

Jaime Humberto Moreno Acero

Magistrado Ponente

SP5390-2019

Radicación n.º 54458

(Aprobado Acta n.º 327)

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre 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 José Miguel Vanegas López, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales 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<sup>1</sup>:

Los hechos se circunscriben a que a finales de julio de 2016, encontrándose la menor S.C.L.J. -de 12 años de edad para esa época- en su casa, localizada en la calle [...] de esta ciudad, JOSÉ MIGUEL VANEGAS LÓPEZ -esposo de su tía materna-, quien estaba pintando el segundo piso del inmueble, le tocó los senos y la cola, por encima de la ropa, en dos ocasiones, a la vez que, cuando la menor se encontraba haciendo tareas en el tercer piso de la vivienda, aqu[é]l la sujetó por los brazos, le subió la jardinera, le quitó su ropa interior y la accedió carnalmente.

## 2.2 Procesales

El 13 de enero de 2017, ante el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá<sup>2</sup>, en contra de José Miguel Vanegas López se adelantó audiencia preliminar de formulación de imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado (artículos 208 y 211 numeral 5° del Código Penal), cargo que no aceptó. No hubo solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

La etapa de juzgamiento correspondió al Juzgado Doce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma urbe, despacho que el 21 de abril de 2017, agotó la formulación de acusación<sup>3</sup> por la advertida conducta. Sin embargo, allí mismo la fiscalía adicionó el delito descrito en los preceptos 209 y 211 numeral 5° ibidem, esto es, actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

La audiencia preparatoria se cumplió el 28 de junio siguiente<sup>4</sup>. Por su parte, el juicio oral se desarrolló en sesiones del 3 de agosto<sup>5</sup>, 27 de septiembre<sup>6</sup> y 7 de noviembre<sup>7</sup> de igual anualidad, y, 19 de enero<sup>8</sup> y 22 de febrero de 2018<sup>9</sup>, última fecha en la que la judicatura profirió sentido de fallo condenatorio.

La lectura de la sentencia se produjo el 5 de marzo de ese año<sup>10</sup> y en ella<sup>11</sup> se condenó a Vanegas López como autor de las anunciadas ilicitudes, imponiéndole penas de 230 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo

lapso. No se concedieron mecanismos sustitutivos de la pena de prisión.

La referida decisión fue apelada por la defensa y el 11 de octubre de 2018<sup>12</sup>, 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 AP4672-2019, 30 oct. 2019, rad. 5445813. Empero, tal pronunciamiento ordenó que una vez adquiriera ejecutoria, la actuación debía regresar a efecto de verificar el quebrantamiento de las garantías debidas al sentenciado.

El 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 pasado 19 de noviembre<sup>14</sup>.

### III. CONSIDERACIONES

Como la Sala en el auto en cita ordenó que el encuadernamiento retornara para adoptar una decisión de fondo, a pesar de la inadmisión de la demanda de casación presentada por la defensa de José Miguel Vanegas López, en esta oportunidad centrará su atención en la eventual vulneración al debido proceso, en lo que corresponde al reproche penal que elevara el ente investigador por el reato de actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211 numeral 5°, ambos del Estatuto Punitivo).

#### 3.1 Naturaleza de la formulación de imputación y posibilidad de modificar la premisa fáctica en la acusación – reiteración jurisprudencial<sup>15</sup>

Depurado se tiene que, entre la conducta punible forjada y anunciada en la acusación 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 delimitación efectuada en la diligencia de formulación de acusación, 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 partir de aquí, así mismo, puede adelantar su particular investigación, que tiene como norte, debe destacarse, esa concreta imputación.

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):

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 contravirtiendo 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 [subrayado en esta oportunidad].

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 insiste, no es dable elevar cargos respecto de un delito cuya base factual y correspondencia jurídica específica, previamente no ha sido conocida por el imputado.

Por último, reitérese que la Sala, 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, precisó las reglas bajo las cuales es posible modificar la premisa fáctica en la acusación (CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007).

Para lo que al asunto de la especie interesa, en el anterior pronunciamiento la Corte 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 “sobreentendido” 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

En la medida que el recurso extraordinario de casación se erige como herramienta idónea para la salvaguarda de los derechos y las prerrogativas de todas las partes e intervinientes del proceso penal, cuando ellos han sido afectados sustancialmente al interior de la actuación, la Corte anticipa que, de manera oficiosa, restablecerá las garantías al debido proceso, el principio de coherencia y el derecho a la defensa de José Miguel Vanegas López, conculcadas en las instancias

Tal violación se concreta en que, Vanegas López resultó sentenciado como autor responsable de actos sexuales con menor de catorce años agravado, pese a que este delito jamás le fue atribuido fáctica y jurídicamente en diligencia preliminar 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 audiencia de formulación de imputación, el ente investigador indicó<sup>16</sup>:

La denuncia fue instaurada el 9 de agosto de 2016 por parte de [D.J.CH.] y ella informa que al parecer su hija S.C.L.J. fue abusada sexualmente por parte de José Miguel Vanegas López, que esos hechos sucedieron el 1° de agosto de 2016, indica la señora que su hija tiene 12 años y le comentó que el cuñado de la denunciante había presentado comportamientos inadecuados consistentes en tocamientos en las partes íntimas de la niña, dice la señora que la niña le contó, que le había tocado los senos por encima de la ropa y la cola por encima de la ropa, en diferentes ocasiones, indica que esa persona es el esposo de la hermana, que es el señor José Miguel Vanegas López, con cédula [...] que trabaja en construcción, que vive cerca al portal Usme y que no sabe en cuántas ocasiones se presentaron los hechos, indica que todo se supo porque la niña, el 1° de agosto a las 6 de la tarde estaba en la casa en donde ellos viven, haciendo tareas en un escritorio, el señor subió al cuarto, se le acercó y la tocó con las manos por encima de la ropa, después le picó el ojo y le dijo que por qué no

se dejaba tocar sin ropa, que con eso se iba entrenando para cuando tuviera novio, que la niña le dijo que no y que no la molestara [...]

Indica que su hija le ha dicho que se siente sucia, que se siente triste y que, además de esta situación, la niña se cortó una rodilla con un bisturí en el colegio, razón por la cual fue llevada a donde la psicóloga y la psicóloga la aborda, contándole la niña una situación de abuso, razón por la cual la niña manifestó que los hechos tuvieron ocurrencia en la calle [...] que es la casa en donde ella vive y donde el señor estaba al parecer realizando una labor de arreglos en la casa.

[...]

Posteriormente la niña es traída al Centro de Atención Penal Integral a Víctimas, se inicia la ruta, y allí, en una entrevista denominada entrevista forense, que es la que rinden los niños, niñas y adolescentes, con la señora Aracelly María Charris Bermúdez, manifestó una revelación de tipo sexual diferente a la que la mamá había colocado inicialmente, porque, en ese momento es que los niños, cuando están con el psicólogo, cuentan lo que sucedió como vivencia de tipo sexual, la niña entonces allí aclara que la persona que al parecer la abusó se llama José Miguel Vanegas López, que es el esposo de la tía [S.P.], que Miguel estaba pintando la casa en la que ella vive, que ella estaba haciendo tareas y que empezó a decirle que por qué no se dejaba tocar sin ropa y en ese momento estaba sola porque la abuela había salido. Indica la menor que se quedó en el tercer piso del computador y que él le indicó que por qué no lo hacía, le pregunta que qué cosas, entonces ella indica que esas cosas cochinas de tener sexo, que ella le dijo que no, que el señor la cogió por los brazos, en las muñecas, ella estaba sentada en el computador, la cogió por los brazos, dejan constancia que la menor se queda callada, y señala que para la menor es dificultoso hablar del tema. Siguen abordando la menor y la menor dice que el señor en días pasados le había tocado su cola, pero no había pasado nada más, pero que ese día, cuando la abuelita se fue, el señor la coge por las manos y la viola, indica la niña que ella estaba en jardinera del

colegio, que le subió la jardinera, se puso un plástico, la menor se queda callada, no indica qué es el plástico, la señora psicóloga la aborda y la menor le señala las partes del cuerpo que esta persona le tocó y continúa la diligencia, la menor dice que ella estaba en el computador, que la cogió de los brazos y que le metió el pene por la vagina, que cuando él llegó hacia ella, ya venía sin el cinturón y que fue más fácil para él, que le subió la jardinera, le bajó los pantalones y la ropa interior y la accedió. Después se soltó, se fue para el baño, ella se sentía cochina, que el señor le había manifestado que esto había sido para que ella se fuera acostumbrando cuando tuviera novio, que era para que aprendiera y sigue indicando cómo fueron las circunstancias de ese día, que el señor era fastidioso cuando iba a la casa, que se la pasaba diciéndole cosas, que molestándola, le pregunta la señora que cómo era lo del plástico e indica: él ya se había quitado el cinturón, tenía una camisa y un jean, él estaba vestido ese día así, con una camiseta blanca de esqueleto, un jean y él lo que hizo fue, dice la menor, subirle la jardinera y accederla [...] Indica que es Miguel, que esta persona lleva con su tía 13 años, que no vivían juntos y que ahora viven cerca a la casa de ella, que él es morbosos, que se la pasa mirando fotos de señoras y que todavía vive con su tía.

La menor es llevada entonces al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es atendida por Jackelin Cangrejo Arias, la doctora la aborda, la menor le hace un recuento también de los hechos, de manera detallada y consistente y allí también vuelve a contar que efectivamente esta persona, ese día de agosto, la aborda cuando ella estaba sola, le sube la jardinera y la accede, indica que también utilizó un plástico, que ella no sintió ningún tipo de molestia pero que ella se ha sentido triste y ha atentado con un bisturí en su pierna [...]

Luego, a efecto de concretar los hechos jurídicamente relevantes, toda vez que fue requerida por el Juez de Control de Garantías, la fiscalía convino en que «[e]l relato se contrae a que el señor José Miguel Vanegas López, ese día, primeros días de agosto de 2016, se encontraba realizando unas reparaciones en la casa de la menor, y que en el

tercer piso donde ésta se encontraba, al parecer en el computador, la tomó de los brazos por la fuerza, le subió la jardinera, y la penetró vaginalmente», razón por la que adecuó ese sustrato fáctico al punible establecido en los artículos 208 y 211, numeral 5° del Código Penal

La Sala advierte que la fiscal del caso: (i) entremezcló el cargo, respecto de los hechos jurídicamente relevantes, con el contenido de la denuncia, las versiones de varios testigos y de la víctima, la entrevista forense de la menor y el dictamen emitido por la 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 acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, pues, circunscribió la conducta reprochada en el ámbito penal, a la penetración vaginal de S.C.L.J., por parte de Vanegas López, delimitando un día y escenario concretos; (iv) no relacionó, explícita o implícitamente, algún referente fáctico en punto de diversos episodios en los que hubiere tocamientos libidinosos, que pudieran dar lugar, al menos, a entender la ocurrencia de anteriores actos sexuales abusivos.

Siguiendo el trámite ordinario, el escrito de acusación literalmente señaló<sup>17</sup>:

Según denuncia instaurada por la señora [D.J.CH.] [...], en su calidad de progenitora de la menor víctima [...] (S.C.L.J.) nacida el 13-10-2003 de 12 años, indica que el día 03-08-2016, su hija le comenta que su cuñado (esposo de su hermana) le había tocado la cola y los senos por encima de la ropa en dos ocasiones. En entrevista la menor indica que el imputado estaba pintando la pared del segundo piso de su casa y en dos ocasiones fue tocada en su cola y los senos, posteriormente cuando estaba haciendo tareas en el computador en el tercer piso, él subió y empezó a tocarla y le dijo que por qué no se dejaba tocar sin ropa, le dijo que no, que se quedara quieto, se paró y la tomó de los brazos a la

fuerza, no se pudo soltar, le subió la jardinera, le bajó la ropa interior y luego la penetró vaginalmente. Hechos sucedidos a finales de Julio/16. La menor presenta episodios depresivos y se ha cortado las piernas. El imputado le dijo que eso era para que fuera acostumbrándose y aprendiera para cuando tuviera novio.

El día 13 de [e]nero de 201[7], ante el Señor Juez 36 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se le formuló imputación, por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS EN CALIDAD DE AUTOR (ART. 20[8], 211-5°, 31 C.P). NO ACEPTANDO LOS CARGOS, SE MODIFICA LA ACUSACIÓN EN EL SENTIDO DE ADICIONAR EL DELITO DE ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOG[É]NEO Y SUCESIVO (ART. 209, 211-5° Y 31 C.P EN CONCURSO HETEROG[É]NEO CON ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO ART. 211-5°, ART. 208 C.P. 211-5° DEL C.P. [negrilla, subrayado y mayúscula sostenida, original del texto]

En el escrito de acusación, del que se hizo textual lectura en la audiencia de verbalización de rigor, la fiscalía de nuevo incurrió en el error de referirse al contenido de la denuncia y de la versión de la víctima menor de edad, para reiterar que la conducta endilgada a José Miguel Vanegas López encaja en el delito de acceso carnal abusivo agravado, pero, modificó la base fáctica de la imputación, lo que dio lugar a la formulación de un cargo adicional al que primigeniamente se le enrostrara: actos sexuales con menor de catorce años agravados, en concurso homogéneo y sucesivo.

Debe resaltarse, además, que ese cambio no ocurrió porque en la fase instructiva se hubieran obtenido nuevas evidencias, a partir de un ampliado universo investigativo en desarrollo del programa metodológico, sino porque la fiscal que tuvo a cargo la imputación, no estimó que existieran escenarios independientes de tocamientos de connotación sexual, de ahí que el reproche penal, únicamente lo cifró en el plano de la penetración.

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<sup>18</sup>, el ente persecutor indicó que lograría probar más allá de duda, la autoría de José Miguel Vanegas López en los delitos por los que se acusó, habida cuenta que manoseó y penetró vaginalmente a la niña S.C.L.J., postura que reiteró en su alegato de clausura<sup>19</sup>, en el que hizo hincapié en el relato efectuado por la víctima en juicio.

Ello, indefectiblemente, constituyó la premisa fáctica de la condena emitida por el Tribunal, al punto que éste, en el fallo confutado<sup>20</sup>, tuvo como hechos los siguientes:

[a] finales de julio de 2016, encontrándose la menor S.C.L.J. -de 12 años de edad para esa época- en su casa, localizada en la calle [...] de esta ciudad, JOSÉ MIGUEL VANEGAS LÓPEZ -esposo de su tía materna-, quien estaba pintando el segundo piso del inmueble, le tocó los senos y la cola, por encima de la ropa, en dos ocasiones, a la vez que, cuando la menor se encontraba haciendo tareas en el tercer piso de la vivienda, aqu[é]l la sujetó por los brazos, le subió la jardinera, le quitó su ropa interior y la accedió carnalmente

Y al interior de la providencia se puede leer<sup>21</sup>:

[l]a menor... rindió testimonio en el juicio oral, oportunidad en la cual aludió a dos episodios que tuvieron que ver con las partes íntimas de su cuerpo. El uno, según sus propias palabras, “no tan grave”, que fue por encima de la ropa, y el otro, catalogado por ella como “grave”, por debajo de la ropa.

[...]

En efecto, la ofendida, de forma similar a como lo hizo ante la psicóloga del Instituto El

Ingenioso Hidalgo, la médica forense y su propia madre, le manifestó a la psicóloga del CTI que, encontrándose ella en el tercer piso de su casa haciendo tareas, el procesado, quien había sido contratado para pintar el inmueble, subió y le tocó los senos; unos días antes, clarificó, le había cogido la cola.

Un poco más tarde, dijo, el acusado subió nuevamente al tercer piso, donde la cogió de los brazos a la fuerza, le subió la jardinera, le bajó la ropa interior, se bajó el pantalón, se puso un “plástico” en el pene y la penetró vaginalmente.

Por todo lo anterior, es claro que: (i) a José Miguel Vanegas López, única y exclusivamente le fue imputado, en lo fáctico y jurídico, el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado; (ii) ello obedeció a la comprensión que, respecto de los hechos, en ese momento tuvo la fiscal que se encargó del «juicio de imputación»<sup>22</sup>; (iii) en la imputación no se hizo alusión a hechos independientes, constitutivos de actos sexuales sobre la menor de edad víctima, tampoco se determinó, de manera explícita o implícita, un cargo atendible por esta conducta; (iv) aunque el fiscal al que posteriormente le fue asignado el caso, consideró que debía llamar 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 cargos (hechos y denominación jurídica) incluidos por primera vez en la acusación (los tocamientos libidinosos a la víctima, en concurso homogéneo y sucesivo), 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 José Miguel Vanegas López, para resolver en consonancia con la imputación, cuya operación no deja otro camino que revocar la condena por la delincuencia de actos sexuales 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 acceso carnal abusivo, esto es, 210 meses de prisión. 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 11 de octubre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para, anular el trámite procesal adelantado en punto del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

SEGUNDO: Condenar, en consecuencia, a José Miguel Vanegas López, a las penas de 210 meses de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al hallarlo autor responsable del reato de acceso carnal abusivo 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 las 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 Cfr. Página 1 de la sentencia de segundo grado. Folio 16, Cuaderno del Tribunal.

2 Cfr. folio 16, Carpeta n.º 1.

3 Cfr. folio 40, ib.

4 Cfr. folio 46, ib.

5 Cfr. folio 56, ib.

6 Cfr. folio 60, ib.

- 7 Cfr. folio 86, ib.
- 8 Cfr. folio 93, ib.
- 9 Cfr. folios 102 a 104, ib.
- 10 Cfr. folios 118 y 119, ib.
- 11 Cfr. folios 109 a 117, ib.
- 12 Cfr. folios 16 a 27, Cuaderno del Tribunal.
- 13 Cfr. folios 11 a 33, Cuaderno de la Corte.
- 14 Cfr. folios 51 a 56, ib.
- 15 Idéntica temática fue abordada por la Sala en reciente pronunciamiento. Cfr. CSJ SP4642-2019, 30 oct. 2019, rad. 52713.
- 16 Record 11001610810520168064400\_110014088036\_1.wma, minuto 05:36 en adelante.
- 17 Cfr. folios 21 y 22, Carpeta n.º 1.
- 18 Record CP\_0803082652228.wmv.
- 19 Record CP\_0222111951744.wmv.
- 20 Cfr. folio 16, C.O. Tribunal, página 1 de la sentencia de segunda instancia.
- 21 Cfr. folios 24 y 25, ib., páginas 9 y 10 ib.

22 En la ya citada sentencia CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007, se dejó sentado que aquél consiste en el análisis que debe realizar la fiscalía, orientado a establecer si se cumplen o no los requisitos legales para la formulación de cargos en audiencia preliminar, en los términos de los artículos 286 y siguientes de la Ley 906 de 2004.