



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

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**  
**Magistrado Ponente**

**SP20017-2017**

**Radicación No. 49223**

(Aprobado acta No. 404)

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada a nombre del procesado **ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ**, contra la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida el diecinueve de abril de dos mil dieciséis por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

**1.- ANTECEDENTES**

1.1.- Los hechos fueron declarados por el Tribunal de la manera siguiente:

*Entre los años 2003 y 2004, la entonces menor de iniciales V.A.S.G.<sup>1</sup>, nacida el 23 de septiembre de 2004, quien convivía con su madre MARTHA ISABEL SUÁREZ GRASS, con sus cuatro hermanos menores y su padrastro ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ en la Vereda Honduras Bajo Finca “El Encanto” del Municipio de San Juan de Río Seco, fue sometida por el último de los nombrados, es decir por el señor ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ, a vejámenes de índole sexual que incluyeron acceso carnal”.*

1.3.- Agotada la fase correspondiente a la instrucción y previa clausura de ésta<sup>2</sup>, el **13 de marzo de 2014** la Fiscalía Primera Seccional Delegada de la Unidad de Descongestión con sede en Bogotá, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ, por los delitos de acceso carnal abusivo agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso con los de actos sexuales con menor de catorce años, también en concurso homogéneo y sucesivo, definidos por los originales artículos 208, 209 y 211.2 de la Ley 599 de 2000<sup>3</sup>, mediante determinación que el 5 de agosto de 2014<sup>4</sup> modificó en el sentido de declarar extinguida la acción penal por el concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, por haber **prescrito la**

---

<sup>1</sup> Se omite el nombre completo de la menor en protección de sus derechos fundamentales conforme a los artículos 15 y 44 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 47 numeral 8 y 193 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006.

<sup>2</sup> Fls. 164 cno. original No. 1

<sup>3</sup> Fls. 213 y ss. Cno. original No. 1

<sup>4</sup> Fls. 181 y ss. Cno. original No. 1

**acción penal**, al resolver el recurso de reposición interpuesto como principal por la defensa, y conceder el subsidiario de apelación.

Días más tarde, el **13 de abril de 2015**, la Fiscal 6<sup>a</sup> Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, **confirmó la resolución de acusación** proferida en contra del señor BERMÚDEZ BERMÚDEZ exclusivamente «**por un delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS –agravado–**» (se destaca), al conocer en segunda instancia de la alzada interpuesta<sup>5</sup>.

1.4.- La etapa de juicio correspondió conocerla al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá<sup>6</sup>, en donde se llevaron a cabo las audiencias preparatoria<sup>7</sup> y pública<sup>8</sup>.

Posteriormente, el 19 de abril de 2016 se puso fin a la instancia condenando al procesado **ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ** a la pena principal de noventa y dos (92) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al tiempo que no le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni el sustituto de la prisión domiciliaria, entre otras decisiones, como consecuencia de encontrarlo autor penalmente responsable «**del delito de acceso carnal abusivo agravado cometido en concurso homogéneo y sucesivo**»<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Fls. 2 y ss. cno. de fiscalía de segunda instancia.

<sup>6</sup> Fls. 228 y ss. cno. original 1

<sup>7</sup> Fls. 265 y ss. cno. original 1

<sup>8</sup> Fls. 280 y ss. cno. original 1

<sup>9</sup> Fls. 282 y ss. cno. original 1

1.4.- Recurrida esta decisión por la defensa<sup>10</sup>, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca por medio del fallo proferido el 25 de julio de 2016, decidió impartirle íntegra confirmación, al conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta<sup>11</sup>.

1.5.- Contra el fallo del Tribunal, la defensa del procesado **BERMÚDEZ BERMÚDEZ**, interpuso oportunamente recurso extraordinario de casación, presentándose la respectiva demanda<sup>12</sup>, sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

## 2.- LA DEMANDA

En el correspondiente libelo, el defensor después de identificar los sujetos procesales y la providencia materia de impugnación, así como resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, dos cargos formula contra el fallo del Tribunal.

En el **primer cargo**, postulado al amparo de la causal tercera de casación, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, denuncia *«el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia»*, toda vez que, en su criterio *«el Tribunal no apreció correctamente la prueba pericial esto es el examen sexológico hecho a la menor en el cual indicó no haber evidencia de desfloración indicando que la menor presentaba himen “festoneado íntegro dilatado” y que no presentaba desgarramiento del himen esto con la posterior retractación de la*

---

<sup>10</sup> Fls. 306 vto. Y ss. cno. original 1

<sup>11</sup> Fls. 6 y ss. cno. Trib.

<sup>12</sup> Fls. 30 y ss. cno. Trib.

*menor y que está esta de consuno con la prueba científica es claro que el TRIBUNAL fundó la sentencia de segunda instancia incurriendo en un falso raciocinio y fundando su condena en el exclusivo testimonio de la menor que como se ve posteriormente se retractó», limitando a lo expuesto su disertación sobre el reparo que dice formular.*

La **segunda censura**, postulada como principal al amparo de la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se hace consistir por el demandante en que la sentencia fue proferida con desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, toda vez que, como según dice haberlo indicado en los alegatos finales, por la demora de la fiscalía el procesado se desentendió del proceso y su abogado renunció al poder, se dio lugar a la transgresión del debido proceso pues la investigación se cerró 9 años después de la denuncia y 12 años después se llevó a cabo la audiencia preparatoria y la audiencia pública, presentándose la prescripción de la acción penal.

Conforme a lo expuesto, solicita casar la sentencia recurrida y proferir la de reemplazo en que se absuelva al procesado de los cargos que le fueron formulados.

### **SE CONSIDERA:**

1.- Ab initio advierte la Corte que el libelo sustentatorio de la impugnación extraordinaria instaurada a nombre del

procesado ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ, evidencia manifiestos desaciertos de orden lógico y de fundamentación que le impiden superar el juicio de admisibilidad que por ley le corresponde realizar a la Sala, y frustran las aspiraciones desquiciatorias contra el fallo de segunda instancia.

2.- De manera insistente la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el recurso extraordinario de casación no constituye una instancia más a las ordinarias del trámite, en la que puedan ser presentados de manera libre e informal argumentos de disentimiento contra los fallos de segunda instancia, ni constituye una prolongación del juicio donde a las partes les sea posible continuar el debate fáctico y jurídico propio del trámite regular del proceso.

2.1.- Repetidamente ha precisado que la postulación del instrumento extraordinario de impugnación debe obedecer a la denuncia y demostración de haber sido transgredida la ley con el fallo, y que el escrito a través del cual se ejerce, para que pueda llegar a ser admitido a su estudio de fondo, necesariamente debe cumplir, no solamente los rigurosos requisitos de forma y contenido establecidos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000 (***idoneidad formal***), sino que adicionalmente a ello, la demanda debe ser objetivamente fundada, es decir, estar llamada a lograr la infirmación total o parcial de la sentencia, o a propiciar un pronunciamiento unificador del Máximo Tribunal de la

Jurisdicción Ordinaria alrededor de un determinado tema jurídico (**idoneidad sustancial**).

2.2.- Por esta razón, entre los presupuestos de admisibilidad, la legislación procesal penal ha previsto para el demandante la obligación de presentar precisa y claramente los fundamentos fácticos y jurídicos del motivo de casación que aduce, para lo cual debe tomarse en cuenta que cada causal posee naturaleza autónoma, por lo mismo se halla sometida a parámetros demostrativos propios y distintos de las demás, y que su configuración trae aparejada consecuencias de diversa índole para el proceso.

2.3.- Esta claridad y precisión no se observa en la demanda presentada a nombre del procesado ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ, quien ni siquiera acierta en indicar el estatuto procesal que rige el asunto, pues no logra percatarse que acorde con el lugar y la fecha de ocurrencia de los hechos, de conformidad con lo previsto por el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 el trámite se llevó a cabo por los lineamientos de la Ley 600 de 2000 y no de la Ley 906 de 2004 que erradamente invoca.

2.3.1.- Cabe mencionar asimismo, que si bien en el primer cargo sostiene que la sentencia fue proferida con desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, y sugiere la incursión por el juzgador de un error de hecho por falso raciocinio en la apreciación de la prueba pericial y del testimonio rendido por la menor víctima, con lo cual podría entenderse que su pretensión es denunciar la

violación indirecta de la ley sustancial con apoyo en lo dispuesto en el artículo 207.1 de la Ley 600 de 2000, es lo cierto que una tal propuesta de impugnación quedaría en el solo enunciado, en tanto no tendría ningún desarrollo ni demostración.

Deja de considerar que cuando en sede extraordinaria se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por incurrir el juzgador en error de hecho por falso raciocinio en la apreciación de la prueba, esto es, por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, en aras de una certera acreditación se debe indicar por parte del libelista qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador, cuál mérito persuasivo le fue otorgado, señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo. Finalmente, tiene por carga demostrar la trascendencia del error indicando cuál debería ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, pues de otro modo no podría mostrar la verdadera dimensión del desacierto que trata de poner de presente.

Además, pertinente resulta insistir en ello, de acogerse a la vía indirecta, la misma naturaleza que como recurso extraordinario la casación ostenta, impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando

tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Esta tarea comprende la obligación de realizar un nuevo análisis del acervo probatorio en que se corrija el error, sea valorando las pruebas omitidas, cercenadas o tergiversadas, o apreciando acorde con las reglas de la sana crítica aquellas en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y, de ser ese el caso, excluyendo las que fueron supuestas por el juzgador y las ilegalmente allegadas al juicio o que fueron valoradas en la sentencia pese a que debieron ser excluidas.

Asimismo la jurisprudencia de la Corte ha insistido en indicar que dicha actividad no debe ser realizada de manera individual, sino en confrontación con lo acreditado por las pruebas acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, y en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues es la demostración de la transgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal primera en el ejercicio de la casación CSJ AP, 6 Ag 2002, Rad. 19330.

2.3.2.- De estos presupuestos de admisibilidad prácticamente ninguno cumple el defensor de ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ quien se limita a sugerir que el

sentenciador incurrió en falso raciocinio en la apreciación del dictamen pericial y el testimonio de la joven víctima, pero no le indica a la Corte qué específicamente dice cada uno de los medios que menciona, cómo los ponderó el juzgador, en qué consistió el desacierto, cuál su trascendencia, ni cómo habría de verse corregido, nada de lo cual puede suponer la Sala por el riesgo de transgredir la verdadera voluntad del libelista.

2.3.3.- Pero los reparos que formula la Corte a la demanda presentada no paran en los que viene de reseñar la Sala, pues aun cuando en el segundo cargo sostiene que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, es lo cierto que no solamente deja de acreditar éstas, sino que tampoco demuestra el eventual menoscabo a la garantía fundamental que afirma conculcada, con lo cual el reparo queda en el sólo enunciado, en cuanto no le da desarrollo ni demostración con la objetividad que el recurso extraordinario reclama.

Omite considerar el recurrente, que en relación con la causal tercera o de nulidad, la Corte tiene precisado que los motivos de ineficacia de los actos procesales no son de postulación libre, sino que, por el contrario, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar

las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad prevista por la ley, pero lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas puntualmente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**).

De manera que en sede de casación no basta solamente con invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que además compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado.

Si lo que se persigue con la casación es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para invalidar la actuación o parte de ella, resulta indispensable que en la demanda se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación del ataque y respetarse los principios de autonomía y de no contradicción de los cargos en sede extraordinaria.

También olvida el recurrente, que en relación con la solicitud de nulidad derivada de la violación del debido proceso, la Corte tiene precisado que una tal pretensión debe necesariamente apoyarse en la identificación concreta del acto irregular, señalando si el vicio que concurre es de estructura o de garantía; la concreción sobre la forma como el acto tildado de irregular afectó la integridad de la actuación o conculcó garantías procesales; la demostración del agravio y la definitiva trascendencia de éste, por afectar negativamente los intereses del procesado, y el señalamiento del momento a partir del cual debe reponerse la actuación.

De esta suerte, es deber del libelista acreditar la objetiva existencia del vicio, su trascendencia, y el remedio que debe adoptarse en sede extraordinaria.

2.3.4.- Estos presupuestos de ineludible cumplimiento no son acatados por el defensor, quien se limita a sostener que por razón de la demora en la actividad de la Fiscalía que excedió un término razonable, el defensor renunció, pero no demuestra el real y efectivo conculcamiento del derecho de defensa técnica o material, dejando su planteamiento ayuno de todo desarrollo y acreditación,

De igual modo, contrariando incluso la objetividad que la actuación revela, sostiene que el juicio es nulo por haber prescrito la acción penal, pero no se da a la tarea de controvertir los planteamientos que sobre el particular llevó a cabo el Tribunal, precisamente en respuesta a un pedido similar elevado por el defensor cuando recurrió en apelación contra el fallo de primer grado.

2.3.5.- Para que no quede ninguna duda sobre dicho particular aspecto, plausible se ofrece traer a colación aquel aparte del fallo de segundo grado en el que se da respuesta a la defensa sobre el tema de la prescripción:

*«En ese orden, de la fecha de los hechos –año 2004- a la ejecutoria de la resolución de acusación -30 de abril de 2015- habían transcurrido 11 años, luego, fácil es concluir que no se cumplió el término de prescripción que, como se dijo, es de 12 años, por el contrario, se interrumpió y de conformidad al artículo 86 ídem, el término de prescripción se inicia de nuevo, esta vez, por la mitad del máximo establecido, es decir, por 6 años, tiempo que a la fecha no se ha transcurrido, por lo tanto, no prospera la petición de la defensa de cesar el proceso por prescripción de la acción penal».*

Entonces, frente a dicho planteamiento, lo primero que se advierte es que no es cierto, como se afirma en la demanda, que la acción penal hubiere prescrito como inopinadamente

se sugiere, razón por la cual puede sostenerse válidamente que el reparo es carente de la seriedad requerida para su admisión a estudio de fondo.

2.3.6.- Lo que se observa entonces en la demanda, no es la pretensión de denunciar la presencia de alguna irregularidad capaz de desquiciar la validez del juicio penal, o la violación directa o indirecta de la ley sustancial, sino simple y llana oposición a la declaración de justicia contenida en la parte resolutive de la decisión censurada, tan solo porque no fueron atendidos favorablemente los reclamos de la defensa cuando recurrió en apelación.

Entonces, por el lado que se observe, se establece que el demandante apenas enunció su discrepancia con la decisión del Tribunal de condenar al procesado en cuyo favor se recurre, como autor del delito contra la libertad, integridad y formación sexuales cometido en los términos y circunstancias fijadas en el fallo de segundo grado, pues no demostró que el sentenciador hubiere proferido la sentencia con transgresión del debido proceso, el derecho de defensa u otra garantía fundamental, o con violación directa o indirecta de la ley, como le correspondía hacerlo si pretendía desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo de segunda instancia.

Este modo de proceder por parte del demandante, resulta por completo ajeno al recurso extraordinario, imponiéndose para la Sala tener que inadmitir la demanda, con mayor razón si aparece evidente que no cumplió el deber de

presentar clara y precisamente el fundamento de sus reparos, dejó de acreditar de qué manera se configuraron los yerros y por qué, al haber procedido el Tribunal en la forma como lo menciona, resultaron afectados negativamente los intereses de la parte en cuyo favor impugna en sede extraordinaria.

2.4.- Siendo entonces ostensibles los defectos que la demanda acusa, pues, como se deja expuesto, de ella no se desentraña precisa y claramente los fundamentos de las causales invocadas, y no pudiendo la Corte corregirla por virtud del principio de limitación que rige su actuación, lo procedente será inadmitirla, conforme así se establece del artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

### **3.- Casación oficiosa.**

3.1.- Tal como ha sido repetidamente dicho por la Sala CSJ AP, 15 Jul 2008, Rad. 29992, en esta ocasión cabe reiterar que la Corte, en decisión de 12 de septiembre de 2007 CSJ SP, 12 Sep. 2007, Rad. 26967, varió el criterio que ordenaba el previo traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto acerca de la eventual violación de garantías, cuando, pese a no admitir la demanda de casación, se advertía la infracción de alguna garantía procesal de los sujetos intervinientes que ameritara el ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, tras considerar que ante el principio de pronta y eficaz administración de justicia, le

corresponde de manera inmediata proceder a corregir el yerro, sin que para ello se requiera el concepto previo del Procurador Delegado ante esta sede.

Señaló al efecto que *<<ante la autorización dada por el legislador a la Corte para aprehender el estudio del proceso aun cuando no admita los cargos formulados en la demanda, una vez advierta el agravio causado con el fallo de segundo grado a alguno de los sujetos procesales, debe proceder inmediatamente a corregirlo, con lo cual se cumple cabalmente con los fines de la casación de velar por la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal>>*.

Agregó que *<<aunque el Ministerio Público por mandato constitucional debe intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, con el nuevo criterio de autoridad de la Corte no se relega la actuación del Representante de la Sociedad, por cuanto al ser un tema no propuesto, ni recurrido por tal sujeto procesal en las instancias, se impone la rápida acción de la Corte como garante no sólo de los derechos fundamentales, sino de los fines esenciales del Estado, especialmente, el de asegurar la vigencia de un orden justo, en aras de la materialización de la justicia en la decisión>>*.

3.2.- Precisado lo anterior, se observa que al individualizar la pena, el Juzgador de primer grado, en yerro no advertido por el Tribunal al resolver la alzada interpuesta, desatendió la obligación de preservar la congruencia del fallo con los términos de la acusación, y tomó en consideración un concurso de delitos no imputado finalmente en la resolución acusatoria, lo cual determinó la aplicación de

una pena privativa de la libertad, mayor a la que legalmente corresponde.

3.3.- A este respecto no puede dejar de señalarse, que la jurisprudencia de esta Sala CSJ SP. 19 Nov. 2003 Rad. 19075 tiene precisado que la congruencia, como principio estructurante del proceso y garantía, implica que la sentencia debe guardar adecuada relación de conformidad con la resolución de acusación, su modificación en el juicio, o el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, según el caso, en tres aspectos básicos: personal, fáctico y jurídico.

La congruencia personal dice relación con la identidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación, su equivalente o la modificación en el juicio y aquellos a que se contrae la sentencia. La fáctica, con la identidad entre los hechos y circunstancias definidos en la acusación, y los que sirven de sustento al fallo. Y la jurídica, con la correspondencia entre la calificación, su modificación o la aceptación de cargos, entendiendo por tal el juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica, que contiene la acusación, y la que preside la sentencia.

La Corte ha indicado que las dos primeras (congruencia personal y fáctica), son absolutas. Es decir que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. La jurídica, en cambio, es relativa, pues nuestra legislación permite al Juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada

en el pliego de cargos, siempre y cuando respete el núcleo básico de la conducta imputada y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor. Si estas condiciones no se cumplen, habrá lugar, en principio, a solicitar por la senda de la causal segunda la enmienda del fallo, para ajustarlo al objeto definido en la acusación.

De este modo, tiene precisado la Sala, de una parte, que la congruencia se predica del fallo respecto de la resolución de acusación, su equivalente o la modificación en el juicio, en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, y no de ningún otro acto procesal, ni de la verdad que la actuación revelaría como resultado de una nueva estimación probatoria. Esto significa que para efectos de determinar si se está en presencia de un vicio de incongruencia, la acusación cumple las veces de elemento referente, y el fallo de elemento referido; y de otra, que el error se origina en la sentencia, en cuanto desconoce el marco personal, fáctico o jurídico definido en la resolución de acusación. Por eso, cuando se ataca en casación este vicio, debe necesariamente partirse del supuesto de que la acusación es correcta, y la sentencia incorrecta, conforme lo tiene precisado de antiguo la jurisprudencia CSJ SP, 4 Abr. 2001. Rad. 10868.

Con este norte, y de acuerdo con la legislación procesal vigente para cuando se juzgó el presente asunto, es claro que la causal segunda de casación surge cuando el juzgador al dictar la sentencia, desborda el marco fáctico fijado por el enjuiciamiento, o condena por una especie

delictiva distinta de la que fue objeto de acusación, o incluye circunstancias de agravación no deducidas en el calificadorio, o desconoce las atenuantes que allí se reconocieron o, deja de considerar uno o varios delitos sobre los que ha debido pronunciarse, o condena a una persona que no fue acusada, entre otras eventualidades posibles de presentarse.

3.4.- En el caso materia de examen por la Corte, la actuación pone de presente que el Juzgador de primer grado, en yerro no advertido por el Tribunal, desbordó el marco fáctico y jurídico de la acusación, en tanto condenó al procesado ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ por un concurso de delitos no atribuido en la resolución acusatoria, que al hacerlo transgredió el principio de congruencia que debe operar entre acusación y fallo y, con ello, el debido proceso en detrimento de los intereses del procesado pues tal desacierto le implicó la imposición de una pena mayor a la que legalmente corresponde, como así se establece del simple cotejo de los términos de la acusación de segunda instancia con los argumentos expuestos en la sentencia de primer grado, analizados en conjunto con los de la decisión adoptada por el Tribunal.

3.5.- Éste, como ya fue anunciado, es el vicio que concurre en el presente evento. Para denotarlo, necesario resulta hacer las siguientes precisiones:

3.5.1.- En torno a la calificación jurídica de la conducta, en la resolución de acusación de segunda instancia proferida el

13 de abril de 2015 se indicó por el Fiscal Sexto de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cundinamarca:

*Comoquiera que el examen del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y agravado, fue tema de esta apelación, debe esta delegada entrar a aclarar que:*

*(i).- De conformidad con la prueba allegada a esta investigación, no existe prueba que nos permita edificar un concurso homogéneo de accesos carnales abusivos.*

*(ii).- La menor sólo refiere (véase la valoración psicológica), una sola vez en la cual el procesado introdujo el pene en su vagina.*

*(iii).- Si ello es así, y se le brinda credibilidad a lo manifestado por la menor, mal haríamos en acusar por una serie de hechos y tipificaciones homogéneas que no tuvieron ocurrencia óptica. Por ello, la acusación se confirmará, aclarándose que es por un solo delito.*

*(..)*

*RESUELVE:*

*(...)*

**SEGUNDO. ACLARAR que la acusación que se confirma es solamente por un delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - agravado-** Todo de conformidad con lo expuesto a lo largo de esta decisión (se destaca).

3.5.2.- No obstante, en la sentencia de primera instancia, en el acápite que allí se destinó a la <<dosificación punitiva>>, consideró el juzgador:

*En virtud de lo anterior, y además considerando una finalidad retributiva al daño causado con el comportamiento, el Despacho fija la pena en OCHENTA (80) MESES DE PRISIÓN, **pena a la que habrá de aumentarse DOCE (12) MESES por el concurso de***

**conductas punibles**, es decir por todos los accesos que sucedieron al primero, quedando como pena definitiva a imponer la de NOVENTA Y DOS (92) MESES DE PRISIÓN” (se destaca).

3.5.3.- El Tribunal, a su turno, al resolver la impugnación interpuesta por la defensa del procesado contra el fallo de primera instancia, después de considerar que la menor *«fue sujeto pasivo de diversos actos eróticos –conducta prescrita- en concurso con reiterado acceso carnal por su padrastro»*, entre otras determinaciones resolvió *«CONFIRMAR la sentencia de condena proferida en contra de ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá»* (se destaca).

3.6.- Lo anterior indica, que los juzgadores de primera y segunda instancias dosificaron la pena con fundamento en un concurso delictivo no imputado expresamente en la acusación y así decidieron aumentar en doce (12) meses la pena de prisión para ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ.

Resulta por tanto evidente que en el presente caso, el juzgador ad quem al realizar el proceso de individualización judicial de la pena desbordó el marco de la imputación fáctica y jurídica contenido en la resolución acusatoria al incluir un concurso de delitos no atribuido al procesado BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Esto dio lugar a imponer una pena superior a la que en derecho correspondía, pues para tales efectos, la punibilidad prevista en el delito base se aumentó de 80 a 92 meses de prisión, por estimar concurrente un concurso de delitos de acceso carnal

abusivo con menor de 14 años, cuando al no haberse imputado éste en la acusación, lo procedente era aplicar la pena correspondiente al delito atribuido en dicha pieza procesal, una vez realizado el proceso de individualización judicial, según las consideraciones realizadas por el juzgador de alzada.

#### **4.- Consecuencias jurídicas.**

Con el fin de salvaguardar la garantía fundamental del debido proceso establecida en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del Estatuto procesal, para corregir oficiosamente la sentencia, en el aspecto que viene de ser reseñado.

4.1.- Entonces, siguiendo los lineamientos fijados por juzgador de primera instancia, como en este caso individualizó en 80 meses de prisión la pena privativa de la libertad para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado atribuido a ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ, así se dispondrá en la parte resolutive.

4.2.- Es de anotar, finalmente, que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, fijada <<por el mismo término de la pena principal>>, no sufrirá modificación alguna, pues se ajusta a lo dispuesto por el artículo 52 del Código Penal.

5.- **Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.**

Pese a la disminución punitiva que aquí se decreta, tal cual fue indicado por el Tribunal, el quantum de la pena privativa de la libertad que se impone, impide a la Corte considerar la posibilidad de conceder al sentenciado el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.

Cabe señalar, finalmente, que esta decisión causa ejecutoria con su suscripción y contra ella no procede recurso alguno, conforme a la literalidad del artículo 187, inciso 2° de la Ley 600 de 2000, pese a que los efectos jurídicos se surtan a partir de su comunicación.

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,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. INADMITIR** la demanda de casación presentada a nombre del procesado **ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ**, por lo anotado en la motivación de este proveído.

**SEGUNDO.- CASAR PARCIALMENTE**, de oficio, el fallo impugnado para fijar en ochenta (80) meses, la pena

principal de prisión que debe purgar el procesado **ARIEL BERMÚDEZ BERMÚDEZ**, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, a él imputado en la resolución acusatoria.

**TERCERO.**- En lo demás, la sentencia de segunda instancia se mantiene incólume.

Contra estas decisiones no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

**Presidente**

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

**Secretaria**