

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

AP825-2021

Radicación # 58663

Acta 57

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

#### I. VISTOS:

La corte decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA, contra la sentencia de 6 de marzo de 2020, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena impuesta por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo distrito judicial por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado.

#### II. HECHOS:

En el mes de agosto de 2011, L.A.C.A. -de 4 años- le contó a su mamá, María Nelly Acosta Bejarano, que un día, cuando se encontraban en la casa de su tía Celsa Acosta Bejarano, su primo JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA -de 23 años- la sentó en sus piernas y le metió un dedo en su vagina.

#### III. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Formulada la respectiva denuncia por la progenitora de la víctima, el 15 de enero de

2014, ante el Juzgado 78 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la fiscalía le formuló imputación a JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, conducta descrita y sancionada en los artículos 209 y 211-2 del Código Penal<sup>1</sup>.

2. En el escrito de acusación y en la respectiva audiencia que se realizó el 19 de febrero de 2015, la fiscalía llamó a juicio al procesado como autor del mismo delito por el que le formuló imputación. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 7 de diciembre de 2015 y el juicio oral, durante los días 31 de marzo, 9 de noviembre de 2016, 26 de abril de 2017, 29 de enero, 9 de octubre, 14 de diciembre de 2018 y 7 de junio de 2019. En esta última sesión se profirió sentencia de primera instancia en la que el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá condenó a JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (Arts. 209 y 211-5 del Código Penal), a la pena principal de 145 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

3. La defensa del procesado apeló la sentencia de primer grado y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 6 de marzo de 2020, la confirmó.

4. El mismo sujeto procesal presentó y sustentó la demanda de casación.

#### IV. LA DEMANDA:

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial

Con fundamento el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante acusó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá y la de la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial que la confirmó, por violar directamente la ley con ocasión de la interpretación

errónea de los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal.

Para demostrar el cargo, relató que, desde las audiencias preliminares, al procesado se le atribuyó la comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por la hipótesis fáctica contenida en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, esto es, cuando «el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza», imputación que se mantuvo incólume en la audiencia de acusación.

Sin embargo, al presentar los alegatos de conclusión del juicio oral, la fiscalía, «de manera sorpresiva», solicitó condena en contra del acusado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal que obliga a la imposición de una pena mayor cuando «la conducta se realizare sobre pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes (...)». El juzgado, por su parte, profirió sentencia en consonancia con la nueva calificación jurídica que le dio la fiscalía a la conducta del procesado y a los hechos que la rodearon.

Afirmó el censor que no obstante el Tribunal, al desatar el recurso de apelación, decidió modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que la agravante por la que se profería condena era la contenida en el numeral 2º -y no en el 5º- del artículo 211 del Código Penal, lo cierto es que siempre, desde la audiencia de imputación, la fiscalía hizo recaer el mayor desvalor de la acción en el hecho de que JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA era el primo de la víctima y que a partir de esa situación fue que se derivó la confianza que ésta depositó en él, lo que le facilitó la perpetración del delito.

En su criterio, ese razonamiento de los jueces evidenció una interpretación errónea de los

presupuestos fácticos que configuran una y otra causal de agravación, pues como ya lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, la confianza o subordinación que se origina en el parentesco es la que describe el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal y no aquélla a que hace referencia el numeral 2º de la misma norma.

Para finalizar, precisó que con las decisiones cuestionadas también se violó el principio de congruencia contenido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

#### Segundo cargo. Nulidad

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

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

#### Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial

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

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

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

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

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

Por último, precisó que la fiscalía no logró probar la causal de agravación contenida en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, «tanto así, que de manera astuta en los

alegatos finales pretendió, violando el principio de congruencia, cambio [sic] el agravante pretendiendo que mi representado fuese condenado por el grado de parentesco».

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

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con el art. 183 del C.P.P., la admisión de la demanda de casación supone su debida presentación. El censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa tanto las causales invocadas como sus fundamentos. Ello implica acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación, de cara al cumplimiento de alguno de sus fines (efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, reparación de los agravios inferidos a éstos y unificación de la jurisprudencia).

Ese cometido no se consigue de cualquier manera. A voces del art. 184 inc. 2° ídem, el libelo no será admitido cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. Tampoco resulta admisible si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos de dicho mecanismo de impugnación.

Tales exigencias derivan de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, enraizada en la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia. A partir de esta presunción, 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.

De ahí que la debida sustentación implique desarrollar el ataque con arreglo a los requerimientos formales que impone la causal planteada y la lógica del cargo propuesto.

Así mismo, hacerlo con sujeción a los principios de autonomía, no contradicción, coherencia, claridad y razón suficiente, para que el alcance de la impugnación se evidencie nítido y la Corte pueda dar a los reproches planteados una respuesta adecuada.

Así las cosas, procede la Sala a resolver las censuras en el orden en el que fueron propuestas.

#### 1. Primer cargo. Violación directa

Esta censura, por satisfacer los requisitos de adecuada y lógica sustentación exigidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia, la Sala la admitirá.

En consecuencia se ordenará impartir el trámite establecido en el Acuerdo 020 de abril 29 de 2020 expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que reglamentó el impulso excepcional y transitorio de las demandas de casación admitidas en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, mientras subsistan las medidas de aislamiento obligatorio establecidas en el Decreto 417 de marzo 17 de 2020 orientadas a conjurar la pandemia que afecta a todos los países del mundo, incluido Colombia.

#### 2. Segundo cargo. Nulidad

2.1. La defensa de JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA planteó la transgresión del principio de congruencia, bajo el argumento de que la sentencia se emitió por una circunstancia de agravación distinta a aquélla por la que la fiscalía pidió condena en los alegatos de conclusión, la cual, a su vez, fue variada por este sujeto procesal quien, no obstante haber formulado acusación por la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal agravada por la causal contenida en el numeral 2 del artículo 211 ibídem, terminó alegando que el motivo por el cual se tornaba más grave el reproche correspondía al contenido en el numeral 5 de la misma norma, es decir, por el grado de parentesco entre la víctima y el agresor.

2.2. Conforme con el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, en el ámbito de la casación es causal de nulidad el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o la violación de la garantía fundamental a la defensa. El adecuado planteamiento de la censura por esta vía supone cumplir con las exigencias legales y jurisprudenciales pertinentes. En esa dirección, la Corte<sup>2</sup> ha precisado que la alegación de nulidades debe ajustarse a los principios concurrentes de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad.

2.3. Como a continuación se expondrá, bajo tales premisas salta a la vista la escasez formal y material de los cargos. Los reproches formulados por el defensor, tendientes a que se anule la actuación, incumplen con los principios aplicables a la declaratoria de nulidades, al tiempo que se ofrecen insustanciales.

2.4. En primer lugar, faltó el libelista al principio de corrección material que impone la obligación de guardar fidelidad a la realidad procesal, en tanto no es cierto, como así se afirmó en la demanda, que la sentencia (conformada por los fallos de primera y segunda instancia) se profirió por un delito distinto a aquél por el que la fiscalía formuló la acusación. Tampoco constituye una irregularidad sustancial suficiente para invalidar lo actuado, el hecho de que la fiscalía hubiera pedido condena por el delito de actos sexuales con menor de catorce años con una circunstancia de agravación distinta a la contenida en la acusación, según se explicará más adelante.

2.4.1. En efecto, en la audiencia de formulación de imputación, la fiscalía le comunicó a JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA que a partir de ese momento quedaba vinculado a una investigación penal como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, conducta descrita y sancionada en los artículos 209 y 211-2 del Código Penal. Esa calificación jurídica se mantuvo incólume en el acto complejo de la acusación. En los alegatos de conclusión, sin embargo, la fiscalía le pidió al juez de primera instancia que condenara al acusado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado,

de conformidad con los artículos 209 y 211-5 ibídem. Es decir, cambió la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 2 del artículo 211 por la del numeral 5 de la misma norma.

Haciendo eco de lo solicitado por la fiscalía al culminar el juicio, el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá condenó a JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado conforme al numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

«La defensa reprocha la inconsistente postura de la Fiscalía en punto de la imputación fáctica o hechos concretos de los cuales derivaba la circunstancia de agravación punitiva para el delito de actos sexuales abusivos; esto es, indistintamente, por la confianza generada en la víctima, la autoridad sobre ella o, simplemente, por la relación de parentesco- consanguinidad.

(...)

Se ignora por qué sucedió, pero en lugar de mantener invariable ese factor, en los alegatos de clausura la misma Fiscal delegada cambió de parecer y expresó que la circunstancia de agravación tenía lugar por razón de la consanguinidad de JAIVER con relación a su prima, a quien sometió a tocamientos sexuales indebidos. Como el funcionario A-quo acogió esta nueva postura, sin advertir la alteración esencial del núcleo fáctico, entonces incurrió en la inconsonancia que la defensa advierte.

54. Sin embargo, en las singularidades de este específico asunto, la incongruencia no produce las consecuencias que la defensa le asigna. Vale decir, no se erige en un tópico que genere dudas acerca de la existencia del delito agravado ni de la responsabilidad del implicado; no es motivo de invalidez de lo actuado y menos autoriza una absolución.

55. En lugar de ello, como se ha sostenido invariablemente en la jurisprudencia, para

remediar el desfase basta retirar la fuente que lo produce y “ajustar la adecuación típica del fallo a la que aparece en la acusación”, hasta restablecer la congruencia entre el tema fáctico-jurídico y la sentencia que realmente corresponda.

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

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

57. De ese modo, al persistir la circunstancia de agravación punitiva, la pena imponible no sufre modificación alguna».

Como se puede observar, la segunda instancia dictó sentencia con deducción de la agravante punitiva señalada en la acusación. Eso significa que no hay lesión al principio de congruencia como expresó el demandante.

2.6. La propuesta, entonces, es infundada y no tiene la aptitud para propiciar la invalidación total o parcial de la sentencia, razón que resulta más que suficiente para imponer su inadmisión.

2.7. En ejercicio de su facultad oficiosa, en la sentencia de casación, la Sala examinará si la deducción en la sentencia de segunda instancia de la causal 2 de agravación del artículo 211, en lugar de la 5 de la misma norma atribuida en primera instancia (no imputada en la acusación), configura o no el quebrantamiento de la garantía fundamental de no reforma en

peor del apelante único.

### 3. Tercer cargo. Violación indirecta.

3.1. Por la vía de la causal tercera de casación, el defensor de JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA denunció el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las cuales se fundó la sentencia.

El vicio, según la demanda, consistió en un falso juicio de identidad en el que incurrieron los falladores de instancia al desconocer «la parte legal de la apreciación de la prueba en su conjunto como lo determina la ley procesal, criterios de valoración, artículo 380 del Código de Procedimiento Penal Colombiano».

3.2. El cargo propuesto no reúne los requisitos de claridad y coherencia argumentativa propios de la demanda de casación ni se ciñe a las exigencias de la causal de ataque seleccionada, situación que impone su inadmisión, con mayor razón cuando no se observa que la decisión afecte derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes ni que se aparte de la realidad demostrada en el debate público.

3.3. En efecto, el falso juicio de identidad atribuido por el defensor a la sentencia se configura cuando el juzgador distorsiona el contenido objetivo de la prueba para hacerla decir aquello que no expresa materialmente, lo cual implica aceptar que el medio de convicción sí fue valorado, sólo que se tergiversó, se adicionó o se cercenó su contenido, poniéndolo a decir lo que no dice, muestra o enuncia y que esa situación lleva a la declaratoria de una verdad diversa a la que realmente emana de los elementos de convicción analizados.

Se trata, por tanto, de un error objetivo anterior a la valoración probatoria que exige confrontar el contenido del medio de convicción con el que se le asignó en la sentencia y no entre aquél y lo que el demandante piensa que debió colegirse.

3.4. Siendo ello así, el defensor desatendió la naturaleza del reparo propuesto porque, en esencia, se dedicó a cuestionar el valor probatorio que los falladores le otorgaron a todas las pruebas de cargo que se presentaron durante el juicio y, más allá de presentar sus propias reflexiones sobre cómo debieron valorarse las pruebas, no puso de presente ningún error de juicio derivado de una tergiversación del contenido objetivo de los elementos de convicción que le sirvieron de sustento a la condena.

3.5. Recuérdese que la constatación del yerro denunciado surge de la comparación entre lo que la prueba dice y lo que el fallador consignó y comprendió de ella, pues se trata de un error objetivo, anterior a la valoración probatoria. En este caso, el cotejo que impone la debida sustentación del cargo no se realizó y el censor no indicó qué apartes de todos los testimonios por él enlistados fueron modificados por los sentenciadores.

3.6. Por lo demás, las críticas a la valoración probatoria efectuada por el Tribunal no son susceptibles de ser analizadas al amparo del falso juicio de identidad porque, como se precisó anteriormente, la demanda de casación no constituye un nuevo espacio para insistir en argumentos que fueron evaluados y desestimados por las instancias como así lo pretendió el recurrente.

3.7. En la formulación del cargo el recurrente señaló, además, que se condenó a su defendido sin prueba porque las que existen son contradictorias e ineficaces para demostrar la responsabilidad penal. En esos términos y según se ha venido analizando, la censura carece de fundamentación. La manifestación, además, es totalmente contraria a la realidad procesal.

En efecto, se contó con prueba directa consistente en el testimonio de la víctima L.A.C.A., quien en el juicio relató cómo, a sus 3 años de edad, fue objeto de manipulaciones sexuales y tocamientos en sus partes íntimas por parte de su primo JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA. Esta declaración, pese a no reproducir exactamente lo que la misma menor dijo en

una entrevista, resultó digna de credibilidad para los falladores de instancia, tanto más cuanto la misma fue corroborada por otros elementos de convicción como el testimonio de su progenitora María Nelly Acosta Bejarano y de la psicóloga Amparo Méndez Torres.

Al analizar la prueba relacionada, el juzgado llegó a la convicción, más allá de toda duda, sobre la materialidad del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado y la responsabilidad de JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA como autor de éste. El análisis probatorio también permitió al Tribunal confirmar la sentencia condenatoria dictada en su contra cuando resolvió el recurso de apelación.

Por ende, el tercer cargo debe ser inadmitido.

4. En síntesis, los cargos segundo y tercero no cumplen con los requisitos exigidos en los artículos 183 y 184 de la Ley 906 de 2004 para la prosperidad de la impugnación extraordinaria, ni satisfacen los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para su estructuración. Además, al no advertirse la presencia de circunstancia vulneradora de garantías fundamentales que obligue a intervenir de oficio para su restablecimiento, las censuras en comento serán inadmitidas.

Se precisará igualmente, que en contra de esta decisión sólo cabe el mecanismo de insistencia, conforme lo tiene establecido el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuya interposición procede bajo las reglas fijadas en jurisprudencia reiterada de la Sala.<sup>3</sup>

## VI. DECISIÓN

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- INADMITIR** los cargos segundo y tercero formulados en la demanda de casación

que el defensor de JAIVER ALEXANDER GARCÍA ACOSTA presentó contra la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados.

SEGUNDO.- ADMITIR el cargo primero de la demanda.

En consecuencia, se ordena a la Secretaría de la Sala impartir el trámite establecido en el Acuerdo 020 de abril 29 de 2020 expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que reglamentó el impulso excepcional y transitorio de las demandas de casación admitidas en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, mientras subsistan las medidas de aislamiento obligatorio establecidas en el Decreto 417 de marzo 17 de 2020 orientadas a conjurar la pandemia que afecta a todos los países del mundo, incluido Colombia.

TERCERO.- ADVERTIR que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184 inc. 2º del Código de Procedimiento Penal, contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia, con atención de las reglas definidas jurisprudencialmente por la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

IMPEDIDO

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 24:35 cd. audiencia de imputación.

2 Cfr., entre otros, 09/03/11. Rad 32.370 y 30/11/11. Rad 37.298

3 CSJ, AP del 12 de diciembre de 2005, radicado 24322.