



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**legis**

**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**  
**Magistrado ponente**

**SP4930-2019**  
**Radicación n.º 52370**  
(Aprobado Acta n.º 302)

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

**I. VISTOS**

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el Procurador 149 Judicial Penal II de Pereira, contra la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, que revocó la condenatoria expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de igual ciudad y, en su lugar, absolvió a **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** del delito de acto sexual violento agravado.

## II. HECHOS

En horas de la tarde del 3 de octubre de 2011, en la vivienda ubicada en la manzana 13, casa 2, sector Villa Santana, barrio El Remanso de la ciudad de Pereira, se celebró una fiesta infantil de cumpleaños a la que acudió **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE**, residente del inmueble, quien, con ocasión de un juego conocido como «caballito» o «*tun-tun*», subió a su espalda a la menor de edad A.C.G.A.<sup>1</sup> y luego manipuló con su dedo la vagina de la niña hasta producirle sangrado.

## III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 14 de junio de 2013, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esa urbe, la Fiscalía Treinta y Seis Delegada ante los Jueces

---

<sup>1</sup> Para ese momento, de 10 años de edad.

Penales del Circuito de Pereira – CAIVAS, formuló imputación en contra de **COLORADO ALZATE**, por el delito de acto sexual violento agravado, cargo que no aceptó<sup>2</sup>. Se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 22 de julio siguiente, el ente investigador radicó escrito de acusación en relación con la aludida ilicitud (artículos 206 y 211 numeral 4º del Código Penal)<sup>3</sup>.

Ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del anunciado Distrito Judicial, se realizaron las correspondientes audiencias de formulación de acusación y preparatoria, los días 23 de septiembre y 1 de noviembre de esa anualidad, respectivamente<sup>4</sup>.

El juicio oral se desarrolló en sesión del 17 de febrero de 2014<sup>5</sup>, fecha en la que también se anunció sentido de fallo condenatorio.

La sentencia de rigor<sup>6</sup>, en la que se impuso al procesado las penas de ciento veintiocho meses de prisión e

---

<sup>2</sup> Cfr. Folios 11 y 12, C.O. n.º 1.

<sup>3</sup> Cfr. Folios 2 a 10, *ib.*

<sup>4</sup> Cfr. Folios 17 y 18, *ib.*

<sup>5</sup> Cfr. Folios 47 y 48, *ib.*

<sup>6</sup> Cfr. Folios 49 a 53, *ib.*

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, además de negarse la concesión de algún subrogado, fue leída el 18 de marzo siguiente<sup>7</sup>, proveído frente al cual, la defensa interpuso recurso de apelación, que en oportunidad sustentó por escrito<sup>8</sup>.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en decisión del 5 de diciembre de 2017<sup>9</sup>, la revocó en su totalidad y absolvió a **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** del punible enrostrado, ordenando su libertad inmediata.

La Delegada Fiscal, la apoderada de víctimas y el Agente del Ministerio Público recurrieron en casación, sin embargo, sólo el último de los citados allegó la demanda<sup>10</sup> correspondiente.

Con auto del 17 de agosto de 2018<sup>11</sup>, la Corte admitió el libelo y el 19 de noviembre siguiente se verificó la sustentación respectiva<sup>12</sup>.

#### **IV. LA DEMANDA**

Al amparo de la causal primera de casación, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el Procurador 149

---

<sup>7</sup> Cfr. Acta a folio 54, *ib.*

<sup>8</sup> Cfr. Folios 56 a 59, *ib.*

<sup>9</sup> Cfr. Folios 83 a 97, *ib.*

<sup>10</sup> Cfr. Folios 116 a 131, *ib.*

<sup>11</sup> Cfr. Folio 6 del cuaderno de la Corte.

<sup>12</sup> Cfr. Folios 48 y 49, *ib.*

Judicial Penal II de Pereira formula un cargo único por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del canon 7º *ibidem* y consecuente falta de aplicación del precepto 209 del Código Penal.

Explica que en juicio se probó que **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** realizó tocamientos de índole sexual sobre la humanidad de la niña A.C.G.A., específicamente en su vagina, conducta que se acomoda al tipo penal de *actos sexuales con menor de catorce años*.

Sin embargo, a continuación, expresa que se demostró un acceso carnal, en lugar del acto sexual, irregularidad atribuible a la fiscalía al dejar de acusar por el delito más grave, yerro que no puede entenderse como fundamento de duda, posición adoptada por el Tribunal para absolver.

Así, atribuir acto sexual, cuando en realidad se trata de acceso carnal, no conduce a un fallo absolutorio, menos al abordarse bienes jurídicos preponderantes como la integridad, la libertad o la formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes.

Con apoyo en abundante cita jurisprudencial de esta Corporación, manifiesta que, si bien es cierto, en algún momento se «defendió... la idea de congruencia estricta, figura que aún reclama y aplica el Tribunal Superior de

*Pereira, hoy por hoy la temática se maneja bajo la figura de congruencia flexible*» [negrilla y subrayado original del texto]. Por ende, considera infundada la tesis del *ad quem* en el sentido de que no puede condenarse por delitos que reposen en diversos capítulos del Código Penal.

El juez colegiado –agrega– desconoció la línea jurisprudencial de la Sala, que reconoce que aun cuando la fiscalía acusa por un delito menor y se demuestra uno mayor, la respuesta no es la absolución, sino la declaratoria del punible más grave, con la pena del reato menguado, siempre y cuando los hechos permanezcan invariables.

Por manera que, si el Tribunal «*hubiera aplicado a cabalidad la línea jurisprudencial contemporánea*» [negrilla y subrayado original del texto] relacionada con el principio de congruencia, habría descartado la duda y condenado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, así la fiscalía acusara por *acto sexual violento agravado*.

Aun compartiendo la tesis de la segunda instancia, en el entendido que lo ocurrido corresponde a un acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pues, «*el procesado llegó incluso con su dedo hasta la uretra de la niña*», «*aspecto no referido fácticamente en la acusación pero que resultó*

*probado en el juicio*», para terminar en esto debió agotar previamente un tocamiento con contenido sexual.

En consecuencia, perfectamente podía aplicar la hipótesis delictiva de los actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 del Código Penal), habida cuenta que el agravante (canon 211 numeral 4º *ibidem*) planteado en el pliego acusatorio para el acto sexual violento (precepto 206 *eiusdem*), incluye el ingrediente normativo que califica al sujeto pasivo: tener menos de catorce años.

En síntesis, si el juez plural consintió en que lo único que no logró probar la fiscalía fue el elemento de violencia, debió condenar por el delito menos grave, pero jamás declarar la impunidad con una absolucón, producto de una *«postura rígida y anacrónica»*.

## **V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

### **5.1 Recurrente**

En uso de la palabra reafirmó el cargo propuesto y reiteró que en el caso concreto no existió vulneración al principio de congruencia, razón por la cual solicita a la Corte casar la sentencia confutada y condenar a **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE**, en calidad de responsable del

punible de *actos sexuales con menor de catorce años*, como quiera que eso fue lo inferido de la evidencia practicada.

Añadió que el yerro de la fiscalía, al no efectuar una narración precisa de los hechos en la acusación, no puede ser generador de duda probatoria y, por tanto, de absolución.

El criterio del Tribunal en punto de congruencia, en su sentir, desconoce el de esta Sala (CSJ SP 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 32650 y CSJ SP2390–2017, 22 feb. 2017, rad. 43041), pues, el reato de acto sexual abusivo es de menor entidad que el de acto sexual violento agravado, y no se vulneró el núcleo fáctico de la acusación, además, la primera instancia condenó por un delito dentro del mismo capítulo, si bien no el de la libertad, sí de la formación sexual; por lo mismo, la variación jurídica, sí es posible en este asunto.

Con apoyo en cita jurisprudencial (CSJ SP17352–2016, 30 nov. 2016, rad. 45589; CSJ AP5771–2016, 31 ag. 2016, rad. 47563; CSJ SP15015–2017, 20 sep. 2017, rad. 46751; CSJ SP107–2018, 7 feb. 2018, rad. 49799), indicó que la falta de congruencia –principio dúctil–, no da lugar a absolución.

Culminó al decir que si el punible verificado en juicio resulta ser de menor punibilidad que el acusado por la fiscalía, el Tribunal debió proferir condena por aquel; al no hacerlo incurrió en el yerro alegado en casación.

## **5.2 No recurrentes**

### **5.2.1 Fiscalía**

Solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada en los términos demandados, al explicar que el Tribunal tuvo por acreditado que el procesado realizó tocamientos abusivos en la vagina de la menor de edad, pero, a la vez, que la fiscalía no aportó prueba alguna que demostrara que ello se hizo mediante violencia.

Entonces, se incurrió en un «*error conceptual*», en tanto, ante la inexistencia de la violencia como elemento del delito imputado, la consecuencia sería la atipicidad de tal comportamiento y no invocar el principio *in dubio pro reo*.

Que el ingrediente «*violencia*» no fuere demostrado, no comporta la absolución, porque la atipicidad que se deriva es parcial: referencia exclusiva al artículo 206 acusado. Bajo esa circunstancia –salvo la violencia–, al mantenerse intacta la imputación fáctica en todos los actos procesales y al verificarse destinataria de actos sexuales diversos al

acceso carnal, a una niña de 10 años de edad, la situación de hecho es recogida de manera integral en el canon 209 del Código Penal, que define los *actos sexuales con menor de catorce años*.

Por contera, el inculcado no sufriría menoscabo en sus derechos, si respondiera penalmente por la última de las disposiciones en comento, más no por el enrostrado en la acusación, toda vez que el nuevo tipo penal resulta benéfico a sus intereses, al significarle una sanción menor, aunado a que no se infringe el principio de congruencia, como lo entendió el juez plural.

### **5.2.2 Defensa**

Instó a la Corte a confirmar la providencia confutada. Para ello, expuso que hizo bien el Tribunal al absolver a **COLORADO ALZATE** de los cargos a él imputados, pues, la afectación del principio de congruencia por parte del *a quo*, comportó que se incurriera en una calificación jurídica errónea y que se le condenara por hechos diferentes a los demostrados en juicio -según el *ad quem*: *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*-, es decir, no se mantuvo el núcleo de la imputación, «*cambiándose la situación fáctica acusada y conculcándose el debido proceso en su estructura y garantía del juzgamiento y del derecho de defensa*».

Añadió que en el presente caso no se tiene certeza probatoria de la ocurrencia de los hechos, tal y como se observa de las diferentes posturas: la fiscalía atribuyó un acto sexual violento, para el juez colegiado se configura un acceso carnal abusivo con menor de catorce años y, finalmente, el Ministerio Público demanda por un acto sexual abusivo con menor de catorce años, lo que genera incertidumbre en el proceso, en desmedro del derecho de defensa.

## VI. CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado por el casacionista se circunscribe a establecer si el Tribunal incurrió en el yerro alegado en el único cargo propuesto, y si el mismo tiene la entidad necesaria para derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado, por cuyo medio a **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** se le absolvió de la conducta de acto sexual violento agravado, al existir, en criterio del juzgador corporativo, vulneración al principio de congruencia, como consecuencia de una errónea calificación jurídica por parte de la Fiscalía General de la Nación.

De entrada, la Sala advierte que la discusión en esta sede no estriba en el aspecto probatorio, como quiera que el *ad quem*, de consuno con la primera instancia, consideró

que el acervo recaudado, en conjunto, permitió apuntalar el comportamiento salaz endilgado a **COLORADO ALZATE** y del cual fue víctima la niña A.C.G.A. en la tarde del 3 de octubre de 2011.

Por ello el censor, por la senda adecuada de la violación directa de la ley sustancial, propone un juicio de puro derecho, en el que acepta los hechos, tal como fueron declarados en la sentencia, y acata la valoración de la prueba efectuada por el juzgador.

Como el dislate enrostrado al Tribunal se focaliza en la forma en que este concibe el principio de congruencia en la sistemática del enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004, se ocupará la Corte de memorar lo que, en la materia, constituye el entendimiento actual.

### **6.1 El principio de congruencia**

La congruencia, garantía con asiento en el debido proceso constitucional (canon 29 Superior), se orienta a que el inculpado sólo pueda ser condenado por los cargos materia de acusación, toda vez que ellos, en la medida que delimitan el objeto de debate en juicio, a la hora de fallar, evita novedosas y sorpresivas imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción (Cfr. CSJ SP6613–2014, 26 may.

2014, rad. 43388 y CSJ SP15528–2016, 26 oct. 2016, rad. 40383).

Los elementos necesarios para entender que existe congruencia entre la acusación y la sentencia, han sido identificados por la Corte, de vieja data (CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 32792), de la siguiente forma:

- *Identidad de sujetos, también conocid[a] como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.*
- *Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.*
- *Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado.*

De los dos primeros requisitos (congruencia personal y fáctica), la jurisprudencia ha predicado su carácter absoluto, no así del último, que ostenta un cariz relativo, pues, si bien, en principio, el fallador no está autorizado para proferir condena por un delito distinto a aquél por el cual se solicita condena (artículo 448 de la Ley 906 de 2004), tal regla admite excepciones, siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación.

Inalterable ha sido la postura (Cfr. CSJ AP4064–2016, 29 jun. 2016, rad. 46318), que reconoce la afectación a los derechos al debido proceso y a la defensa, al quebrantarse el principio de congruencia, al ocurrir:

*[a]lguna de las siguientes eventualidades (CSJ SP, 6 de abr. de 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 de nov. de 2007, rad. 27518; CSJ SP, 8 de oct. de 2008, rad. 29338):*

*(i) Se condena 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) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.*

*(iii) Se condena por el delito 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) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.*

*Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma (CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad. 41253).*

Aun cuando la Corte inicialmente (Cfr. CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649) sostuvo que al fallador sólo le era dable condenar por un delito distinto al objeto de acusación, a condición de que fuera objeto de expresa solicitud por la Fiscalía, ese criterio, posteriormente, fue abandonado, de modo que, en el panorama vigente, un pedimento de dicha

estirpe no resulta necesario a los efectos de variar la calificación jurídica de la conducta.

Por contera, la jurisprudencia más reciente (*Cfr.* CSJ SP6701–2014, 28 may. 2014, rad. 42357; CSJ AP5715–2014, 24 sep. 2014, rad. 44458; CSJ SP13938–2014, 15 oct. 2014, rad. 41253; CSJ SP16544–2014, 3 dic. 2014, rad. 41315; CSJ SP8034–2015, 24 jun. 2015, rad. 41685; CSJ AP7386–2015, 16 dic. 2015, rad. 46810; CSJ SP2390–2017, 22 feb. 2017, rad. 43041; y, CSJ SP4902–2018, 14 nov. 2018, rad. 52766), al entender que «*la acusación es un acto dúctil*», ha precisado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, en la medida que: (i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad; (iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación –requisito que, como se viera, es de carácter absoluto–; y, (iv) no se afecten los derechos de los intervinientes.

*Es necesario destacar, por último, que en ninguna de las decisiones citadas se hace referencia a la necesidad de que el nuevo tipo penal se halle inserto en el mismo título o capítulo del modificado, asunto que corresponde a anteriores normativas procedimentales, ya derogadas. Apenas se anota que debe corresponder al mismo “género”.*

*A este respecto, ya la Corte tiene dicho que el término en cuestión opera material y no formal, de manera que no existen, a lo largo de los diferentes títulos o capítulos que conforman los delitos insertos en la Ley 599 de 2000, límites específicos para que una*

*conducta punible pueda ser mutada por otra y ello genere legítima sentencia de condena (CSJ SP107–2018, 7 feb. 2018, rad. 49799).*

*Debe advertirse también que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que «La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado», por cuanto «En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000–, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron»<sup>13</sup>.*

[...]

*Así pues, la condena por una conducta punible degradada, en cuanto implica una menor punibilidad que la descrita en la acusación, habiéndose garantizado la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación y, por ende, la oportunidad de defensa, descarta la denunciada trasgresión del principio de congruencia (CSJ SP17352–2016, 30 nov. 2016, rad. 45589).*

Todo lo anterior para significar que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino flexible, por tanto, puede el fallador desviarse jurídicamente del contenido de los cargos en la acusación y condenar por un punible diverso al imputado, sin que se pregone el quebrantamiento de dicho principio (Cfr. CSJ SP792–2019, 13 mar. 2019, rad. 52066).

---

<sup>13</sup> Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

## 6.2 El caso concreto

Una vez hechas las anteriores precisiones, a fin de abordar el análisis del cargo formulado en casación, es necesario efectuar un breve recuento de la actuación procesal, con el propósito de establecer, de forma precisa, en qué consistió la imputación realizada por la fiscalía en el desarrollo del diligenciamiento, y de esa manera constatar si el Tribunal incurrió en el dislate enrostrado.

En tal cometido, se advierte que a **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** se le acusó porque, en el contexto de una fiesta infantil de cumpleaños, con ocasión de un juego conocido como «caballito» o «tun-tun», subió a su espalda a la menor de edad A.C.G.A. y luego manipuló con sus dedos la vagina de la niña, hasta producirle sangrado.

El escrito de acusación literalmente señala<sup>14</sup>:

*El día 3 de octubre del año 2011, la menor de iniciales A.C.G.A., de 10 años de edad, fue en compañía de su hermano menor de iniciales K.A.A.Z., de 6 años de edad,[...], a la fiesta de cumpleaños del hijo de la señora SANDRA. Estando en la fiesta, el señor MIGUEL [Á]NGEL COLORADO ALZATE, que también vivía en dicho inmueble, carg[ó] a la menor en su espalda, momento aprovechado para manipular bruscamente con el dedo la vagina de la menor de iniciales A.C.G.A., la menor gritaba para que la bajara a la vez que llama[b]a a la señora SANDRA, dueña de la casa, pero no la escuchaba por el ruido que había en ese momento. MIGUEL [Á]NGEL le tapó la boca a la menor y le dijo*

---

<sup>14</sup> Cfr. Folios 2 y 3, C.O. n.º 1.

*que se callara. El hermano de la menor se enteró de lo sucedido y le contó a la mamá, quien procedió a revisarle los interiores a la menor, encontrando que los mismos tenían sangre.*

Primero en la formulación de imputación y luego en la verbalización de la acusación, la fiscalía adecuó el sustrato fáctico al punible de acto sexual violento agravado (artículos 206 y 211, numeral 4º del Código Penal, por ser la víctima menor de catorce años), pedimento que reiteró en el alegato de clausura y que acogió el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, al culminar con sentencia condenatoria la primera instancia.

En sede de apelación, el Tribunal concluyó<sup>15</sup>:

*2) Un análisis del testimonio rendido por la ofendida “A.C.G.V.” [sic] nos enseña que en momento alguno el Procesado utilizó la violencia o un despliegue de fuerza física para vencer su resistencia, y de esa manera poder manosearla en sus partes privadas, sino que por el contrario de lo atestado por la menor de marras, se avizora que lo que en verdad pasó fue que el acusado se aprovechó la oportunidad de tenerla cargada en sus espaldas para proceder a manosearla.*

*Es de anotar que la existencia del factor violencia era algo que a la Fiscalía le competía probar plena e indubitablemente en el juicio, debido a que el mismo se erige como un ingrediente esencial para la adecuación típica de los delitos tipificados en los artículos 205 y 206 C.P. en los cuales la violencia es utilizada por el sujeto agente como herramienta esencial para poder vencer la oposición de la víctima o doblegar su voluntad, y así lograr su cometido libidinoso; por lo que es claro que en aquellos eventos en los que para poder sostener un encuentro erótico-sexual no se haya utilizado la violencia, ya sea esta física o moral, podríamos estar en presencia de una conducta atípica o de cualquier otro reato diferente.*

---

<sup>15</sup> Cfr. Folios 93 (frente y reverso), 94 (reverso) y 95 (frente y reverso), C.O. n.º 1, páginas 21, 22, 24, 25 y 26.

[...]

*En suma, si con las pruebas aducidas en el juicio se logró demostrar que el Procesado en momento alguno utilizó la violencia o un despliegue de fuerza física para anular cualquier tipo de resistencia de la víctima ante sus manoseos lujuriosos, los que consistieron en la introducción de los dedos en la vagina de la menor agraviada, sino que por el contrario el acusado se aprovechó de la oportunidad de tener cargada en sus espaldas a la menor para hacer de las suyas, es claro que no estamos en presencia del delito por el cual el encausado fue llamado a juicio, sino de un reato diametralmente diferente que eventualmente sería el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años tipificado en el artículo 208 C.P.*

[...]

*Todo lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto se incurrió en una errónea calificación jurídica dada a los hechos que fueron objeto de la acusación, lo que generó unas catastróficas consecuencias en contra de las pretensiones del Ente Acusador, el cual no pudo demostrar plenamente uno de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir sentencia condenatoria, como lo es la ocurrencia del delito por el cual al acusado le fueron endilgados cargos, que en el caso subexamine [sic] sería el reato de acto sexual violento, debido a que las pruebas practicadas en el juicio oral, si bien eran indicativas de demostrar la ocurrencia de un delito atentatorio contra la libertad sexual, dicho reato resultó ser uno completamente distinto a aquel por el cual el acriminado fue acusado: actos sexuales con menor de 14 años.*

*Dicha situación tan peculiar ha generado una especie de incongruencia entre la acusación y lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, lo que conspiraría de manera negativa para que el fallador de instancia pudiera llegar a ese absoluto grado de conocimiento que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio[...]*

*Por lo tanto, la consecuencia procesal que generaría una vulneración del principio de la congruencia en aquellos eventos en los que en el juicio se demuestre un delito completamente diferente de aquel que fue objeto de la acusación, siempre y cuando no sea posible acudir a la medida extrema de la variación de la calificación jurídica por parte del Juez del Conocimiento, es que con tal dislate se germinaría la semilla de la duda razonable, la cual tiene que ser capitalizada en favor del Procesado, acorde con los postulados del principio “in dubio pro*

*reo”, plasmado en el inciso 4º del artículo 29 C.N. y el artículo 7º C.P.P. lo que a su vez implicaría que en favor del acusado se debe proferir un fallo absolutorio, como bien lo ha admitido la Corte[...]*

De la síntesis de la actuación procesal y de lo concluido por la segunda instancia, avizora la Sala que, tal y como se postuló por el censor en el único cargo, el *ad quem* acudió a un entendimiento equivocado del principio de congruencia, lo cual produjo una decisión desafortunada, al tamiz del valor justicia.

Como quedara visto, el ente acusador siempre tuvo la convicción, y así lo explicitó en todas sus intervenciones a lo largo del diligenciamiento, que la conducta ejecutada por **COLORADO ALZATE** se ciñó a un acto sexual violento ejecutado sobre una menor de catorce años.

La segunda instancia, si bien alcanzó a deslizar que lo acaecido se adecuó típicamente en el injusto de acceso carnal abusivo (artículo 208 del Código Penal), tal hipótesis delictiva apenas si fue planteada como probabilidad, ante una presunta penetración vaginal –con utilización de los dedos– por parte del agresor hacia la víctima.

Sin embargo, ante la indeterminación de que ello en verdad hubiere ocurrido –toda vez que, el consistente relato de la menor apuntó a un manoseo en su zona púbica–, se decantó que, más allá de toda duda, lo demostrado en juicio

fue el acto sexual diverso al acceso carnal, descartándose, así mismo, la violencia, pues: (i) el hecho de que la niña presentara sangrado, no significa irrefutablemente violencia física, debido a que, al no presentarse desfloramiento (así se dictaminó por el Instituto Nacional de Medicina Legal<sup>16</sup>) la brusquedad y la fricción producida por el tocamiento pudieron ocasionar las escoriaciones y eritema a la víctima en su región genital, aunado a que, como antecedente ginecológico, en el mismo examen médico legal se especificó: «*sin menarquia*»<sup>17</sup>; y, (ii) que el procesado le tapara la boca a A.C.G.A., es una manifestación extraprocesal que no ingresó a juicio, al no ser mencionada por la menor en su testimonio en la vista pública; además, añade ahora la Corte, no es del todo claro si ese accionar, de ser cierto, se produjo de manera concomitante al acto libidinoso, o posterior a él, como método del victimario para procurar la impunidad, circunstancia que obligaba, por duda probatoria, a desechar el ingrediente normativo de la violencia.

Así las cosas, destáquese que, con total respeto con el núcleo fáctico de la acusación, el cual permaneció inalterado, el Tribunal encontró acreditado un acto sexual abusivo, pero, de forma bien particular desde la arquitectura de argumentación, trasladó los efectos de la

---

<sup>16</sup> Cfr. Informe Técnico Médico Legal Sexológico, folios 42 y 43, C.O. n.º 1.

<sup>17</sup> Dando al traste con el planteamiento defensivo, de que el sangrado pudo deberse a menstruación de la niña.

garantía del *in dubio pro reo*, derivado del elemento «*violencia*», a la errónea calificación jurídica dada a los hechos por el ente acusador, para culminar en una sentencia absolutoria, cuya ocurrencia, en su criterio, es producto de la vulneración del principio de congruencia.

Si el juez colegiado confirmó que el yerro de la fiscalía se cifró en la «*calificación jurídica*», la corrección del mismo no es la propuesta en el fallo, en términos de absolución, sino la de, eventualmente, dictar una sentencia de reemplazo que adopte la que se considera ajustada a derecho, siempre y cuando se dé cumplimiento a las exigencias jurisprudenciales que permiten tal variación, al proferirse por un delito que no fue objeto de acusación.

Por contera –como refulge evidente–, al abrirse paso con éxito el cargo formulado en casación, corresponde a la Corte examinar si es dable predicar quebrantamiento al principio de congruencia, a partir de los propios precedentes.

En este caso, como se divisara, se da por sentado que existe plena congruencia fáctica entre la acusación y el fallo impugnado, sumado a que, cuando se detalló el supuesto de hecho demostrado a lo largo del proceso, éste se aceptó sin miramientos por todos los que en él intervinieron.

Por otra parte, la nueva calificación de actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 del Código Penal), se dirige hacia un tipo penal más benigno, en contraste con el de acto sexual violento agravado (preceptos 206 y 211 numeral 4º *ibidem*), habida cuenta que aquél se sanciona con una pena de prisión de 9 a 13 años, mientras que el segundo se pune con igual sanción corporal, de 10 años y 8 meses a 24 años.

Ahora, amén de que se ha dicho que la identidad del bien jurídico tutelado no es un presupuesto de respeto al principio de congruencia y, por ende, es posible modificar la adecuación típica de la conducta sin limitación a título o capítulo alguno, dentro de todo el Código Penal, en este caso, innegable resulta aludir que se trata de injustos del mismo género.

Por último, no existe vulneración del derecho de defensa en el caso concreto, pues, la definición de que el delito imputado podría derivar hacia el acto sexual abusivo, nunca fue ajena a la bancada defensiva –entre otras razones, cabe reiterar, porque la acusación advierte de este reato y los hechos no permiten, por sí mismos, verificar el acceso–, por manera que la condena por el novedoso injusto típico no la sorprende o pudo haber minado sus posibilidades de controversia.

El tema de la posible materialización del delito de actos sexuales con menor de catorce años estuvo siempre presente y en conocimiento de la defensa, razón suficiente, ya despejado que no hubo variación fáctica, para concluir que la condena por el delito en cuestión no afecta el derecho de defensa o contradicción, menos, lesiona garantías del acusado porque, en estas condiciones, no se le asalta con hechos, o con temas no debatidos en las instancias.

Por lo demás, debe acotar la Sala, en estricto sentido no se registra algún tipo de disonancia fáctica o jurídica, con excepción a la referencia de violencia, que separe la acusación, del fallo de condena que el Tribunal debió emitir, lo que permitiría otear la vulneración del principio de congruencia, en tanto, la fiscalía acusó por un delito de actos sexuales y, efectivamente, este fue el demostrado con las pruebas, en particular, la experticia médica que referencia no ocurrida la desfloración de la menor, lo que habilita concluir que las lesiones pudieron provenir del rozamiento o frotación y no de algún tipo de penetración.

El error, prosigue la Corte, devino de la indebida asunción probatoria efectuada por el fallador, en cuanto, supuso que el agresor sexual efectuó la penetración, sin contar para ello con elemento de convicción que lo demostrase, pues, la menor nunca detalló que así ocurriese y el examen médico, se repite, lo corrobora.

Por manera que, entonces, lo único indudablemente probado, como así se detalla en el acápite de hechos de la acusación, es que el acusado manipuló la vagina de la menor, al parecer por encima de sus prendas, lo que originó eritemas, que no es posible determinar producto de penetración.

Desvirtuado que de verdad se pudiese condenar por un acceso carnal, o mejor, que lo demostrado obligue mutar la delimitación fáctica de los actos sexuales verificados por el acusador, es menester advertir satisfechos los requerimientos que posibilitan variar la calificación típica estimada por el *a quo* y condenar por un delito que en toda su extensión jurídica no fue nominado en la acusación –recuérdese, el ingrediente de violencia se incluyó, pero siempre entendió la fiscalía que se trataba de actos sexuales, no de acceso carnal–, razón por la cual acierta el casacionista en su demanda al plantear la violación directa de la ley, como que se aplicó indebidamente la norma que consagra el principio *in dubio pro reo* y se dejó de aplicar aquella que define el punible de actos sexuales con menor de catorce años. La solución, según se anunció, no puede ser la absolución prohijada por el Tribunal, sino proferir sentencia de condena por la novedosa adecuación.

En consecuencia, en respeto a la dosimetría punitiva efectuada por el juez *a quo*, se impondrá la mínima sanción prevista en el artículo 209 del Código Penal para el citado reato, esto es, 9 años de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

De otro lado, no resulta viable en el asunto de la especie, el reconocimiento de subrogado penal alguno, al existir expresa prohibición legal (canon 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia). Al encontrarse **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** en libertad por esta causa, ordénese su de captura a efecto de dar cumplimiento a la sanción intramural de que se habla.

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** la sentencia, de origen, naturaleza y contenido indicados al inicio de esta providencia, ante la prosperidad del cargo formulado en la demanda presentada por el Procurador 149 Judicial Penal II de Pereira.

**SEGUNDO: Condenar**, en consecuencia, a **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE**, a las penas de 9 años de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al hallarlo autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

**TERCERO: Negar** al sentenciado cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, al existir expresa prohibición legal. No obstante, el tiempo que ha permanecido en detención preventiva por este asunto, se tendrá como parte cumplida de la sanción impuesta.

**CUARTO: Ordenar** la captura de **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ALZATE** para el cumplimiento de la pena corporal de que se habla.

**QUINTO: Informar** a partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno

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

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**  
Secretaria