



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**  
**Magistrada ponente**

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

**SP-11144-2016**

**Radicación n° 46537**

(Aprobado Acta n°243)

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

**VISTOS**

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensora de ARMOR en contra del fallo proferido el 12 de mayo de 2015 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto, que confirmó la sentencia condenatoria

emitida el 16 de diciembre de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales en contra de este procesado, en los términos que serán indicados más adelante.

### **HECHOS**

En los fallos de primer y segundo grado se declaró probado que el primero de septiembre de 2011, en horas de la tarde, ARMR salió de su casa a recoger hierba en compañía de la menor MFPE, de 11 años de edad, hija de su compañera permanente, y cuando estaban a solas intentó accederla carnalmente, propósito que se vio truncado por la oportuna intervención de la madre de la niña.

MR alcanzó a acariciar con ánimo libidinoso las piernas y las nalgas de MFPE, a quien despojó de su ropa interior, la tomó de la cintura e intentó que se acostara sobre él (estaba tendido en el pasto).

Los hechos ocurrieron en inmediaciones del inmueble donde el procesado convivía con la menor y con la madre de ésta, ubicado en el municipio de Iles, Nariño.

### **ACTUACIÓN RELEVANTE**

El 2 de septiembre de 2011 la Fiscalía formuló imputación en contra de ARMR, por el delito de actos

sexuales con menor de 14 años, agravado, consagrado en los artículos 209 y 211, numeral 2, del Código Penal.

El ocho de octubre del mismo año la Fiscalía formuló acusación en contra del procesado, bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, las partes presentaron los alegatos de conclusión. La Fiscalía consideró que los hechos probados no encajan en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, consagrado en los artículos 209 y 211, numeral 2°, del Código Penal, sino en el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en grado de tentativa, previsto en los artículos 208 y 27 ídem.

El primero de febrero de 2013 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales emitió el sentido del fallo, de carácter condenatorio. Resaltó que aunque la Fiscalía formuló la acusación por el delito previsto en los artículos 208 y 211, numeral 2°, de la Ley 599 de 2000, finalmente se comprobó que ARMUR incurrió en la conducta descrita en el artículo 208 ídem, en el grado de tentativa. En el sentido del fallo no se incluyó la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2° del artículo 211 atrás referido.

Para el 16 de diciembre de 2014, fecha en la que se dictó la respectiva sentencia, el juez que emitió el sentido del fallo había sido reemplazado. El nuevo funcionario

impuso la condena bajo las mismas premisas fáctica y jurídica anunciadas por su antecesor, con la diferencia de que incluyó la circunstancia de agravación atrás citada.

El fallo de primer grado fue apelado por la defensora del procesado. Alegó, entre otras cosas, la vulneración del debido proceso, porque en la condena se incluyó la circunstancia de agravación prevista en el ya citado artículo 211 del Código Penal, a pesar de que la Fiscalía no se refirió a ella en los alegatos de conclusión y el Juez que emitió el sentido del fallo no la incluyó en su decisión.

La sentencia de primera instancia fue confirmada por el Tribunal Superior de Pasto, mediante proveído del 12 de mayo de 2015. Allí se analizaron los temas propuestos por la apelante, salvo lo concerniente al cambio de calificación jurídica realizado por el funcionario que emitió la sentencia, respecto de lo resuelto por quien emitió el sentido del fallo.

La defensa del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación. La demanda fue admitida el 21 de abril del presente año. La audiencia de sustentación se realizó el pasado 14 de julio.

### **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Bajo la égida de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, la defensora de MR considera que los falladores de primer y

segundo grado violaron el debido proceso, por la trasgresión del principio de congruencia, como quiera que incluyeron en la condena una circunstancia de agravación que no fue tomada en cuenta por la Fiscalía en los alegatos de conclusión (donde propuso el cambio de la calificación jurídica), ni por el Juez que tuvo a cargo la emisión del sentido del fallo.

Al efecto, trae a colación el anterior precedente de esta Corporación sobre el sentido y alcance de los artículos 443 y 448 de la Ley 906 de 2004, y con fundamento en el mismo concluye que no era posible emitir condena por un delito diferente al referido por la Fiscalía General de la Nación en el alegato final.

De otro lado, resalta la fuerza vinculante del sentido del fallo y anota que el error del funcionario que tuvo a cargo la emisión de la sentencia, consistente en incluir en la condena una circunstancia de agravación no relacionada por la Fiscalía ni tomada en cuenta por el Juez que precisó el sentido de la decisión, se generó por su tardía participación en el proceso, como quiera que únicamente le correspondió dicha actuación (emitir la sentencia).

Basada en lo anterior, solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, y ordenar que *“la misma se vuelva a proferir guardando la congruencia con el alegato conclusivo de la Fiscalía y el sentido del fallo”*.

## **SUSTENTACIÓN**

La defensa de MR reiteró los planteamientos de la demanda.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación, luego de referirse al desarrollo jurisprudencial del principio de congruencia, concluyó que el fallo impugnado debe ser casado parcialmente, en el sentido de sustraer de la condena la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 2º, del Código Penal, toda vez que la misma era improcedente porque no fue incluida por el Fiscal en su alegato de conclusión (donde varió la calificación jurídica en los términos atrás indicados), ni fue considerada por el Juez que tuvo a cargo el sentido del fallo.

La delegada del Ministerio Público informó que no podía asistir a la audiencia porque debía participar en otras actuaciones judiciales.

## **CONSIDERACIONES**

La adecuada resolución de este caso obliga a hacer las siguientes precisiones:

La defensa, en este aspecto coadyuvada por la Fiscalía, plantea la trasgresión del principio de congruencia, bajo el argumento de que la condena se emitió

por una circunstancia de agravación que no fue incluida por la Fiscalía en el alegato de conclusión, y por la falta de consonancia entre el sentido del fallo y la sentencia.

Fiscalía y defensa coinciden en que los derechos de MR no se vulneraron por el cambio en la calificación jurídica propuesto por la Fiscalía y acogido por el Juez que emitió el sentido del fallo. El delegado del ente acusador subrayó que esta modificación favoreció al acusado (el delito por el que finalmente se optó tiene asignada una pena menor), se trata de delitos de la misma especie y con el cambio no se afectaron los derechos de las partes o intervinientes, por lo que la actuación judicial se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre esa temática.

Así, en este caso debe resolverse: (i) si el juez que emitió la sentencia, al incluir una circunstancia de agravación que hizo parte de la acusación pero fue desechada implícitamente en el alegato de conclusión de la Fiscalía, violó el principio de congruencia; y (ii) si es violatorio del debido proceso incluir en la sentencia una circunstancia de agravación que no fue considerada en el sentido del fallo.

La inclusión en la sentencia de una circunstancia de agravación considerada en la acusación pero suprimida por

el fiscal en el alegato de conclusión<sup>1</sup> no es violatorio del principio de congruencia.

En la decisión CSJ SP 6808, 25 May. 2016, Rad. 43837, esta Corporación varió la jurisprudencia sobre el alcance del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que el análisis de congruencia debe hacerse entre la acusación (entendida como el acto complejo compuesto por el escrito de acusación y la audiencia reglada en los artículos 338 y siguientes ídem) y el fallo.

El alegato de conclusión del fiscal, regulado en los artículos 443 y 448 del mismo estatuto, no determina el estudio de congruencia. En el fallo en mención se concluyó que tiene la misma fuerza vinculante de las alegaciones de la defensa, el Ministerio Público y los otros intervinientes.

A la luz de este precedente jurisprudencial, el hecho de que el Juez haya incluido en la sentencia una circunstancia de agravación que hizo parte de la acusación, pero que fue excluida tácitamente por el fiscal en cuanto no la incluyó en su alegato de conclusión, no viola el principio de congruencia. En este sentido, el cargo será desestimado.

Una vez superado el debate en el ámbito de la congruencia, queda por establecer si se violó el debido proceso al incluir en la sentencia una circunstancia de

---

<sup>1</sup> Esa supresión fue implícita, porque el fiscal no manifestó su intención de excluir la circunstancia de agravación, simplemente no se refirió a ella.

agravación que no fue tomada en cuenta para cuando se emitió el sentido del fallo.

De forma reiterada esta Corporación ha precisado que la consonancia que debe existir entre el sentido del fallo y la sentencia es un elemento estructural del debido proceso. En la decisión CSJ SP, 23 Sep. 2015, Rad. 40694 se hizo un amplio recorrido por la respectiva línea jurisprudencial y se reiteraron las razones que sustentan esta regla, entre ellas:

*[e]l fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances.<sup>2</sup>*

*Determinación aquella (el sentido del fallo), que además de garantizar el pronto conocimiento de la decisión adoptada, resulta consecuente con los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad, que rigen el proceso penal, razones que justifican, desde el punto de vista de la legitimidad de la decisión judicial, su aspiración de corrección en la determinación del juez de conocimiento, por lo que resulta inconveniente en términos de coherencia y seguridad jurídica la posibilidad que ante la variación de su criterio pudiera modificar el anunciado sentido del fallo.*

*De esta manera se comprende que no resulta refractario con el valor justicia, la reivindicación del debido proceso constitucional como garantía inalienable, la misma que resultaría sacrificada si se admitiera la modificación del sentido del fallo, pues*

---

<sup>2</sup> CSJ SP, 17 sep. de 2007, Rad. 27336; CSJ SP, 3 de may. 2007, Rad. 26222.

*significaría ello el desconocimiento de la secuencia lógica y coherente de los actos procesales que determinan la existencia del proceso como instrumento legítimo precisamente para la consecución de la justicia material, cometido que igual queda salvaguardado con la existencia de los medios idóneos para impugnar la decisión recogida en la sentencia.*

*De otro lado, los equívocos en que pudo incurrir el juez al hacer el anuncio, son susceptibles de ser corregidos con la interposición de los recursos legales por la parte a la que le asista interés jurídico, haciendo posible la reparación de la “injusticia material” vislumbrada al redactar la sentencia, pero no por vía de anulación que equivaldría a la revocatoria de la sentencia por el mismo juez que la dictó.*

*La obligación de mantener inmodificable el sentido del fallo no atenta contra la verdad y la justicia, por el contrario respeta los pilares sobre los que se sustenta el debido proceso acusatorio y vivifica el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe de quienes intervienen en la actuación, los cuales no pueden ser sorprendidos ni afectados con nuevas decisiones que desconocen el surgimiento de derechos con el sentido del fallo anunciado, como el de la libertad y el levantamiento de las medidas cautelares impuestas.*

*En este sentido, la Sala tiene dicho que “claramente delimitadas la naturaleza y efectos concretos de esas dos figuras, sentido del fallo y sentencia, debe hacerse énfasis en que de la primera nacen expectativas, o, si se quiere, derechos, que no pueden ser desconocidos”<sup>3</sup>.*

En el presente caso no admite discusión que el juez que emitió el sentido del fallo no incluyó la circunstancia de

---

<sup>3</sup> Casación, enero 20 de 2010; radicación 32196.

agravación prevista en el artículo 11, numeral 2º, del Código Penal. Ello se hizo evidente no sólo porque de manera reiterada expresó que acogería el cambio de calificación jurídica propuesto por la Fiscalía en el alegato de conclusión (que dejó por fuera la circunstancia de agravación en cita), sino además porque expresamente dejó sentado que la “*calificación jurídica correcta*” es la de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en grado de tentativa, sin que hubiera mencionado siquiera dicha circunstancia de agravación ni haya hecho alusión a la norma que la consagra.

También es claro que el funcionario que tuvo a cargo la emisión de la sentencia estuvo de acuerdo con el sentido del fallo emitido por su antecesor, según se precisará más adelante.

Así, la inclusión en la condena de la circunstancia de agravación tantas veces citada no obedeció a que el Juez que sucedió a quien emitió el sentido de fallo no estuvo de acuerdo con esta determinación y decidió modificarla en ese sentido. Es evidente que se trató de un error, consistente en dar por sentado que en el sentido del fallo se incluyó la circunstancia de agravación, sin ser ello cierto.

Es igualmente ostensible que ese error se generó porque el funcionario que profirió la sentencia, equivocadamente consideró que el fiscal, en su alegato de conclusión, propuso la calificación jurídica de acceso carnal

abusivo con menor de catorce años **agravado**, en grado de tentativa, y como quiera que el funcionario que emitió el sentido del fallo acogió dicha modificación –según resaltó–, asumió que la calificación jurídica incluida en la sentencia es igual a la anunciada por quien tuvo a cargo la dirección del juicio oral. Ello se ve reflejado en la motivación del fallo de primera instancia, en cuanto se planteó que

*La Fiscalía de manera expresa, inequívoca y motivada solicitó condena, no por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, sino por el de acceso carnal abusivo **agravado**<sup>4</sup> del artículo 208; la nueva imputación gira sobre un delito del mismo género, es decir, un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales; el cambio de calificación termina siendo más favorable al acusado; si bien se cambia de acto a acceso y ciertamente el acceso carnal tiene más entidad –eso es inocultable–, se pide la condena como delito imperfecto por el dispositivo amplificador de la tentativa...*

(...)

*Así las cosas, revisado el audio del juicio y atendidas las manifestaciones plasmadas por mi antecesor en el sentido del fallo, debo señalar que comparto la perspectiva ahí planteada y reafirmo que hay lugar a imponer condena por el delito últimamente solicitado por la Fiscalía de conformidad con los argumentos que verteré más adelante.*

Lo anterior bajo el entendido de que el yerro trascendente consistió en asumir que en el sentido del fallo se hizo alusión a la circunstancia de agravación incluida en

---

<sup>4</sup> Negrillas fuera del texto original.

la condena. El que el fiscal la haya considerado o no en su alegato de conclusión no es relevante de cara al análisis de congruencia, según lo precisado en la primera parte de este apartado, porque la misma hizo parte de la acusación.

La trascendencia del yerro no admite discusión, toda vez que la inclusión irregular de la circunstancia de agravación en la sentencia se tradujo en una pena superior a la que debió imponerse según la calificación jurídica por la que optó el Juez que tuvo a cargo el sentido del fallo.

La violación al debido proceso alegada al unísono por la Fiscalía y la defensa, en principio, daría lugar a la anulación del trámite, en los términos solicitados por la impugnante.

Sin embargo, en atención al carácter residual de la nulidad como remedio procesal, y habida cuenta de que existe una forma más expedita de reparar el daño causado con el error en que incurrieron el Juzgado (al incluir en la sentencia una circunstancia de agravación no prevista en el sentido del fallo) y el Tribunal (al omitir el control que le correspondía al resolver el recurso de apelación), la Sala optará por casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de dejar sin efecto la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 2º, del Código Penal, y realizar el respectivo ajuste en la tasación de la pena, tal y como lo propuso el Fiscal Delegado ante esta Corporación

durante la audiencia de sustentación. En los demás, aspectos, la decisión impugnada se mantendrá incólume.

Esta solución es procedente porque es la menos traumática desde la perspectiva procesal, y además: (i) no afecta lo resuelto por los juzgadores de primer y segundo grado sobre la responsabilidad penal del procesado, salvo en lo concerniente a la ya referida circunstancia de agravación; (ii) resuelve favorablemente la pretensión de la demandante, orientada a que la pena se ajuste a la calificación jurídica incluida en el sentido del fallo; (iii) se ajusta a lo solicitado por la Fiscalía General de la Nación; (iv) la Sala respetará los criterios tenidos en cuenta por el Juez para tasar la pena, que no han sido objeto de reparo; y (v) esta solución no afecta lo resuelto en el fallo impugnado frente a los subrogados penales, por las razones que se indicarán más adelante.

El Juez de primera instancia tuvo en cuenta los siguientes criterios para tasar la pena: (i) sólo concurren circunstancias de menor punibilidad (la carencia de antecedentes penales), por lo que la pena debe tasarse dentro del primer cuarto de movilidad; (ii) fijó los extremos punitivos de ese cuarto en 96 meses, el mínimo, y 139,5 meses, el máximo; (iii) partió del mínimo de la pena (96 meses) y lo incrementó en 12 meses, que equivale al 27.58% del ámbito de movilidad (43.5 meses), en atención al daño causado a la víctima y porque el delito estuvo muy

cerca de consumarse; y (iv) a la luz de estos criterios fijó la pena en 108 meses.

La pena consagrada para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años es de 12 a 20 años. Acorde a lo dispuesto en el artículo 27 del Código Penal, que regula el dispositivo amplificador de la tentativa, la pena no podrá ser menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo. Así, el extremo mínimo es de 6 años y el máximo de 15 años. Los cuartos son los siguientes:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	cuarto
72 a 99 meses	99 meses y un día a 126	126 meses y un día a 153 meses	153 meses y un día a 180 meses

El ámbito de movilidad en cada uno de los cuartos es de 27 meses. Si se toma de esa suma el mismo porcentaje utilizado por el funcionario de primera instancia (27.58%), el extremo mínimo (72 meses) debe incrementarse en 7,44 meses, esto es, 7 meses y 13 días, para un total de 79 meses y 13 días.

En el mismo término se fijará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

No existen razones para modificar lo resuelto por el fallador de primer grado sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Allí se resaltó que estos beneficios son improcedentes por prohibición expresa del artículo 199 de Ley de Infancia y Adolescencia (1098 de 2006).

Basta agregar que los artículos 38 B y 68 A de la Ley 599 de 2000 consagran exactamente la misma prohibición cuando, como en este caso, se trata de delitos atentatorios contra la libertad, integridad y formación sexuales.

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 parcialmente el fallo impugnado, conforme el único cargo propuesto por la demandante, en el sentido de dejar sin efectos la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211, numeral 2°, de la Ley 599 de 2000, y, en consecuencia, fijar las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a ARMR, en setenta y nueve (79) meses y trece (13) días. En los demás aspectos, la decisión se mantiene incólume.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

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

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**Nubia Yolanda Nova García**  
**Secretaria**