



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP209-2023

Casación No. 56244

Acta No. 108

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil veintitrés
(2023).

VISTOS

Se pronuncia la Corte oficiosamente sobre la posible vulneración del principio de congruencia, con ocasión de la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de mayo de 2019, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 30° Penal del Circuito de

la misma ciudad el 27 de agosto de 2018, que condenó al acusado **AAVM** como coautor de acceso carnal violento agravado y autor de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.

HECHOS:

En las sentencias de instancia fueron recapitulados de la siguiente manera:

*Acorde a las pruebas recaudadas en audiencia de juicio oral, se conoció que entre **AAVM** y **LMEAA** existió una relación que perduró por diez (10) años, producto de la cual nació el menor de iniciales J.E.V.A., vínculo que feneció por violencia intrafamiliar, regulándose en todo caso cuota de alimentos y visitas ante la Comisaría 7ª de Familia de esta ciudad y precisándose que después de la separación el procesado recogía a su descendiente en el colegio o la denunciante se lo llevaba a su residencia.*

Se probó que, desde aproximadamente el mes de junio del año 2015, el infante comenzó a comportarse diferente: (i) arribando orinado a su domicilio; (ii) buscando besar a su progenitora en la boca; (iii) siendo encontrado en varias oportunidades tocándose el pene y reaccionando de manera agresiva cuando su progenitora le reclamaba por esa actividad, pues le hacía un gesto con la mano y le decía ‘paf te maté’.

*Se acreditó que cuando **LMEAA** se hallaba en el inmueble que habitaba el acusado, J.E.V.A. comenzó a tocarse el pene, quejándose porque sentía dolor en esa parte de su cuerpo, expeliendo olor a orina, momento en el cual les comentó a sus padres que su primo **C** le tocaba sus partes íntimas, reaccionando **AAVM** en forma airada y calificando al pequeño como mentiroso.*

*Se soportó que la denunciante llevó a su descendiente a un lugar en el que estuvieron a solas, conociendo mientras el menor lloraba que su primo **C** le quitaba la ropa, le tocaba el pene y los glúteos, como también que en días anteriores había llegado cansado por jugar a los gays, pues se daba besos en la boca con otro menor de edad y unas gemelas que vivían en la casa de su progenitor.*

Se verificó que por ello J.E.V.A. fue examinado el 20 de noviembre del año 2015, por el médico forense José Hernando Becerra, en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, experto que como hallazgo relevante detectó que el infante en su zona anal y perianal presentaba: 'forma: infundibular. Tono Hipotónico. Descripción, ubicación de lesiones: Se evidencia fisura en cicatrización a nivel de la línea interglútea hasta región perianal hacia los doce meridianos, con borramiento de pliegues, no hay desgarró ni sangrado al momento del examen'.

*Así mismo, se demostró que se inició un proceso de restablecimiento de derechos en la Fundación Creemos en Ti, actividad terapéutica producto de la cual J.E.V.A. reveló a su progenitora y a su hermana **MN** que **AAVM** estaba presente cuando era accedido carnalmente por su primo **C**, siendo golpeado cuando no permitía que su agresor sexual lo accediera con lo que dijo era un 'piedra'.*

*Igualmente, se acreditó que el niño comentó que su padre le mostraba revistas y películas pornográficas, en las que veía lo mismo que su primo **C** le hacía, como también otro tipo de contenidos eróticos en los que menores de edad eran abusados.*

*Finalmente, se tiene que a través de las pruebas ofrecidas se demostró que **AAVM** amenazaba a su hijo con matarlo y quemarlo, en caso de que revelara las vivencias de contenido sexual que debió afrontar, siendo esa la razón que generó que el ofendido no revelara toda su realidad desde un primer momento.*

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. El 10 de octubre de 2016, la Fiscalía Séptima Seccional le imputó a **AAVM** ser coautor de acceso carnal violento (artículo 205 del Código Penal) agravado (artículo 211-4), con circunstancias de mayor punibilidad (artículo 58-7 y 10). El imputado no aceptó los cargos.

2. El escrito de acusación se presentó en los mismos términos fácticos y jurídicos de la imputación. En audiencia de formulación de acusación, celebrada el 19 de diciembre de 2016 ante el Juzgado Treinta Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, la Fiscalía modificó la calificación jurídica y atribuyó al procesado la coautoría de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208) agravado (artículo 211-5), la autoría de actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209) agravado (artículo 211-5) y la autoría de violencia intrafamiliar (artículo 229), en concurso homogéneo y sucesivo.

3. Tramitado el juicio, el juzgado de conocimiento decidió: (i) absolver a **AAVM** del cargo por violencia intrafamiliar en concurso homogéneo y sucesivo, (ii) condenarlo como coautor de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo, (iii) condenarlo como autor de acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, (iv) imponerle la pena principal de 22 años de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por 20 años y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de su hijo J.E.V.A. por 49 meses, y (v) negarle la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal.

4. Tanto el acusado como su defensor interpusieron el recurso ordinario de apelación contra las decisiones de condena. Por medio de este, invocaron nulidad por desconocimiento del derecho a la defensa y aplicación del principio *in dubio pro reo*.

5. Mediante fallo leído el 7 de junio de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, negó la nulidad impetrada y confirmó la sentencia de primera instancia en los aspectos materia de impugnación.

6. El sentenciado interpuso casación y la presentación de la demanda estuvo a cargo de su abogado defensor.

7. Mediante auto del 12 de diciembre de 2019, la Sala inadmitió la demanda de casación y dispuso que, «*una vez se encuentre en firme esta providencia y se haya cumplido el trámite de la insistencia, la actuación sea regresada al despacho del magistrado ponente con el fin de emitir pronunciamiento oficioso sobre la posible vulneración de garantías fundamentales, de acuerdo con lo consignado en la parte considerativa de esta determinación*».

8. El mecanismo de insistencia fue presentado ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal. El 25 de febrero de 2020, el Ministerio Público se abstuvo de acceder a la petición de la defensa.

CONSIDERACIONES

1. En el auto inadmisorio de la demanda de casación, la Sala advirtió la necesidad de examinar si en el presente caso se desconoció el principio de congruencia.

En la audiencia de formulación de acusación, la fiscalía le atribuyó al procesado los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en calidad de coautor, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años agravado y violencia intrafamiliar a título de autor, en concurso homogéneo y sucesivo.

Sin embargo, se advierte que el juez de conocimiento condenó al procesado por un delito no incluido en la formulación oral de la acusación. En lugar de emitir condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (incluido en la acusación), lo hizo por el delito de acceso carnal violento agravado.

2. El principio de congruencia, como garantía estructural en los sistemas procesales que consagran la separación funcional de las labores de acusación y juzgamiento, implica que el fallo judicial debe ser consonante

o concordante con la acusación en el aspecto personal (la persona acusada), fáctico (los hechos jurídicamente relevantes), y jurídico (la calificación o valoración jurídica de la conducta).

La Sala, reiteradamente, ha señalado los eventos en los que el juzgador vulnera o desconoce este postulado. En CSJ AP6587-2016, rad. 48660, los precisó de la siguiente manera:

*En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. entre otras, CSJ SP, 6 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 nov. 2007, postulado cuando se condena en alguno de los siguientes escenarios: **(i)** por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación; **(ii)** por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; **(iii)** por el injusto atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación, **(iv)** suprimiendo una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. Y, tratándose del elemento fáctico, ha afirmado que el aludido principio se vulnera si se desconoce el núcleo esencial de la imputación fáctica (CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649, y CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253).*

La congruencia constituye un límite a las facultades del juzgador. Por principio, el juez no puede fallar sobre hechos que no fueron imputados, ni por delitos que no fueron objeto de acusación. Pero también está relacionada con el derecho a conocer los fundamentos de la acusación, el derecho a la defensa y el derecho a la controversia o contradicción.

Esto ha llevado a la sala a insistir¹ en la necesidad de que la fiscalía exponga clara y sucintamente en la acusación

¹ CSJ SP008-2023, rad. 58915.

los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto inciden en otros temas transversales del juicio, como es el tema de prueba y el derecho de defensa.² Precisamente por esta incidencia es que se ha considerado que los hechos expuestos en la acusación son intangibles e inmodificables (congruencia sobre el núcleo fáctico).

*«La descripción de los hechos atribuidos y las circunstancias de comisión relevantes, se ha reiterado, debe ser completa y no puede ser objeto de alteración sustancial a lo largo del proceso, pues es particularmente ese ámbito de la imputación el punto de partida para una adecuada labor defensiva. El núcleo de la imputación fáctica debe mantenerse, por ende, desde la formulación de la imputación hasta la sentencia ejecutoriada (SP741-2021, Rad. 54658)».*³

*«Como resultado de lo anterior, cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios - imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso. De la misma manera, no solo ante una discordancia sino también en los casos en los cuales la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente los hechos en los cuales consisten los cargos, estos actos procesales habrán dejado de cumplir su propósito y el debido proceso resulta menoscabado. En este escenario, ha dicho la Sala, procede la invalidez del trámite, como única forma de subsanar la irregularidad (CSJ SP14792-2018, Rad. 52507)».*⁴

² CSJ SP, 8 mar. 2017, rad. 44599.

³ CSJ SP566-2022, rad. 59100.

⁴ Ídem.

Sin embargo, la Sala ha sostenido que mientras la congruencia es *rígida* en su dimensión fáctica, es *flexible* en su dimensión jurídica, por lo que es posible que el juez se aparte de la calificación jurídica formulada por la fiscalía y condene por un delito distinto, siempre y cuando concurren ciertas condiciones. En CSJ SP792-2019, rad. 52066, la Sala indicó sobre este tema lo siguiente:

...como la congruencia no es estricta, sino flexible, es viable que, sin lesionar dicho principio, el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y condene por un reato diverso al allí imputado, siempre que:

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad —en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal—;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes» (CSJ AP5715-2014).

...

El proceso regido por la Ley 906 de 2004, entonces, adopta un sistema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica, en virtud del cual el principio de congruencia se satisface si se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, mientras que la calificación jurídica puede ser modificada

durante el proceso «por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa» (CSJ SP4792-2018).

De acuerdo con este entendimiento, la variación de la calificación jurídica procede incluso cuando la nueva calificación no corresponda al mismo título o capítulo del Código Penal, siempre y cuando la modificación se oriente hacia un delito de igual o menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación.⁵

3. En el caso concreto, la Sala encuentra que el núcleo fáctico se mantuvo inalterado desde la audiencia de formulación de imputación hasta la sentencia condenatoria. El fallo es fácticamente congruente con la comunicación y la formulación de los cargos.

El juez de conocimiento, después de cuestionar a la fiscal por realizar un *extenso y farragoso* recuento del contenido de los elementos materiales probatorios en la audiencia de formulación de imputación, destacó que al imputado se le comunicaron, entre otros, los siguientes hechos⁶, frente a los cuales pudo ejercer adecuadamente su defensa.

- (i) Que permitió que su sobrino **C** penetrara a su menor hijo J.E.V.A., llegando incluso a ejecutar en

⁵ Al respecto, CSJ SP, 22 ago. 2018, rad. 46227; CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589; CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun. 2015, rad. 41685.

⁶ Página 54 de la sentencia de primera instancia, Juzgado 30 Penal del Circuito.

su perjuicio fuerza física, con miras a que aquél lograra su propósito;

- (ii) Que puso a disposición de su menor hijo películas y revistas con contenido pornográfico en diferentes oportunidades y;
- (iii) Que lo maltrató física y psicológicamente a fin de evitar que develara que él intervino activamente en los comportamientos desarrollados por su primo **C**.

Al momento de presentar el escrito de acusación y verbalizarlo en la respectiva audiencia, la fiscal sintetizó la exposición que hizo en la audiencia de imputación, manteniendo su núcleo fáctico. En la sentencia de primera instancia se reseñó de la siguiente manera:

*Se indicó que entre el acusado **AAVM** y **LMEAA**, existió una relación que duró 10 años, producto de la cual nació el menor de iniciales J.E.V.A., terminando el vínculo por violencia intrafamiliar, aunque regularon cuotas de alimentos y visitas ante la Comisaría 7ª de Familia, precisándose que después de la separación el procesado recogía a su descendiente en el colegio o la denunciante se lo llevaba a su residencia.*

Se manifestó que desde aproximadamente el mes de junio del año 2015, el infante comenzó a comportarse diferente, arribando orinado a su domicilio, buscando besar a su progenitora en la boca, siendo encontrado en varias oportunidades tocándose el pene, reaccionando de manera agresiva cuando su progenitora le reclamaba por ese proceder, pues le hacía un gesto con la mano y

le decía “paf te maté”, así mismo se anotó que J.E.V.A., le solicitaba a su progenitora que lo llevara a la casa de su padre, pues aquél le compraría un teléfono celular.

Se registró, también por el ente acusador que estando la denunciante en el inmueble que habitaba el acusado, su hijo J.E.V.A., comenzó a tocarse el pene, quejándose porque sentía dolor en esa parte de su cuerpo, expeliendo olor a orina, momento en el cual les comentó en presencia del acusado que su primo **C** le tocaba su asta viril, reaccionando en forma airada aquel, quien lo calificó como mentiroso.

Se señaló también que **LMEAA** llevó a su descendiente a un lugar en el que estuvieran a solas, conociendo mientras el menor lloraba que su primo **C** le quitaba la ropa, le tocaba el pene y la cola, como también que en días anteriores había llegado cansado por jugar a los gays, pues se daba besos en la boca con otro menor de edad y unas gemelas que vivían en la casa de **AAVM**.

La Fiscalía en el escrito de acusación sostuvo también que **LMEAA** le reclamó a su ex pareja por lo revelado por su descendiente, quien calificó los hechos como “maricadas y mentiras”, iniciándose seguidamente un proceso de restablecimiento de derechos en la fundación Creemos En Ti, en donde J.E.V.A., reveló que **AAVM** estaba presente cuando era abusado por su primo **C**, siendo golpeado cuando no permitía que su agresor sexual lo accediera.

Igualmente, se dijo que el niño comentó que su padre le mostraba revistas y películas pornográficas, en las que veía lo mismo que su primo **C** le hacía, agregándose que a través de entrevistas se supo que **AAVM** amenazaba a su hijo con matarlo y quemarlo.

A continuación, sostuvo la acusación que el menor de edad J.E.V.A., fue valorado el 22 de junio del año 2016, en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en donde se reveló que **C** le tocaba el pene, la cola, así como también le

introdujo una piedra por vía anal, mientras que su progenitor observaba esos actos promoviendo que continuaran, precisando el niño que la cola le quedaba con barro y mojada, así como que cuando se quería defender su ascendiente lo tomaba de las manos, golpeándolo con la chapa de la correa.

Se agregó que en una entrevista realizada en cámara de Gesell el menor afirmó que su padre lo amenazó con matarlo por haber contado los juegos que practicaban, insistiendo en que su consanguíneo le mostraba pornografía y que su actitud en esos momentos era de hilaridad.

De esta relación de hechos aparece claro que la fiscalía innecesaria e indebidamente hizo referencia al contenido de algunos elementos materiales probatorios, pero también que la premisa fáctica de la imputación permaneció inalterada durante toda la actuación, incluyendo la sentencia.

En lo que atañe a la calificación jurídica, en la audiencia de formulación de acusación la fiscalía le atribuyó al procesado los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en calidad de coautor, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado y violencia intrafamiliar, a título de autor, en concurso homogéneo y sucesivo.

En el fallo de primera instancia, confirmado íntegramente por el superior funcional, el juzgador absolvió al acusado por el delito de violencia intrafamiliar y lo condenó como coautor del delito de acceso carnal violento agravado y como autor del delito de acto sexual abusivo con

menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

Se advierte, entonces, que el juzgador modificó la atribución de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en calidad de coautor, por la de acceso carnal violento agravado en la misma condición de coautoría. La variación se justificó en la sentencia de la siguiente manera:

Ahora bien, culminado el periodo probatorio la Fiscalía General de la Nación, en su alegación de clausura, pese a indicar que el contexto fáctico atribuido desde la acusación se acreditó debidamente, incluidos los actos de violencia que presuntamente desplegó el acusado para lograr que su sobrino C accediera carnalmente a su hijo menor de edad, optó por mantener la atribución jurídica expuesta en la audiencia de acusación, esto es, acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo...

En este orden, resulta pertinente analizar en qué eventos se faculta al juez de conocimiento para emanar decisión por un delito diferente al contenido en la acusación.

A ese respecto es de advertir que la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 22 de febrero de 2017, radicación 43041, M.P. Eyder Patiño Cabrera, refirió lo siguiente:

*“(...) de lo anterior se sigue, que hoy es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico, siempre que se mantenga **el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de igual o menor entidad y se respeten los derechos de las partes**”.*

*Con arreglo en el anterior pronunciamiento jurisprudencial, resulta evidente que la congruencia en sus aspectos personal y fáctico es absoluta, mientras que en lo jurídico es relativa y/o flexible, en el entendido que el juez de conocimiento puede absolver, o condenar atenuadamente o incluso, por una conducta distinta a la imputada, esto último con el condicionamiento de que **no agrave la situación del procesado y respete el fundamento fáctico de la imputación.***

Con este norte, explicó la Corte Suprema de Justicia, que era admisible que el juez de conocimiento excepcionalmente, profiriera sentencia por conductas punibles diferentes a las contenidas en la acusación, siempre que se respeten los hechos, el cambio de calificación se produzca respecto de un delito de igual o menor entidad y no se socaven los derechos de las partes, especificándose que se presentaría una incongruencia positiva, en el evento en que se condenara por un punible más grave, al que fue objeto de acusación o más allá de lo establecido en ese acto complejo.

Mientras la fiscalía postuló que los hechos se adecuaban típicamente al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, el juez de conocimiento consideró que, acorde al marco fáctico atribuido desde la imputación, se ajustaban al delito de acceso carnal violento agravado.

El Juez 30 Penal del Circuito revisó el cumplimiento de los parámetros jurisprudenciales de la siguiente manera:

- (i) El delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, contempla una pena de prisión que oscila entre*

dieciséis (16) y treinta (30) años de prisión, mismo ámbito de movilidad que está previsto para el delito de acceso carnal violento agravado, situación procesal que define que se trata de un cambio por una conducta de la misma entidad e inclusive de igual género, decisión del juzgado que evidentemente no agrava en manera alguna los derechos del enjuiciado.

(ii) *Como se registró en el acápite antecedente, el juzgado seguirá de manera irrestricta la imputación fáctica atribuida en las audiencias de formulación de imputación y acusación, lo cual permite cumplir con el segundo presupuesto que se circunscribe a respetar el núcleo fáctico exteriorizado, pues en ese instante procesal el ente acusador señaló que **AAVM**, presuntamente tomaba de las manos a su hijo J.E.V.A., mientras que **C** le introducía lo que se dijo era una piedra por vía anal, golpeándolo con la chapa de la correa cuando el abusado intentaba resistirse a los vejámenes a los que se dice fue sometido, actos de dominación que involucraron, claramente acciones de violencia física que precedieron el acceso carnal.*

(iii) *La defensa contó con la posibilidad de controvertir la hipótesis delictiva que se le dio a conocer durante el juicio oral, pues conoció el hecho que fundamenta el delito de acceso carnal violento, incluso desde la audiencia de formulación de imputación.*

El juzgador, entonces, acogió el criterio de la congruencia flexible para calificar la situación fáctica con el delito de acceso carnal violento agravado, en lugar del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado que fuera objeto de acusación, apartándose en este punto de la postulación del fiscal.

La Sala encuentra que esta variación no se realizó con observancia de las reglas jurisprudenciales que rigen la materia, toda vez que, aunque se mantuvo el núcleo fáctico de la imputación y no se advierte indefensión, se modificó la calificación jurídica por un delito que no puede ser considerado de menor o igual entidad, aunque tengan señalada la misma pena.

El delito de acceso carnal violento constituye una de las formas típicas de *violación*, ubicado en el capítulo primero del título IV del C.P., mientras que el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años constituye una de las formas típicas de *actos sexuales abusivos*, ubicado en el capítulo segundo del mismo título del C.P.

Aunque se trata, en ambos casos, de agresiones sexuales, su significado y formas de realización son diferentes. Al respecto, en CSJ SP2650, 5 mar. 2014, rad. 41778, la Sala precisó:

La diferencia fundamental entre los delitos sexuales violentos, como los consagrados en los artículos 205 (acceso carnal violento) y 206 (acto sexual violento) del Código Penal, y los abusivos, esto es, los artículos 208 (acceso carnal abusivo con menor de catorce -14- años) y 209 (actos sexuales con menor de catorce -14- años) del referido estatuto sustantivo, radica en que los primeros se realizan gracias al elemento típico de la violencia, mientras que en los segundos concurre el consentimiento del sujeto pasivo de la conducta. Así lo explicó la Sala en el fallo CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33022:

Al contrario de lo que sucede en los delitos sexuales que contienen el ingrediente valorativo de la violencia, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la consagración de esta norma [se refiere al

artículo 208 de la Ley 599 de 2000] no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento.

Lo anterior implica que la prohibición normativa debe circunscribirse al ejercicio de relaciones sexuales consentidas con menores, por lo que si el hecho se perpetra sometiendo la voluntad de quien no ha cumplido catorce (14) años, se configuraría un delito de acceso carnal o acto sexual violento, según sea el caso [...]

De ahí que la Sala haya señalado, a partir de la entrada en rigor del anterior ordenamiento sustantivo, que obra una presunción por parte del legislador en los delitos abusivos con menores, que de manera alguna está relacionada con el elemento normativo de la violencia, sino con la naturaleza del consentimiento proveniente del sujeto pasivo de la conducta [cf. CSJ SP, 26 sept. 2000, rad. 13466].

En otras palabras, en el artículo 208 del actual estatuto (al igual que en el artículo 209 ibídem), el legislador cuenta con la aquiescencia de la víctima (o, en todo caso, con que su voluntad no sea doblegada ni subyugada por vías de hecho), pero a la vez presupone que de ninguna manera podría incidir a favor del procesado. Es decir, dada la naturaleza del bien jurídico, no es predicable el criterio según el cual actuar sobre la base del consentimiento del sujeto pasivo de la conducta excluye la realización del tipo. Por el contrario, se estima como ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan solo concurre la calidad especial exigida por la norma, que es la atinente a la edad.

En lo concerniente a la violencia como elemento típico de los delitos sexuales, la Corte ha señalado que, en aras de establecer su configuración, la acción del sujeto activo no sólo debe ser analizada de una manera ex ante, sino que desde ese punto de vista tiene que concluirse idónea para subyugar la voluntad de la víctima. Esto se sostuvo en la sentencia CSJ SP, 23 sept. 2009, rad. 23508:

[E]l factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento [y, en todas las demás conductas en las que concurra dicho ingrediente, añade ahora la Sala] debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.

(...)

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización.

En este orden de ideas, si al momento de valorar ex ante la acción emprendida por un sujeto a quien se le atribuye un delito sexual no es posible predicar algún acto que implique agresión física, fuerza bruta, intimidación, constreñimiento u otra vía de hecho dirigida a doblegar la voluntad de la víctima, no podrá atribuírsele la conducta punible de acceso carnal violento ni cualquier otro comportamiento típico o modalidad delictiva en la cual se incluya el elemento de la violencia.

Esta diferencia ontológica y normativa entre las conductas constitutivas de *violación* y las conductas constitutivas de *actos sexuales abusivos*, históricamente

también se vio representada en el ámbito de la proporcionalidad de las penas, considerándose, sin lugar a dudas, de mayor gravedad y significación a las primeras.

En el Decreto 100 de 1980, el acceso carnal violento era sancionado con pena de 2 a 8 años de prisión, mientras que el acceso carnal abusivo con menor de 14 años era reprimido con pena de 1 a 6 años de prisión.

Con la promulgación de la Ley 360 de 1997, el acceso carnal violento pasó a ser sancionado con pena de 8 a 20 años de prisión, mientras que el acceso carnal abusivo con menor de 14 años pasó a ser reprimido con pena de 4 a 10 años de prisión.

En la Ley 599 de 2000, el acceso carnal violento quedó sancionado con una pena de 8 a 15 años de prisión, mientras que el acceso carnal abusivo con menor de catorce años quedó reprimido con una pena de 4 a 8 años de prisión.

Con la promulgación de la Ley 1236 de 2008, aplicada en el caso concreto, el legislador resolvió equiparar el marco punitivo para todas las conductas punibles constitutivas de acceso carnal (violento, en persona puesta en incapacidad de resistir, abusivo con menor de catorce años y con incapaz de resistir).

Entonces, a partir de dicha legislación, el acceso carnal violento se sanciona con pena de 12 a 20 años de prisión, y

el acceso carnal abusivo con menor de catorce años se reprime con la misma pena.

No obstante, se debe tener en consideración que cuando la conducta se realiza sobre una persona menor de 14 años, la pena prevista para el acceso carnal violento se incrementa de una tercera parte a la mitad, aumento punitivo que no resulta aplicable al acceso carnal abusivo con menor de catorce años, por cuanto *«en su misma descripción típica indican que la lesividad del comportamiento punible estriba en que se perpetran en personas menores de catorce años. Si esto es así, ninguno de los comportamientos requiere ser agravado cuando recaiga en persona menor de catorce años, pues la agravación ya fue tomada en cuenta en la descripción típica»*.⁷

Las consideraciones de la Corte Constitucional en C-521/09, también indican que, aunque los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en su forma básica, actualmente se sancionen con la misma pena de prisión, su significado y lesividad son diferentes.

Por lo anterior, al variarse la calificación jurídica del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208 C.P.), al delito de acceso carnal violento (art. 205 C.P.), la Sala advierte la vulneración del principio de

⁷ Sentencia C-521 de 2009.

congruencia, en cuanto no puede considerarse una variación favorable, o por un delito de menor o igual entidad.

En la evaluación de la menor o igual entidad de una conducta punible, que habilita al juzgador para apartarse de la acusación en los términos señalados por la jurisprudencia de la Sala, no se debe tomar como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador.

La Sala, entonces, casará oficiosamente la sentencia y la ajustará a los términos de la acusación, aunque, conforme a lo explicado, no haya lugar a redosificación punitiva, por tratarse de delitos sancionados con la misma pena.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO. – CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de mayo de 2019, en contra de **AAVM**.

SEGUNDO. - Declarar a **AAVM** coautor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en lugar de coautor responsable del delito de acceso carnal violento agravado.

TERCERO. – Precisar que la sentencia de segunda instancia permanece incólume en todos los demás aspectos que no son objeto de modificación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

HUGO QUINTERO BERNATE
Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO
IMPEDIDO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal @ 2023