



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

SP789-2019

Radicación n.º 50589

Acta n.º 65

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

I. V I S T O S

En firme el auto inadmisorio de la demanda de casación, la Sala se pronuncia de oficio sobre una posible violación de garantías fundamentales en la sentencia que condenó a **Pablo Rojas Morales** por el delito de acto sexual violento agravado.

II. H E C H O S

Hacia las 16:00 horas del 30 de julio de 2011, el joven P.A., para entonces de 14 años de edad, fue objeto de tocamientos sexuales y maniobras masturbatorias por parte de **Pablo Rojas Morales**, pariente del esposo de su prima. El

episodio sucedió en la parte trasera de un camión de trasteos, en momentos en que los dos ayudaban a una familiar a realizar una mudanza hacia el barrio Cedritos de Bogotá. La denuncia fue formulada por la madre del menor.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia concentrada, celebrada el 23 de abril de 2012, ante el Juzgado 34 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, tuvo lugar la legalización de la captura de **Pablo Rojas Morales**, a quien la fiscalía le imputó el delito de acto sexual violento agravado (art. 206 y 211-2.º del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008), cargo que aquel no aceptó; seguidamente, el imputado fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El escrito de acusación, en los mismos términos que la imputación, fue radicado el 23 de mayo de 2012 por el Fiscal Seccional 196 de Bogotá; la audiencia de su formulación, al igual que la preparatoria -en la que las partes acordaron estipulaciones- se surtieron normalmente.

La audiencia del juicio se inició el 27 de mayo de 2014 y terminó el 3 de agosto de 2015: en esta última sesión, la fiscalía renunció al testimonio del ofendido por cuanto este se mostró renuente a comparecer. A su turno, la defensa renunció a la mayoría de los testimonios decretados, salvo el

del perito del Instituto de Medicina Legal; asimismo, introdujo, como estipulación, el informe suscrito por dicho profesional. Terminada la fase probatoria, el fiscal, en sus alegatos de conclusión, solicitó que el fallo fuera absolutorio toda vez que no contó con el testimonio de la víctima. Así las cosas, la Juez 13 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá anunció el sentido absolutorio de fallo, el cual dictó el 5 de octubre de 2015.

Apelada por la apoderada de la víctima, la decisión del *a quo* fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que, en sentencia aprobada el 21 de marzo de 2017 y leída el 19 de abril siguiente, condenó a **Pablo Rojas Morales** a la pena principal de 128 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito por el que fue acusado (art. 206, con la agravación consagrada en el 211-2.º del C. Penal), al tiempo que le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

Contra lo resuelto por el Tribunal, la apoderada del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y lo sustentó por escrito de manera oportuna.

IV. LA DEMANDA

La censora formuló tres cargos. Los dos primeros de nulidad, postulados como principales, con apoyo en la

causal 2ª de casación de que trata el artículo 181 de la Ley 906 de 2004. A través de estos, la recurrente adujo la violación al derecho a la defensa técnica y el principio de congruencia, respectivamente: lo primero, porque el defensor del procesado renunció a la práctica de la mayoría de las pruebas solicitadas. Lo segundo, en la medida en que el Tribunal dictó sentencia condenatoria siendo que la fiscalía, en sus alegatos de cierre, pidió la decisión absolutoria.

Adicionalmente, en un cargo subsidiario, adujo la violación indirecta de la ley por vía del error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, por cercenamiento de las pruebas.

V. LA DECISIÓN INADMISORIA

1. La Sala, debido a las deficiencias formales y materiales de la demanda de casación, en auto del 30 de enero del año en curso, dispuso su inadmisión.

Respecto de los cargos de nulidad formulados, encontró que carecían de idoneidad material para cumplir los fines de la casación; esto, por cuanto la renuncia, por parte del defensor, a la práctica de algunas pruebas previamente decretadas, configuró una estrategia válida, que no despojó al procesado de una activa defensa.

Por otra parte, la decisión condenatoria adoptada por el Tribunal, no obstante que en sus alegatos de cierre la fiscalía solicitó fallo absolutorio, no configuró vicio alguno, pues tal postura estaba avalada por la jurisprudencia entonces vigente de la Corte (providencia del 25 de mayo de 2016, rad. 43837), sin que fuera de recibo promover en sede de casación la aplicación favorable de una tesis jurisprudencial recogida.

Por último, argumentó la Corte, el falso juicio de identidad, alegado en el cargo subsidiario de la demanda, no fue debidamente sustentado, pues se contrajo a oponer a la decisión del juzgador una apreciación probatoria de instancia, del todo inidónea para mostrar el error judicial.

2. No obstante la ineptitud formal y material del libelo para cumplir cualquiera de los fines de la casación, la Corte dispuso que, una vez en firme la decisión inadmisoria, el expediente regresara al despacho del ponente para examinar de oficio la posible vulneración de las garantías del procesado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el ejercicio de la competencia que le asiste para examinar la legalidad del trámite surtido y las decisiones proferidas en sede de instancia, en procura de amparar las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso, estima del caso pronunciarse de oficio sobre la posible

aplicación indebida de la agravante consagrada en el artículo 211, numeral 2º, del Código Penal, norma que incrementa la punibilidad prevista en el tipo penal básico (art. 206, acto sexual violento).

Lo anterior en particular consideración al cumplimiento de la garantía de la doble conformidad, en vista de que el fallo dictado por el Tribunal contra **Pablo Rojas Morales** constituye la primera condena, comoquiera que la decisión del a quo fue absolutoria, y a que la demanda de casación no se ocupó explícitamente de la aplicación indebida del precepto mencionado.

VI. GARANTÍA DE DOBLE CONFORMIDAD

1. La decisión de inadmitir la demanda de casación, por no encontrar la Sala acreditadas exigencias de lógica y debida fundamentación que rigen su presentación, no es óbice para recordar que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 a la Corte Suprema de Justicia le corresponde promover el respeto de las garantías fundamentales cuando encuentre que han sido conculcadas durante el proceso penal, tal como lo prevé el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, deber que cobra mayor actualidad en los casos como este en los que la decisión impugnada es la primera condena (*Cfr.* CSJ, SP, 8292-2016).

En tal virtud, a esta Colegiatura le compete examinar la legalidad del trámite surtido y las decisiones proferidas en sede de instancia, en procura de amparar las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso; es por lo anterior que estima del caso pronunciarse de oficio sobre la posible aplicación indebida de la agravante consagrada en el artículo 211, numeral 2º, del C. Penal, norma que incrementa la punibilidad prevista en el tipo penal básico (art. 206, acto sexual violento).

Sea lo primero indicar que la garantía de la doble conformidad consiste en la posibilidad de que la primera condena dictada en el proceso penal sea susceptible de controversia ante el superior jerárquico de quien la pronunció, ya sea que dicha determinación haya sido proferida en primera o segunda instancia.

Desde esta perspectiva, entonces, la Sala encuentra que la condena que pesa sobre el procesado fue impartida por el Tribunal Superior de Bogotá como la consecuencia lógica de haber revocado la absolución dictada por el *a quo*; así, entonces, la determinación del Tribunal configura la **primera condena** contra el acusado **Rojas Morales**; es por ello que se impone la necesidad de emprender el análisis de la actuación, desde los presupuestos del debido proceso y el sustento probatorio de la condena, con el fin de satisfacer la garantía de la doble conformidad.

1. El debido proceso

En lo que tiene que ver con los presupuestos del debido proceso, sea lo primero reiterar que la renuncia por el defensor a la práctica de algunas pruebas por él pedidas y decretadas por el juez de conocimiento no generó una violación al derecho de defensa, pues tal como se argumentó en el auto inadmisorio de la casación, tal cosa obedeció a una estrategia defensiva que, en todo caso, no dejó desprovisto al procesado de una activa y diligente defensa.

Adicionalmente, la decisión del Tribunal de emitir un juicio de condena al resolver la apelación formulada por la apoderada de la víctima, no obstante que la fiscalía en sede del juicio solicitó la absolución del procesado, no configura error alguno, pues, como la Corte lo argumentó al estudiar las exigencias de debida fundamentación del segundo cargo de la demanda de casación, dicha determinación estaba avalada por la jurisprudencia vigente. Por lo demás, el trámite procesal se surtió acorde con los lineamientos fijados en la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema.

2. Fundamento probatorio de la materialidad de la conducta y de la responsabilidad

La Sala encuentra que la prueba aducida en el juicio en verdad demuestra la materialidad de la conducta básica

atribuida al procesado **Pablo Rojas Morales**, al igual que su responsabilidad, mas no la circunstancia específica de agravación de que trata el numeral 2.º del artículo 211 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 2.- El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. (...).

Al juicio oral fueron aducidos los testimonios de: i) el perito del INML, dr. Fideligno Pardo Sierra, quien le practicó al ofendido el examen sexológico el 17 de agosto de 2011; ii) la sicóloga del CTI, Jenny Constanza Carvajal Martínez, quien se entrevistó con el menor P.A. el 10 de octubre de 2011, y iii) el perito siquiata, dr. Servio Ricardo Tamayo Fonseca, quien valoró a la víctima el 16 de febrero de 2012. Ante todos ellos, de acuerdo con el enfoque de la especialidad de cada uno, el menor relató los hechos victimizantes, de modo que las atestaciones de los expertos forenses configuraron prueba de referencia del relato que ante ellos hiciera la víctima.

Pero, al mismo tiempo, los aludidos profesionales fueron testigos directos de aquellos comportamientos que evidenciaron en el examinado y que, acorde con su criterio especializado, resultaron ser la consecuencia lógica de una agresión sexual como la narrada. Estas consecuencias comportamentales fueron directamente percibidas también por la madre de P.A., quien de igual forma hizo referencia, en

su declaración vertida en el juicio, al relato que escuchó de su hijo sobre la experiencia vivida.

La prueba testimonial vertida en el juicio oral dice así:

i) El perito en clínica forense del INML, dr. Fideligno Pardo Sierra, realizó el examen sexológico del menor P.A. En la audiencia del juicio oral, en la sesión celebrada el 27 de mayo de 2014, confirmó el contenido del informe pericial elaborado; definió el concepto de anamnesis y reseñó el relato de los hechos que le refirió el menor, en el sentido de que encontrándose en el interior de un vehículo de trasteo en compañía de **Pablo Rojas Morales**, este lo sometió de manera forzada a maniobras masturbatorias.

Su conclusión fue que se trató del relato de un episodio de abuso sexual, narrado de manera espontánea, y aun cuando el examen físico y genital fue normal tal cosa no descartaba los hechos referidos, pues aquellos de esta clase no suelen dejar huellas, y debe tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde el acontecimiento narrado.

Al contrainterrogatorio formulado por el defensor, el médico indicó haber practicado el examen 17 días después de los hechos denunciados, reiteró que no detectó lesiones en el examinado, que este expresó que **Rojas Morales** lo masturbó, y que las huellas de una equimosis, según sus características, puede desaparecer en un lapso entre 1 y 10 días. Al final, introdujo el informe base de su pericia.

ii) La sicóloga del CTI, Jenny Constanza Carvajal Martínez, declaró que el 10 de octubre de 2011 realizó la entrevista judicial en cámara de Gesell (no peritaje, aclaró) al menor P.A., y elaboró el correspondiente informe. Reseñó que el menor le narró los pormenores ocurridos en momentos en que se encontraba en el interior de un camión de trasteos con el señor **Pablo Rojas Morales**, a quien nombró como tío, por ser “*el tío del esposo de una prima*”.

El joven le relató que tras una charla sobre un viaje que su pariente había realizado a España, y la promesa de regalarle una gorra que había traído de ese lugar, aquel se le acercó, lo abrazó fuerte, lo requirió para bajarse los pantalones, so pena de “*atenerse a las consecuencias*”. Añadió que: “*el señor Pablo lo masturba hasta que termina... hasta que el señor Pablo eyacula y hasta que él eyacula*”; los tocamientos masturbatorios se repitieron luego de que **Rojas Morales** le hiciera “*una mirada muy fuerte*”, que lo atemorizó.

Dijo la sicóloga que en la práctica de esta entrevista aplicó el protocolo SATAC, y que el menor le manifestó tener buena relación con su madre y su familia, mas no con la familia de su prima y su esposo debido a los hechos narrados. La profesional reseñó haber observado que el entrevistado se expresó de manera tranquila y que su relato fue fluido; no obstante, este le expresó que, en ocasiones, se sentía incómodo, que al dormir no le daban ganas de levantarse por la situación narrada, y que se sentía culpable y triste por lo ocurrido.

iii) A su turno, el perito siquiatra del INML, dr. Servio Ricardo Tamayo Fonseca, confirmó haber valorado a la víctima el 16 de febrero de 2012. Con apoyo en el informe pericial por él elaborado, reiteró la narración que le hiciera el examinado sobre los hechos: en tal virtud, refirió, en síntesis, las circunstancias que rodearon las maniobras erótico sexuales de que fue objeto el menor por parte de **Rojas Morales** en el interior de un camión de trasteos, bajo la amenaza de atenerse a las consecuencias.

El siquiatra manifestó que, con posterioridad a este evento, el joven examinado padeció afectación en el ámbito familiar, psicológico y académico, sufrió alteraciones de sueño, pensamientos recurrentes alusivos al hecho victimizante (*“rumiaciones obsesivas en el pensamiento”*, precisó), e inició el consumo de sustancias estupefacientes.

Así expuso sus conclusiones el perito siquiatra:

“El cuadro clínico descrito previamente corresponde a un diagnóstico de trastorno de la adaptación con síntomas ansiosos, según las clasificaciones internacionales vigentes, condición para la cual no había recibido el tratamiento que amerita... el cuadro clínico descrito guarda una relación directa con los hechos investigados y es nuevo en la biografía del examinado, por tanto puede considerarse como una secuela directa de estos. El relato que hace el examinado de los hechos contiene coherencia interna y externa, es ausente de contradicciones, con estabilidad afectiva y cognitiva, y es similar a los realizados en otras ocasiones, los cuales reposan en el sumario. El examen mental evidencia un respaldo afectivo coherente a las ideas que expresa, evidenciándose espontaneidad, detalles, contextualización en tiempo y espacio de acuerdo a la edad. Se considera, por tanto, que su relato es compatible con la vivencia de un evento de abuso sexual... En el examen mental realizado a la fecha no muestra evidencia de patología sicótica, ni deterioro cognitivo, ya que tiene

conservadas las funciones mentales superiores y la capacidad de diferenciar la realidad de la fantasía. Presenta síntomas ansiosos que reúnen criterios para hacer el diagnóstico de trastorno de la adaptación con síntomas ansiosos, condición que repercute negativamente sobre su vida familiar, social y escolar, en el desarrollo de su personalidad y en su capacidad de vinculación afectiva...”

En cuanto a la credibilidad del dicho del examinado, el perito forense le respondió así al fiscal delegado:

“La valoración siquiátrica forense no da elementos para hablar de credibilidad, la credibilidad es un elemento que le corresponde evaluar a la autoridad, nosotros simplemente hacemos un análisis del relato, y en ese análisis del relato encontré que había una coherencia tanto interna como externa del relato, que había detalles de contexto que al contrastarse eran similares a los relatos que se habían hecho en otras oportunidades, y el afecto que acompañó al relato durante toda la entrevista era acorde a lo que expresaba. Todos esos elementos indican que el examinado estuvo expuesto a una situación de abuso sexual”

Más adelante, frente a una pregunta de la defensa, el siquiatra contestó lo siguiente:

“DEFENSOR: Cuando usted nos habla de un informe que usted hizo de probabilidad, ¿esa probabilidad es media, mínima, es una probabilidad alta, qué tipo de probabilidad? TESTIGO: Alta. Para el diagnóstico es una probabilidad alta; eso quiere decir que si el paciente es examinado por otro siquiatra, en las mismas condiciones, un siquiatra con una experiencia similar, con un alto porcentaje va a establecer el mismo diagnóstico, a eso se refiere la probabilidad alta”

Al final, mediante el testigo fue introducido al juicio el informe base de la pericia.

iv) Gleidy Liliana Roza Rodríguez, sobrina de la madre del menor ofendido, declaró el 25 de marzo y 9 de julio de

2015. Dijo que para la fecha de los hechos se estaba mudando del barrio El Tunal hacia Cedritos, que no acompañó al vehículo del trasteo pues aquel día se encontraba en Cedritos; adujo que la familia del menor P.A. era disfuncional, que el señor **Pablo Rojas** nunca le dio regalos o dinero al infante; que solamente en una oportunidad, por razón de una reunión familiar celebrada en 2008, **Rojas Morales** le dio veinte mil pesos en un juego de bingo, al igual que lo hizo con todos los niños de la familia que allí se encontraban.

Señaló que la relación entre el niño y **Rojas** era apenas ocasional y se limitaba a reuniones familiares; describe al hoy procesado como una persona cordial, calmada, respetuosa y conciliadora, nada que los hiciera pensar en algo “*extraño o raro*”; adujo que no existía interés alguno entre **Rojas Morales** y el joven. Señaló que éste no ejercía autoridad o mando alguno sobre P.A., y que esto no sería posible con apenas cinco encuentros y con un conocimiento apenas superficial. El día de los hechos observó en el hoy procesado un comportamiento normal y calmado.

v) La madre del menor ofendido refirió los hechos atinentes a la mudanza en la que ella misma y su hijo colaboraron, al igual que lo hicieron otros familiares de **Pablo Rojas Morales**. Mencionó que este último y P.A. se transportaron en un camión carpado, y que cuando llegaron al destino en el barrio Cedritos el joven le narró los hechos de que habría sido víctima: el niño le dijo que el esposo de su

prima ofreció regalarle una gorra, que enseguida lo tomó del brazo con fuerza y lo obligo a masturbarlo; que luego él mismo trató de soltarse, y que el agresor lo hizo bajarse los pantalones y lo masturbó.

Sobre lo que percibió la madre de la actitud de su hijo en los momentos inmediatamente siguientes al episodio, aquella dijo lo siguiente en respuesta al interrogatorio de la defensa:

“DEFENSOR: ¿Cómo era el comportamiento del muchacho en ese momento? ¿Cómo lo percibió usted? DECLARANTE: muy triste, el niño me bajó totalmente la mirada, estaba cabizbajo, se le vio la tristeza... el niño me abrazó, el niño se puso a llorar y me dijo: ‘mami, mire lo que ese señor me hizo’... el niño se entró conmigo en el cuarto, el niño estaba llorando... el niño estaba mal”.

En lo referente a los cambios de comportamiento que pudo observar en su hijo en la época subsiguiente al hecho victimizante, la madre relató lo siguiente:

“FISCAL: ¿Le ha notado cambios en el comportamiento a su hijo a partir de ese día? TESTIGO: Terribles. Después de que el niño tuvo ese problema, a raíz de eso el niño llegaba, él no dormía solo, cogió un tiempo le cogió rabia al papá, no se me acerque, se levantaba largas horas de la noche a gritar, no lo podía dejar solo, él se sentía como que le daba miedo todo...”.

Pues bien, las anteriores fueron las pruebas practicadas en el juicio (se introdujo, además, la estipulación sobre la identidad del procesado, y el examen de búsqueda de rastros biológicos en una prenda interior de la víctima); la Sala insiste en su postura anunciada en precedencia, en el sentido de que aquellas demuestran la materialidad de la

conducta y la responsabilidad del agente, no así la causal de agravación deducida, relativa a la autoridad que pudiera ostentar el sujeto activo sobre la víctima: ésta no fue acreditada.

En efecto: aun tomando en consideración las limitaciones en cuanto a la posibilidad de controvertir la fuente original del relato, cuando este es vertido por intermedio de un testigo de referencia, no cabe duda que la versión de los hechos que narró el menor ofendido a los peritos del INML que realizaron el examen sexológico y psiquiátrico, a la psicóloga entrevistadora del CTI y a su propia madre, muestran con claridad, de manera unánime y sin mayores inconsistencias o contradicciones, cómo fue que el hoy procesado realizó maniobras erótico sexuales sobre el joven P.A., episodio que sucedió cuando los dos se encontraban solos y confinados en un camión que transportaba un trasteo del barrio El Tunal hacia Cedritos.

Los relatos vertidos por los anteriormente mencionados tuvieron como fuente el relato que cada uno de ellos escuchó del joven agredido y, en términos generales, resultan coincidentes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos que se le atribuyen al señor **Pablo Rojas Morales**.

Al margen de la prueba de referencia, concurre igualmente prueba directa: esta se configura con los testimonios de los forenses del INML y la psicóloga del CTI, al

igual que con la entrevista elaborada por esta última y los estudios periciales elaborados por los citados médicos, particularmente sobre lo que cada uno de ellos pudo percibir del comportamiento del joven ofendido, y de sus apreciaciones sobre el vínculo causal entre la conducta anormal del menor y la vivencia narrada.

Recuérdese que el perito psiquiatra, con fundamento en las reglas que rigen su profesión, halló en el examinado los comportamientos y secuelas que le suelen sobrevenir a un adolescente como consecuencia de haber sufrido un episodio de abuso sexual, comportamientos que, según su evaluación, no se podían atribuir a ninguna otra clase de vivencia.

Así lo concluyó el profesional: *“el cuadro clínico descrito (trastorno de adaptación con síntomas ansiosos) guarda una relación directa con los hechos investigados y es nuevo en la biografía del examinado, por tanto puede considerarse como una secuela directa de estos”*. A una conclusión similar llegó el perito que elaboró el examen sexológico, quien aseguró en su informe que se trató del relato de un episodio de abuso sexual, narrado de manera espontánea, y aun cuando el examen físico y genital fue normal ello no descartaba los hechos referidos, pues la mayoría de hechos de esta naturaleza no dejan huellas.

Asimismo, la madre del menor y la psicóloga del CTI fueron unánimes en referir los posteriores cambios en el comportamiento de P.A., los mismos que el psiquiatra forense

vinculó directamente con el episodio de abuso sexual, y el mismo que –acorde con la prueba de referencia- narró el ofendido de manera coherente ante los citados funcionarios y su progenitora.

Así, entonces, surge nítido que la prueba indirecta, al igual que la directa, apuntan de manera sólida a la materialidad de la conducta típica deducida en la acusación y a la responsabilidad del procesado **Rojas Morales**, conclusión que no sufre mutación alguna frente a la propuesta defensiva en el sentido de hacer notar falencias en la práctica de los peritajes o en la entrevista de la sicóloga, procurar vincular los hechos de este caso con otros sucedidos posteriormente que no fueron probados en esta actuación, como tampoco frente a la tesis según la cual no existieron testigos directos o evidencia física de la agresión sexual, ni se conocieron ciertos detalles del episodio erótico.

Se tiene, entonces, un análisis inferencial en el que aparece demostrado un cambio de comportamiento en el ofendido que, acorde con las reglas de las ciencias del comportamiento humano, no tienen otra explicación que la de haber sufrido aquel un episodio de abuso sexual.

3. Fundamento probatorio de la causal de agravación específica

Ahora bien, como se dijo en precedencia, a juicio de la Corte no existe prueba de la materialidad de la causal de

agravación que consagra el artículo 211-2.º del C. Penal. Ésta determina lo siguiente: *“Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando... 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o le impulse a depositar en él su confianza”*. Así, la causal se configura cuando el agente ostenta una posición, carácter o cargo que le da una particular autoridad sobre la víctima, o bien, cuando ese mismo carácter, posición o cargo obliga a la víctima a depositar su confianza en el sujeto activo de la conducta.

En el caso presente, la acusación no revela con precisión cuál fue la circunstancia fáctica que permitiría aplicar la causal; tampoco dice si esta se materializó debido a que el carácter, posición o cargo que ostentaba el agente le otorgaba una particular autoridad sobre el menor, o si ese mismo carácter, cargo o posición del sujeto activo obligaba a la víctima a depositar en él su confianza. Allí, en la acusación, solamente se enuncia y transcribe la causal, y se dice que el hoy procesado era familiar (no se precisa esta condición) del esposo de la sobrina de la denunciante; nada más.

De la sentencia se infiere que para el Tribunal la causal de agravación se materializa por la autoridad que supuestamente tendría **Pablo Rojas Morales** sobre el menor P.A. Dicha autoridad la deriva la sentencia de la familiaridad

existente entre la víctima y el antes mencionado, pues aquel sería pariente de una prima del joven ofendido.

El Tribunal razonó así sobre la concreción de la causal de agravación:

*“De otro lado, es importante señalar que de las pruebas ampliamente analizadas se acreditó la existencia de agravación contemplada en el numeral 2.º del artículo 211 del Código Penal, ya que el procesado tenía cercanía afectiva, toda vez que el niño lo señalaba como ‘tío’, en el entendido que **Rojas Morales** tenía un grado de familiaridad con la prima del menor, y ello le permitía ejercer autoridad sobre él”.*

De manera complementaria, la decisión del Tribunal añadió: que “*existía un alto grado de confianza derivado de su cercanía familiar*”; que la víctima visitaba a **Rojas Morales** con ocasión de la celebración de eventos familiares; y que aquel le hacía regalos materiales, lo cual, en criterio de la citada Corporación, fue corroborado por la madre y prima del menor.

Pues bien, la Corte insiste en que la materialidad de la causal de agravación carece de demostración:

En primer lugar, porque no existe prueba de que el ofendido sea familiar del hoy procesado; ese vínculo -que el Tribunal da por demostrado a partir del dicho de la madre de la víctima y de su prima Gleidy Liliana Rozo- existiría entre el esposo de la prima de la víctima y el señor **Rojas Morales**, en el sentido de que, al parecer, este último sería tío del anterior, vínculo que -se insiste- no aparece suficientemente

demostrado, como tampoco lo está que el sobrino del hoy procesado sea cónyuge de una prima de la víctima.

En segundo término, porque resulta cuestionable concluir que de la sola supuesta familiaridad entre víctima y victimario se derive siempre y necesariamente una percepción o relación de autoridad.

Lo anterior significa que, para el caso presente, la relación entre víctima y victimario, si pudiera tenerse por demostrada, sería un lejano vínculo de afinidad, no de consanguinidad. Y es que, de todos modos, ese lejano vínculo de afinidad tampoco aparece probado en la actuación, pues para tenerlo como tal ha debido demostrarse la unión (matrimonial o de hecho) entre la prima del joven P.A. y el sobrino del ofensor, así como el vínculo de consanguinidad entre **Rojas Morales** y su sobrino, esposo de la prima del menor: nada de esto encuentra cabal acreditación en el proceso, ni fue objeto de una especial indagación en los interrogatorios.

Adicionalmente, dígase que el supuesto vínculo de familiaridad entre la víctima y el agresor, que el Tribunal estima acreditado, no es de aquellos que naturalmente, o acorde con las convenciones y usos sociales, representan autoridad: esta suele caracterizar las relaciones familiares entre los hijos con sus padres, con sus abuelos, con sus hermanos mayores o con sus tíos adultos; pero no aparece claro ni suele suceder que esa autoridad -o la percepción de

la misma- provenga naturalmente del tío del esposo de una prima, o por lo menos tal cosa no se probó en el proceso.

En contraste, lo que se acreditó fue que el contacto en el ámbito familiar entre víctima y victimario fue muy ocasional y relativamente escaso. Y el hecho de que –como así lo refiere Gleidy Liliana Rozo Rodríguez- en una celebración familiar acaecida tres años antes de los hechos **Rojas Morales** le hubiera regalado veinte mil pesos a P.A., al igual que lo hizo con los demás niños de la familia que allí estaban presentes, no parece ser una circunstancia que le diera una particular autoridad sobre el infante.

Por otra parte, la supuesta autoridad que tendría el hoy procesado sobre el niño fue negada por la citada Rozo Rodríguez, quien declaró que **Pablo Rojas Morales** no ejercía autoridad o mando alguno sobre P.A., y que tal cosa no sería posible con apenas cinco encuentros familiares a lo largo de la vida del joven, y con un conocimiento personal muy superficial.

No se desconoce que el perito siquiatra concluyó en su informe que el victimario era percibido por el ofendido como una figura de autoridad. Pero -una vez más, y al igual que lo hiciera el Tribunal-, esa autoridad la dedujo el perito del vínculo familiar, como si pudiera afirmarse que toda relación familiar -cercana, lejana, de afinidad o de consanguinidad- necesariamente llevara consigo también un vínculo o percepción de autoridad.

Por las anteriores razones, la Corte, en sede de verificación del principio de doble conformidad, en particular en lo que tiene que ver con el sustento probatorio del juicio de condena, no encuentra acreditada la causal de agravación deducida en la acusación y en la decisión del Tribunal.

4. Redosificación de la pena de prisión

Como consecuencia de lo anterior, la Corte **modificará parcialmente la pena de prisión** impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá y procederá a su **redosificación**, pues la causal de agravación indebidamente deducida supuso un incremento de la tercera parte a la mitad, respecto de la pena contemplada en artículo 206 del C. P. (modificado por el art. 2.º de la Ley 1236 de 2008), tipo penal básico que determina la pena para el delito de acto sexual violento entre 96 y 192 meses de prisión. El incremento de la tercera parte a la mitad de la pena (según el art. 211, numeral 2.º, del mismo estatuto) arroja un mínimo de 128 y máximo de 168 meses de prisión.

El Tribunal, en virtud del incremento punitivo que acarrea la citada causal de agravación, fijó la pena de prisión en el límite inferior del primer cuarto de movilidad, esto es, en 128 meses de prisión. De manera que, una vez excluida la circunstancia que permite ese aumento, la pena de prisión habrá de fijarse definitivamente –con los mismos criterios deducidos en la sentencia- en el límite inferior del primer cuarto de punibilidad que se extrae del tipo penal básico (art.

206 del C. Penal), esto es, en 96 meses de prisión, lapso al que, igualmente, se reducirá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

5. Conclusión

En virtud del examen de la garantía de doble conformidad que ampara la primera condena, la Corte habrá de **revocar parcialmente** la sentencia dictada por el Tribunal, en el sentido de indicar que el procesado **Pablo Rojas Morales** es responsable a título de autor del delito de acto sexual violento (artículo 206 del Código Penal), sin la causal de agravación consagrada en el numeral 2.º del artículo 211 del mismo estatuto.

Como consecuencia de lo anterior, **redosificará** la pena principal de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y las fijará definitivamente en **96 meses**.

En todo lo demás confirmará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

VIII. R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal, en el sentido de indicar que el procesado **Pablo Rojas Morales** es responsable a título de autor del delito de acto sexual violento (artículo 206 del Código Penal), sin la causal de agravación consagrada en el numeral 2.º del artículo 211 del mismo estatuto.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **REDOSIFICAR** la pena principal de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y las fijarlas definitivamente en **96 meses**.

TERCERO: CONFIRMAR EL FALLO en todo lo demás.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria