

años, recordemos que la niña tenía 10 años cuando empezaron estos sucesos, agravado como quiera que se trata del progenitor de la menor, en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo con el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, igualmente acompañado de circunstancia de agravación, conductas que se encuentran previstas en los artículos 208, 209, artículo 211, numeral 5° y el artículo 31 del Código Penal. En esos términos presenta la fiscalía la teoría del caso su Señoría, muchas gracias.

Ya en el alegato de clausura⁵, la delegada fiscal explicitó que, conforme al testimonio de la víctima, el mismo es reiterativo en punto de la introducción de los dedos, por parte de Penagos Pulido, en la vagina de la niña, lo que le producía un dolor «horrible».

Ello, indefectiblemente, constituyó la premisa fáctica de la condena emitida por el Tribunal, al punto que éste tuvo como «imputación fáctica», en el fallo confutado⁶, la siguiente:

Liby Rojas denunció que su hija MPPR, de 12 años de edad, fue abusada sexualmente por su progenitor Carlos Wilson Penagos Pulido, en el mes de julio de 2016, cuando lo visitaba en compañía de su hermanito en una panadería ubicada en la carrera 9 C Este Nro. 28B-18 Sur Barrio San Pedro de Bogotá, aprovechando la noche para tocarla y besarle sus partes íntimas. La menor destacó que en una oportunidad le introdujo los dedos en la vagina.

Y al interior de la providencia se puede leer⁷:

[M]PPR aclaró lo que observaba su hermano y confirmó que Penagos Pulido le hacía tocamientos libidinosos, inclusive que la accedía por la vagina con sus dedos. En su dicho la menor fue enfática en varios apartes de su declaración en detallar lo que ocurría con su padre [...] La menor mantuvo durante el juicio su versión y dijo igualmente que su progenitor la accedió cuando le introdujo un dedo por la vagina[...]

Por todo lo anterior, es claro que: (i) a Carlos Wilson Penagos Pulido, única y exclusivamente le fue imputado el delito de actos sexuales con menor de catorce años

agravado, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles; (ii) ello obedeció a la comprensión que en ese momento tenía respecto de los hechos, la fiscal que tuvo a cargo el «juicio de imputación»; (iii) en la imputación no se hizo alusión, expresa o tácita, a los hechos constitutivos de acceso carnal abusivo agravado, tampoco se determinó, de manera explícita o implícita, un cargo atendible por esta conducta; (iv) aunque la fiscal a la que posteriormente le fue asignado el caso, consideró que debía ser llamado a juicio por el mencionado delito, no adicionó la imputación, e introdujo dicho cambio factual y jurídico en la acusación; (v) el Tribunal emitió la condena por los cargos incluidos en el pliego acusatorio; y (vi) de esta manera, se violó el debido proceso, el principio de coherencia y el derecho a la defensa del encausado, toda vez que los hechos incluidos por primera vez en la acusación (la penetración a la víctima), dieron lugar al llamamiento a juicio por un delito adicional al inicialmente enrostrado en la fase preliminar al enjuiciamiento.

Por lo expuesto, a fin de salvaguardar las comentadas garantías, se impone casar parcialmente la sentencia emitida en contra de Carlos Wilson Penagos Pulido, para resolver en consonancia con la imputación, cuya operación no deja otro camino que revocar la condena por la delincuencia de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado deducida por los falladores de instancia, lo que genera la consecuente redosificación, labor que se circunscribe a adoptar la acogida por la primera instancia en torno, exclusivamente, del punible de actos sexuales, esto es, 156 meses de prisión, producto de individualizar el mínimo punitivo para el reato de actos sexuales con menor de catorce años agravado (144 meses) y sumarle 12 meses por el concurso homogéneo y sucesivo. El mismo lapso se deducirá en lo tocante a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por último, se ordenará la expedición de copias de todo el proceso, con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que, dentro de su órbita de competencia, adelante el trámite a que haya lugar respecto del punible que aquí se excluye.

En mérito 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

PRIMERO: Casar oficiosa y parcialmente la sentencia proferida el 21 de enero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para, revocar la condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

SEGUNDO: Condenar, en consecuencia, a Carlos Wilson Penagos Pulido, a las penas de 156 meses de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al hallarlo autor responsable del reato de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

TERCERO: Advertir que, en lo demás, la providencia impugnada se mantiene incólume.

CUARTO: Ordenar la expedición de copias de todo el proceso, con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que, dentro de su órbita de competencia, adelante el trámite a que haya lugar respecto del punible que aquí se excluye.

QUINTO: Informar a partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eyder Patiño Cabrera

José Francisco Acuña Vizcaya

Eugenio Fernández Carlier

Luis Antonio Hernández Barbosa

Jaime Humberto Moreno Acero

Patricia Salazar Cuéllar

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Record 11001600001520160599500_110014088069_2, minuto 14:28 en adelante.

2 Cfr. Folio 33, C.O. n.º 3.

3 Record 11001600001520160599500_110013109051_6, minuto 05:15 a 17:58.

4 Record 11001650001520160599500_110013109051_1, minuto 04:34 a 11:48.

5 Record 11001600001520160599500_110013109051_3.

6 Cfr. Folio 16, C.O. Tribunal, página 2 de la sentencia de segunda instancia.

7 Cfr. Folio 31 y 32, ib., páginas 17 y 18 ib.