

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

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

Magistrado Ponente

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

**SP12901-2014**

**Radicación 42606**

Aprobado Acta No. 318

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014).

**VISTOS**

Luego de admitida la demanda de casación presentada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el agente del Ministerio Público contra el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de (...), procede la Sala a emitir la sentencia respectiva dentro del proceso que se adelanta a AJMB, como presunto autor de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES FÁCTICOS**

Los hechos que motivaron este proceso fueron sintetizados por el *ad quem*, en los siguientes términos:

*El 3 de julio de 2009, el joven A.J.Q, quien para esa data contaba con 17 años, denunció a AJMB, afirmando que éste ciudadano venía abusando sexualmente de él desde que tenía 11 años y hasta que cumplió 16. Preciso el joven que las agresiones tuvieron lugar en la casa de habitación que compartía con la madre en la (...) de (...), donde se alojaba su agresor cuando venía de (...) por ser familiar de su progenitora; que la estadía de aquel en su casa tenía ocurrencia cada ocho días hasta que cumplió 13 años, después de lo cual permanecía en su casa dos semanas y regresaba a (...) una.*

*Señaló que las agresiones empezaron con besos en la boca que luego fueron acompañados de caricias en el pene, para después una noche en una finca de (...) pasar a accederlo carnalmente, agresión que se hizo usual cada vez que el acusado visitaba (...).*

### **ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

1. El 31 de octubre de 2011, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a AJMB como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en

concurso con el de actos abusivos con menor de 14 años, agravados, cargos que fueron rechazados por el procesado.

En la misma fecha se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

2. El 27 de enero de 2012 se presentó escrito de acusación en contra del procesado, por los mismos comportamientos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar de formulación de imputación.

3. Formulada la acusación y adelantado el juicio ante el Juzgado 14 Penal del Circuito de (...), dicha autoridad en sentencia de 31 de mayo de 2013, condenó a AJMB por los delitos por los que fue acusado, imponiéndole la pena principal de 9 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal.

4. Contra dicha determinación la defensa interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de (...) el 29 de agosto de 2013, autoridad que revocó la sentencia condenatoria para en su lugar absolver al procesado, disponiendo su inmediata libertad.

5. El fallo de segunda instancia fue recurrido en casación por el representante de la Fiscalía General de la Nación y por el delegado del Ministerio Público.

6. La Corte en auto de 4 de diciembre de 2013, admitió las demandas de casación y su sustentación oral se llevó a cabo en audiencia de 21 de julio de 2014.

## **LAS DEMANDAS**

### **1. MINISTERIO PÚBLICO**

Al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el delegado de la Procuraduría General de la Nación acusa a la sentencia de segunda instancia de adolecer de yerros en la apreciación de las pruebas.

Inicia su discurso haciendo un recuento de lo narrado por la víctima, quien fue muy claro en señalar que los abusos por parte del acusado comenzaron cuando ésta apenas contaba con 12 años de edad y que se prolongaron hasta que cumplió los 16, momento en el que decidió contarle lo sucedido a su progenitora porque ya no soportaba la situación y las amenazas de AJMB, de contarle a sus amigos y amigas que era homosexual y que sostenía relaciones sexuales con él.

Igualmente, alude al relato de la madre del ofendido a quien le consta la ocurrencia de los hechos por lo que le contó su hijo, y que pudo confirmar cuando sorprendió a AJMB en el momento en que se disponía a abusar nuevamente de su hijo, siendo este ya mayor de 14 años.

El agente del Ministerio Público muestra inconformidad con el razonamiento del Tribunal acerca de que las pruebas muestran una relación homosexual consentida, sin que logre precisarse en qué fecha inició, puesto que para el recurrente lo que se probó fue que AJMB comenzó sus abusos cuando el joven tenía apenas 11 años de edad, siendo el acusado quien permanente celaba al entonces menor y le daba regalos para mantener la relación, y no como lo indicó el ad quem, que era la víctima quien se mostraba celoso y le exigía obsequios y dinero al procesado.

Resalta que la prueba ofrecida por la defensa se encaminó a demostrar que el contacto sexual tuvo ocurrencia con posterioridad al año 2006, cuando el menor ya había superado los 14 años de edad, hipótesis que se sustenta en el dicho de los amigos y familiares del acusado, quienes faltan a la verdad para favorecerle, incluso negando la relación, la cual sin lugar a equívocos existió y se remonta a cuando la víctima tenía 11 años de edad.

Agrega que el testimonio de LJLG acredita que la víctima andaba con el procesado desde que tenía entre 13 y 14 años, y que se quedada en la casa de los padres de AJMB en la misma habitación de éste.

Califica de errada la conclusión del Tribunal acerca de que los motivos que llevaron al ofendido A.J.Q a denunciar, obedecieron al cansancio que le generó la relación homosexual con AJMB, puesto que la víctima fue muy clara al señalar que lo hizo debido a las amenazas del acusado de revelar que era homosexual e impedirle entablar cualquier tipo de relación con hombres y mujeres.

Alude al testimonio de la médico legista María Isabel López, respecto del cual afirma que fue indebidamente apreciado por el Tribunal, pues como lo indicó la perito, no siempre una relación sexual por vía anal deja fisuras o lesiones, lo cual explica la razón por la que no se encontraron ese tipo de vestigios en la víctima.

Resalta que A.J.Q le narró tanto a la médico forense como a la psicóloga el abuso del que fue víctima desde los 12 años, lo cual le generó un cuadro depresivo del que dio cuenta esta última profesional, lo que sumado a la versión del joven afectado y de su madre, desacreditan lo manifestado por el

procesado y por los testigos ofrecidos por el defensor acerca de que los episodios sexuales tuvieron ocurrencia después del año 2006, cuando la víctima ya era mayor de 14 años, frente a los que el Tribunal otorgó total credibilidad desconociendo los medios de convicción que llaman la atención del Ministerio Público.

Solicita que se case la sentencia con el fin de que se condene a AJMB en los términos en que lo hizo el fallador de primera instancia.

## 2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Sostiene el representante del ente acusador que de conformidad con la causal tercera de casación, el Tribunal Superior de (...) incurrió en errores de hecho en la apreciación de las pruebas que conllevaron a la aplicación indebida de los artículos 7, 372, 381, 382 y 404 del Código de Procedimiento Penal y a la correlativa falta de aplicación de los artículos 31, 208, 209 y 211 numeral 2° del Código Penal.

2.1 El delegado fiscal afirma la existencia de un error de hecho por falso juicio de identidad que recayó en el testimonio de la víctima A.J.Q., cuando el ad quem concluyó que el ofendido, con el único fin de justificar que tenía una relación

homosexual con un hombre mucho mayor, fue que se inventó que la misma inició desde que era un niño y contra su voluntad.

Para demostrar dicho reparo, transcribe el testimonio de A.J.Q y luego lo que sobre el mismo dijo el Tribunal en su sentencia, para acto seguido indicar que la tergiversación consistió en que el ad quem, pese a lo sostenido por el afectado, concluyó que se trató de una relación homosexual consentida, desconociendo el relato claro y detallado que éste hizo sobre los episodios sexuales que sucedieron antes de que él cumpliera 14 años y que se remontan a la tierna edad de los 11 años.

Añade que resulta explicable que A.J.Q hubiera denunciado los hechos hasta que cumplió los 16 años, pues para ese momento tenía mayor capacidad de entender que fue maltratado y la madurez necesaria para rechazar la presión a la que fue sometido por su agresor. Como soporte de su aserto, el delegado fiscal cita el testimonio de la perito experta en psicología, quien explicó al detalle el llamado síndrome de acomodación, propio de episodios de abuso sexual y que explica el comportamiento de la víctima cuando guarda silencio sobre los sucesos.

Sobre el testimonio de la perito, señala este recurrente que no tuvo en cuenta el Tribunal que la psicóloga, al valorar a A.J.Q., hizo hallazgos de los trastornos y secuelas que le dejó el

abuso sexual desde los 11 años, circunstancias que no estarían presentes si en realidad entre el procesado y la víctima hubiera existido una relación homosexual consentida, como erradamente lo concluyó el Juez Colegiado.

Agrega que tanto el testimonio de A.J.Q como el de su progenitora fueron tergiversados, ya que ambos coincidieron en manifestar que el primer acceso carnal ocurrió cuando aquél tenía doce años de edad, sin que tenga relevancia que en algunos apartes de sus declaraciones, indicaran que fue para los años 2003, 2004 o 2006, pues nunca ha habido confusión en los testigos acerca de que tal hecho sucedió cuando el menor apenas contaba con 12 años de edad, al igual que los primeros actos sexuales (tocamientos y besos), sucedieron antes, cuando el niño tenía 11 años.

Riñe con lo deducido por el fallador de segunda instancia al restarle mérito probatorio al testimonio de la víctima, cuando sostuvo que no era creíble que si a los 12 años fue accedido carnalmente, el menor no manifestara muestras de dolor físico, dado que el Tribunal desconoció que el ofendido sí informó que cuando eso pasó sintió mucho dolor y que incluso sangró al momento de ir al baño, inmediatamente después de tal hecho al que fue presionado por AJMB, quien le decía que no hiciera ruido y que aguantara.

Extraña los argumentos que debió esgrimir el Tribunal para dotar de mayor credibilidad a los testigos de descargo, en especial al de Andrés Felipe Suárez, frente a las contundentes y claras manifestaciones de la víctima.

2.2 Como segundo cargo propone un falso juicio de existencia por omisión, el cual dice recae en el testimonio de SMC.

Luego de transcribir lo que dijo la declarante, afirma el delegado fiscal que el testimonio antes referido fue practicado por solicitud de la defensa, cuyo contenido sostiene el recurrente, no fue siquiera mencionado en la sentencia pese a ser relevante, pues como vecina del acusado en el municipio de (...) pudo confirmar la presencia de A.J.Q en la navidad del año 2005, alojándose en la casa de AJMB, momento para el cual el ofendido era menor de 14 años.

La trascendencia de dicha omisión la hace consistir en que la referida prueba desacredita uno de los hechos con base en los cuales el Tribunal sustentó el fallo absolutorio, esto es, que la presencia de la víctima en el municipio de (...), domicilio del procesado, se verificó solo hasta después de la semana santa del año 2006, cuando A.J.Q ya superaba los 14 años.

Añade que lo dicho por SMC confirma lo que desde un principio señaló A.J.Q., acerca de que fue abusado sexualmente por el acusado cuando aún era menor de 14 años, lo cual resulta consistente con la grabación que de una conversación entre él y AJMB, hizo la víctima, en la que éste último le dice que manifieste ante la autoridad judicial que todo comenzó cuando él tenía 15 años, pues de lo contrario lo iba a perjudicar.

Frente a este reparo concluye que la violación indirecta de la norma sustancial por la errónea valoración de las pruebas, condujo a que se aplicara indebidamente el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 7º, 312 y 404 del Código de Procedimiento Penal, motivo por el cual considera que la sentencia debe casarse para, en su lugar, condenar al procesado por las conductas típicas descritas en los artículos 208, 209 y 211 numeral 2º del Código Penal, en concordancia con lo indicado en el artículo 31 del mismo estatuto normativo.

2.3 Como tercer reproche el delegado fiscal postula un error de hecho por falso raciocinio, derivado de la incorrecta valoración de las conversaciones telefónicas que la víctima sostuvo con el acusado el día 30 de mayo de 2008, llamadas que fueron hechas por AJMB un día después de que la madre del ofendido lo sorprendió cuando se disponía a tener relaciones sexuales con su hijo, en las que aquél le solicitaba a A.J.Q que

dijera que el trato íntimo entre ambos comenzó desde que éste último tenía 15 años de edad.

Resalta que a partir de tal circunstancia lo que concluyó el Tribunal fue que en realidad dicha relación homosexual empezó desde esa fecha, pero que de todas formas fue después de que el menor alcanzara los 14 años y no antes, por lo que el hecho atribuido al acusado no es punible.

Critica tal deducción, puesto que lo que era dable derivar de lo que el procesado le dijo a A.J.Q., era su intención de crear una coartada instruyendo a su víctima acerca de que debía decir que las relaciones sexuales comenzaron cuando ésta tenía 15 años de edad, porque solo así se libraría de su responsabilidad penal, tal y como expresamente lo manifestó en la conversación cuando dijo *«para que no me vayan a involucrar», «Ay A.J.Q porque eso me embalan después a mí»*.

Para el fiscal del caso la conclusión del Tribunal no es una inferencia razonable y, por el contrario, desconoce la regla de la experiencia según la cual lo expresado por el acusado no es nada diferente a una coartada para hacerle creer a la administración de justicia que comenzó a tener contacto sexual con A.J.Q., a una edad en la que el comportamiento de AJMB no es considerado como delito.

2.4 Otra de las censuras presentada también como un falso raciocinio, la hace recaer sobre la apreciación del testimonio de MIHA, por infracción a las leyes de la ciencia.

Esta declarante concurrió al juicio en calidad de perito forense, en orden a dar a conocer los resultados del examen físico que realizó a las partes íntimas de la víctima, quien concluyó que no siempre una relación sexual no consentida deja rastros visibles en la cavidad anal, aspecto que llevó al Tribunal a consignar en su sentencia la existencia de duda acerca de que el ofendido hubiera comenzado su vida sexual desde los once años con el procesado, pues a tan corta edad debieron presentarse lesiones consistentes con abuso, mucho más si como lo sostuvo A.J.Q., el mismo se prolongó por varios años, lo cual sirvió al ad quem para dar mayor credibilidad a la versión del acusado acerca de que la relación homosexual comenzó cuando A.J.Q era mayor de 14 años, por lo que tenía un mayor desarrollo físico.

Precisa que la ley de la ciencia ignorada, es la que señala que el ano está compuesto por un músculo que puede dilatarse o contraerse y acoplarse a un cuerpo, como lo es un miembro viril, sin que se produzcan desgarros que en caso de presentarse sanan rápido y en pocos días el ano recupera su tono normal.

Como soporte de su afirmación, refiere que este es un criterio tenido en cuenta por el Instituto Nacional de Medicina Legal en su Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual, en el que el hecho de que no se encuentren lesiones en esta zona, no descarta la existencia de penetración, como también así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, para lo cual cita la casación 35080 de 11 de mayo de 2011.

Señala que el fallador de segundo grado tampoco tuvo en cuenta que el examen sexológico se practicó más de un año después de que los actos de penetración cesaron, cuando el 29 de mayo de 2008 la madre de A.J.Q se dio cuenta de lo que estaba pasando entre el procesado y su hijo, y que éste le confesara que venía siendo abusado por AJMB

Solicita que se case la sentencia del Tribunal Superior de (...) y, en su lugar, se deje en firme el fallo condenatorio que se profirió en primera instancia contra AJMB

## **AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

### ***1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación (recurrente)***

La delegada del ente acusador reitera los cuatros cargos que presentó contra la sentencia del Tribunal Superior de (...) en los mismos términos expuestos en la demanda de casación, esto es, alegando la violación indirecta de la norma sustancial, por vía de errores de hecho derivados de falsos juicios de identidad, existencia y raciocinio.

Enfatiza que la afirmación del juzgador de segunda instancia a partir de las conclusiones de la perito médico forense, no son indicativas de la inexistencia del abuso narrado por la víctima, en la medida en que la ciencia enseña que el ano es dilatado al igual que el himen, por lo que puede permitirse la penetración del miembro viril sin que se causen lesiones.

También en que de acuerdo con la literatura científica que se encarga de citar, la mayoría de los niños entre los 6 y 11 años de edad que han sido accedidos carnalmente por el ano, no presentan huellas físicas para el momento en el que son valorados, por estar dicha cavidad compuesta de mucosas elásticas que sanan rápidamente sin dejar huellas.

Y en este caso, era evidente que no se iban a encontrar los vestigios que exige el Tribunal, dado que la víctima fue valorada un año después de que cesó el contacto sexual que venía sosteniendo con el procesado.

## ***2. Intervención de la Procuraduría General de la Nación (recurrente)***

Coincide la agente del Ministerio Público con los cargos propuestos por la Fiscalía General de la Nación.

Se refiere concretamente a los cargos primero y tercero del libelo presentado por la fiscalía, para indicar que el ad quem se equivocó al afirmar que del testimonio de la víctima no se podía dar por probada la existencia de relaciones sexuales antes de que llegara a la edad de 14 años, puesto que el ofendido siempre fue enfático en señalar lo contrario, esto es, que el primer acceso ocurrió cuando él empezó a estudiar el bachillerato, sin que la falta de determinación de la fecha exacta resulte trascendente como para no creer en su relato.

Afirma que el Tribunal Superior de (...) desconoció el estado de servidumbre sexual al que se hallaba sometida la víctima, lo cual explica el motivo por el que decidió denunciar solo hasta que alcanzó casi la mayoría de edad, en la que ya no aceptó más la conducta de su familiar, por lo que ideó un plan junto con su progenitora para sorprender a AJMB y así librarse de esa situación.

Añade la delegada de la Procuraduría, que se configuró un error de raciocinio en la apreciación de la conversación sostenida entre el acusado y A.J.Q, pues cuando aquel le manifiesta a este último su preocupación por la información que va a suministrar acerca del inicio de las relaciones homosexuales, lo advierte acerca de que puede verse comprometido cuando usó la expresión «*embalar*».

Califica también de equivocada la conclusión del ad quem, cuando a partir de la ausencia de lesiones en el ano de la víctima deduce que no existieron las relaciones que ésta describe, dado que también existe la posibilidad de que se sostengan relaciones vía anal sin que se causen lesiones o de ocasionarse éstas, sanan rápidamente, mucho más si como en este caso pasan varios días sin que exista contacto.

Adicionalmente, el Tribunal no tuvo en cuenta que de acuerdo con lo dicho por A.J.Q., la penetración no solo era vía anal, sino también oral, por lo que de todas formas así el fallador hubiera declarado dudosa la ocurrencia del primer tipo de contacto, de todas maneras subsiste la segunda clase de relación que también comporta una conducta de acceso carnal abusivo.

Como una cuestión final, la representante de la sociedad solicita que se decrete la nulidad del trámite al considerar que

como los hechos tuvieron ocurrencia entre los años 2003 a 2006, sin que los mismos puedan recibir el calificativo de delito continuado, el trámite por el que debió adelantarse este proceso era el regido por la Ley 600 de 2000, ya que la Ley 906 de 2004 entró a regir en el Distrito Judicial de (...) en el año 2007.

### ***3. Intervención de la defensa como sujeto procesal no recurrente***

Por su parte, quien representa los intereses del acusado sostuvo que ninguno de los cargos propuestos contra la sentencia del Tribunal Superior de (...) está llamado a prosperar, puesto que lo que se demostró fue la existencia de una relación homosexual consentida entre dos primos, de la que se enteró la madre de A.J.Q en el año 2008, pero lo que se quiso fue remontar los hechos al año 2003, con grave perjuicio para el acusado.

Llama la atención en que el supuesto ofendido rindió su testimonio en el juicio cuando ya contaba con 21 años de edad, pero tuvo dificultad a la hora de precisar la fecha en la que comenzó la relación con AJMB, y en las varias declaraciones que rindió indicó fechas diferentes.

Sostiene que la juez de primer grado acogió una de esas fechas pero sin valorar en conjunto todas las declaraciones de la

víctima, lo que sí hizo el Tribunal que acertadamente concluyó la existencia de duda probatoria que conllevó a la absolución del procesado.

Al referirse al falso juicio de existencia por omisión que se propuso frente al testimonio de SMC, señala que no se configuró tal vicio en tanto que la prueba sí se practicó, y de su contenido no necesariamente puede concluirse que el procesado sostuvo contacto sexual con A.J.Q en el año 2005, cuando aún era menor de 14 años, fecha en la que la testigo lo ubica en el municipio de (...) pasando la navidad.

Al referirse al yerro de apreciación de la pericia médico sexológica, le resta importancia puesto que nunca se ha negado que sí existió el suceso de la penetración anal por parte del acusado a A.J.Q, con el consentimiento de éste cuando ya contaba con la edad necesaria para permitir un acto de dicha naturaleza, aspecto que es confirmado por la propia profesional al consignar que la actividad sexual del entonces menor comenzó en el año 2008, fecha para la cual superaba la edad de 14 años.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala iniciará el estudio de fondo de los cargos propuestos contra la sentencia del Tribunal Superior de (...), abordando en primer término el referente a la nulidad postulada por la delegada del Ministerio Público, en cumplimiento del principio de prioridad que regula el recurso de casación, para luego incursionar en el análisis de los reparos por violación indirecta de la norma sustancial derivada de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

### **1. Nulidad por violación del debido proceso**

Sea lo primero precisar que este reproche no fue si quiera enunciado en la demanda de casación presentada por el Ministerio Público como recurrente, solo hasta la audiencia de sustentación del recurso es que dicho interviniente alude a una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

Al respecto cabe precisar que la audiencia para sustentar una demanda de casación que ya ha sido admitida, está concebida para que los recurrentes ahonden en los temas expuestos en el libelo y den a conocer a su contraparte las razones por las que atacan la sentencia de segunda instancia, a efectos de que se pueda ejercer la debida controversia.

Así lo ha expresado la corporación en oportunidad pasada:

*Las finalidades perseguidas con la intervención del demandante en la audiencia de sustentación, conforme lo ha sostenido la Sala<sup>1</sup>, son las de permitir la realización del principio de publicidad, facultar al actor a profundizar en sus tesis y la integración del contradictorio, al facultarse a los no recurrentes para pronunciarse, en el sentido de sus intereses, respecto de la demanda (CSJ AP, 9 Dic 2010, rad, 32506)*

*(...)*

*en la audiencia de sustentación el demandante no debe ir a leer lo que ya expuso en la demanda, sino que, además de hacer una breve síntesis de lo que planteó en ella, si a eso hay lugar, debe profundizar lo que dijo allí, no sólo para que los demás intervinientes tengan la oportunidad de oponerse o apoyar la pretensión, sino para que la sociedad pueda seguir y controlar la actividad de la judicatura y conocer la manera como sus jueces aplican el ordenamiento jurídico frente a hechos que de una y otra manera la conmueven.*

*Es esa, no cabe duda, la manera en que el principio de publicidad, caro a la sistemática acusatoria y, en particular, a la legitimidad de la actuación y decisiones de la justicia, se materializa en el recurso de casación». (CSJ, SP, 21 Nov 2009, rad, 31367).*

Sin embargo, pese a la novedosa propuesta anulatoria, estima la Sala que de todas formas se garantiza el derecho que tienen los no recurrentes de oponerse a tal pedimento, cuando el Ministerio Público expuso dicha censura contra la sentencia de segunda instancia, haciendo pública su solicitud para que se

---

<sup>1</sup> . Sentencias de mayo 21 de 2009 (casación 31367) y marzo 17 de 2010 (casación 32829).

anule al trámite, brindándole la oportunidad a las demás partes e intervinientes de pronunciarse acerca de la misma.

En tal medida, pese a que la propuesta de nulidad no fue incluida en la demanda de casación presentada por el Ministerio Público, de todas formas la Sala se pronunciará sobre la misma, habida cuenta de que se garantizó a la partes la contradicción frente a tal pedimento.

Aclarado lo anterior, se tiene que el cargo de nulidad se funda en que los hechos atribuidos al procesado tuvieron ocurrencia antes de que entrara en vigencia la Ley 906 de 2004 en la ciudad de (...) y en el Distrito Judicial de (...), motivo por el que el procedimiento debió adelantarse de acuerdo con el trámite que fija la Ley 600 de 2000.

Lo primero que debe precisarse es que de acuerdo con el escrito de acusación, los hechos de este proceso se remontan al año 2003 y se extienden hasta el 1° de abril de 2006, por ser esta última fecha en la que la víctima cumplió los 14 años de edad, es decir, los sucesos tuvieron ocurrencia tanto en vigencia de la Ley 600 de 2000 como de la Ley 906 de 2004.

Sobre este tipo de situaciones, esto es, cuando el delito se comete en vigencia de los dos sistemas procesales la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si

se trata de delitos de ejecución permanente, el trámite a seguir (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) se definirá según la fecha en la que se hubiera iniciado la investigación.

Así se ha señalado:

*Pues bien, esta temática no le ha sido ajena al estudio de la Sala, por ello tiene establecido y de manera pacífica, en postura que hoy prohija, que en tratándose de delitos permanentes o cometidos en concurso se impone (CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29586; CSJ AP, 15 Dic 2008, Rad. 30665; CSJ AP, 10 Mar 2009, Rad. 31180; CSJ AP, 29 Jul 2009, Rad. 31519, y, CSJ AP, 11 Dic 2013, Rad. 41187):*

*acudir a criterios objetivos y razonables, edificados éstos esencialmente en determinar bajo **cuál de las legislaciones se iniciaron las actividades de investigación**, la que una vez detectada y aplicada, bajo su inmodificable régimen habrá de adelantarse la totalidad de la actuación, sin importar que (al seleccionarse por ejemplo la Ley 600) aún bajo la comisión del delito -dada su permanencia- aparezca en vigencia el nuevo sistema.*

*Ya la iniciación de las pesquisas por los senderos de aquella normatividad marcará el rumbo definitivo del procedimiento a seguir. (...)"*. (CSJ SP 12 marzo 2014 rad. 36106)

El mismo criterio se ha aplicado en tratándose de delitos continuados (CSJ AP, 30 Abril 2014, rad. 43388), entendidos como «*varias y separables ejecuciones punibles que se ligan, en calidad de factor común aglutinante por el propósito que desde el inicio animó al autor*» (CSJ AP 28 Mayo 2014, rad. 43803):

*«Ya la Sala, en reciente decisión (CSJ AP, 22 de may. de 2013, rad. 40981), juzgó pertinente asimilar a los delitos continuados el tratamiento que se aplica a los casos de punibles de ejecución permanente en relación con la determinación del trámite a seguir cuando su comisión se prolonga durante una época en la que rigen*

varios sistemas procesales, como es el caso de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. En dicha providencia, en efecto, expresó:

*“Empero, si bien es cierto, el punible por el que se profirió condena, hurto agravado, no es de ejecución permanente, sí se trató de una conducta continuada, en la medida en que los múltiples actos de apoderamiento del dinero propiedad de la compañía Biodentales Ltda, bajo la misma modalidad y por las mismas personas, se ejecutaron durante los años 2003, 2004 y enero de 2005, motivo por el que es posible asimilar el tratamiento que se otorga al delito de ejecución permanente al momento de definir el procedimiento aplicable cuando su comisión se prolonga durante una época en la que transita más de una norma procedimental, con aquel que corresponde al delito continuado, esto es que será la ley procesal con la que se haya iniciado la investigación la que definirá el trámite por el que se regirá la actuación”.*

*Sea del caso precisar que el pronunciamiento dictado dentro de la radicación 24582, cuya data es del 29 de octubre de 2008, contrario a lo argumentado por el actor, no constituye fundamento para desechar la tesis de la razón objetiva en los casos de delitos continuados, pues si bien en esa decisión se señaló, remembrándose determinaciones anteriores (CJS SP, 26 de abr. de 2006, rad. 22027; CSJ SP, 7 de sept. de 2006, rad. 23790), que respecto de ese tipo de conductas “la legislación utilizable sería la vigente en el momento de la culminación del fin, es decir, el instante de la obtención del objetivo.”, tal criterio se prohijó para efectos de determinar la normativa de carácter sustancial más favorable para el reo, no así frente a la definición del procedimiento aplicable.*

*Siendo así la situación, es claro que ninguna irregularidad logra evidenciar el demandante cuando acusa a los juzgadores por aplicar al presente caso el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, si se tiene en cuenta que, ocurridos los hechos durante los años 2004 y 2005, la investigación se adelantó con fundamento en dicha normativa».*

Ahora bien, respecto de los delitos de ejecución instantánea que son cometidos en forma independiente y no mediados por la consecución de un propósito inicial, otra es la situación, en la medida en que éstos se agotan en un solo acto, y por lo mismo,

su comisión no puede extenderse en el tiempo de modo que cobije la vigencia de dos sistemas procesales, pues o se comete en uno o en otro, así se trate de hechos concursales como por ejemplo los delitos sexuales, cometidos durante determinado tiempo contra la misma víctima, pues cada episodio constituye una conducta punible que se agota en un solo momento.

No puede confundirse el concurso homogéneo sucesivo de un delito de ejecución instantánea con los punibles de ejecución permanente o el delito continuado, puesto que pese a que un ilícito como el primero en mención se cometa de manera reiterada y por un periodo de tiempo establecido, cada una de esas conductas comporta un delito independiente y autónomo respecto de los demás hechos concursales, por manera que en estricto sentido, en principio, cada uno de tales sucesos punibles daría lugar a la iniciación de un proceso penal de acuerdo con el procedimiento vigente para la fecha de su comisión, en aplicación de la regla que fija el artículo 50 de la Ley 906 de 2004, según la cual *«por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales»*.

Empero, dicha regla puede romperse cuando se trate de hechos conexos, tal y como el mismo precepto en mención lo contempla: *«Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente»*

El artículo 51 de la Ley 906 de 2004, señala que se presenta la conexidad cuando:

1. *El delito haya sido cometido en coparticipación criminal.*
2. *Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.*
3. *Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro.*
4. *Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra* (destacado fuera de texto).

Los supuestos en los cuales tiene lugar la conexidad son los siguientes: (i) cuando el delito ha sido cometido en coparticipación criminal; (ii) cuando se impute a una persona más de un delito realizado con unidad de tiempo y lugar. (iii) cuando se impute a una persona la comisión de varios delitos realizados unos con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro; y (iv) cuando se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Sobre dicha temática ha señalado la Sala:

*«Los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo (conexidad teleológica), por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto. También, cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra, v.g. Cuando se lavan los activos procedentes de un delito de extorsión (conexidad paratática) (...) en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (conexidad hipotática)». (CSJ SP, 5 dic 2007, Rad. 25931).*

Para el presente caso, de lo que se trata es de un concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años y accesos carnales abusivos con menor de 14 años, agravados, que se cometieron del año 2003 al 2006, bajo la misma modalidad delictiva; siempre, ya fuera en el municipio de (...) o en la ciudad de (...), y contra la misma persona, por lo que es indudable que se trata de hechos conexos que imponían ser investigados en un mismo proceso, además de que las evidencias a incorporar serían las mismas en cada uno de los procesos en caso de que cada acto sexual o acceso carnal se investigara por separado.

Quedando claro que los delitos concursales tenían que seguir una misma cuerda procesal, surge el interrogante de qué ley procesal acoger, si los primeros se cometieron en vigencia de un sistema y los últimos en vigencia de otro, pues recuérdese

que las conductas se cometieron entre 2003 y 2006, en (...) y en (...), es decir que respecto de los hechos acontecidos en la capital antioqueña a partir del primero de enero de 2006, estos fueron ejecutados bajo el trámite que indica la Ley 906 de 2004.

De acoger la pretensión de la delegada del Ministerio Público para que se rehaga el proceso, habría que dividir los hechos ocurridos antes del 1º de enero de 2006 y los acontecidos con posterioridad, para adelantar unos bajo la Ley 906 de 2004 y otros bajo la Ley 600 de 2000, al igual que discriminar cuáles de esos sucesos se llevaron a cabo en (...) después de esta data y así adelantar su investigación por la Ley 600, pues recuérdese que el sistema acusatorio en el Departamento de (...) empezó a regir el 1º de enero de 2007, mientras que en (...) lo fue a partir del 1º de enero de 2006, solución que claramente conllevaría al desconocimiento de que se trata de delitos conexos.

En ese orden, estima la Sala que no comporta irregularidad alguna trasgresora del debido proceso, el hecho de que la acción penal contra AJMB se hubiera adelantado por el trámite de la Ley 906 de 2004, pues se trató de hechos conexos cometidos en vigencia de ambos sistemas, los cuales fueron denunciados en el año 2009, por lo que no resulta irrazonable que para todos los delitos se hubiera seguido la referida normativa.

Adicionalmente, no observa la Sala que el procedimiento que se adelantó desconozca el debido proceso del acusado, puesto que tanto la Ley 600 como la Ley 906 establecen un trámite respetuoso de todas las garantías que componen el derecho al debido proceso y que son referidas en el artículo 29 constitucional, así como en los principios y normas rectoras desarrolladas por cada uno de estos ordenamientos procesales, razón por la que muy seguramente la delegada del Ministerio Público se abstuvo de exponer en concreto cuáles eran las razones por las que consideraba que se trasgredió dicha garantía, conformándose con afirmar que el trámite debía rehacerse por cuanto los hechos se cometieron en vigencia de la Ley 600 de 2000, esto último como lo ha advertido la Corte, no es del todo cierto.

En este orden de ideas el cargo de nulidad presentado por la representante de la sociedad no está llamado a prosperar.

## **2. Violación indirecta de la norma sustancial**

Habiendo quedado claro que para el presente asunto no concurre causal de nulidad que invalide lo actuado, emprenderá

la Sala el estudio de fondo de los cargos por violación indirecta de la norma sustancial.

## 2.2 Falso juicio de identidad

Los recurrentes hablan de una tergiversación de lo narrado por la víctima A.J.Q., toda vez que éste jamás sostuvo que entre él y su primo segundo AJMB, existiera una relación homosexual consentida, como sí lo concluyó el Tribunal, siendo éste uno de los principales argumentos con base en los cuales revocó la sentencia de primera instancia para absolver al acusado.

El error de hecho que proponen los libelistas corresponde a la trasmutación del contenido del medio probatorio, esto es, que el fallador transforma su texto para poner a decir a la prueba algo que en realidad no se deriva de ésta. No se trata aquí del cercenamiento o de la adición del testimonio del ofendido que también constituyen falsos juicios de identidad, pues en manera alguna se está acusando al sentenciador de segunda instancia de suprimir apartes de tal declaración o de adicionar otros para con base en ello adoptar una conclusión equivocada, sino de trastocar su contenido, valga decir, dar una interpretación errónea a lo expresado por el testigo, otorgándole un alcance equivocado a lo que la prueba objetivamente muestra.

De la lectura de la sentencia del Tribunal Superior de (...), observa la Corte que cuando el ofendido A.J.Q narró los hechos acerca de los contactos sexuales continuos que sostuvo con el procesado, los cuales se extendieron hasta que el menor alcanzó los 16 años de edad, el ad quem dedujo que el joven voluntariamente mantuvo dicha relación, siendo esta una afirmación propia del fallador y no del testigo, por lo que descartó cualquier episodio de abuso.

También que ante la manifestación que hizo A.J.Q acerca del aburrimiento que le generaba la actitud de AJMB a quien describe como un hombre celoso, posesivo e incluso violento, el juez de segunda instancia concluyó que fue la intención del menor de terminar con ese vínculo lo que lo llevó a decidirse a contarle a la madre, y para justificar la relación homosexual tuvo que mostrarse como una víctima, diciendo que el procesado desde los 11 años lo obligó a sostener sexo continuamente con él.

En esa medida, no advierte la Corte que el Tribunal hubiera cambiado lo señalado por el ofendido, ya que nunca el fallador sostiene que el declarante hubiera dicho que entre él y el procesado había una relación homosexual voluntaria y recíproca, esta fue la conclusión a que se arribó en el fallo a partir de ciertos señalamientos, como cuando A.J.Q afirmó estar «*aburrido*» con esa relación y que la misma se extendió hasta

cuando él alcanzó la edad suficiente para determinarse en su ámbito sexual, manifestación con base en la cual el juez de segunda instancia hizo deducciones incorrectas que riñen con la sana crítica, pues corresponden a un criterio eminentemente subjetivo, por lo que la queja en tal sentido corresponde a un falso raciocinio, antes que a un falso juicio de identidad por trasmutación.

### **2.3 Falso raciocinio**

Sobre esta clase de error de hecho que se deriva del desconocimiento indirecto de la norma sustancial, pertinente es hacer la siguiente referencia jurisprudencial:

*El falso raciocinio difiere de los falsos juicios de identidad y de existencia en que el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla le asigna un poder persuasivo que contraviene los postulados de la sana crítica, y en tales eventos el demandante corre con la carga de demostrar cuál ley científica, principio de la lógica o máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar el aporte científico correcto, el raciocinio lógico o la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto. (CSJ AP, 31 Oct 2012, rad.39489).*

2.3.1 Así las cosas, lo que corresponde es resolver el reparo postulado frente al **testimonio de la víctima**, de acuerdo con los presupuestos que estructuran el error de hecho por falso raciocinio y, de esta forma, superar los defectos de los que adolece el libelo en este punto particular, habida cuenta que la Corte claramente percibe dicho desatino en la sentencia de segundo grado, el cual debe ser corregido en aras de hacer efectivos los fines de la casación.

Entrando en materia, el falso raciocinio exige indicar en forma objetiva qué dice el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el juzgador y cuál es la correcta, así como el mérito persuasivo otorgado y el postulado lógico, la ley científica o la máxima de la experiencia que fue desconocida en el fallo. También corresponde identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada y la trascendencia del error en aras de establecer que de no haberse incurrido en el yerro aludido, el sentido de la sentencia habría sido sustancialmente opuesto a aquel contenido en la decisión atacada por vía del recurso extraordinario.

Frente a este tipo de violación indirecta de la norma sustancial derivada de un error de hecho, ha señalado la Corte que corresponde a quien lo alega demostrar:

*que los medios allegados al proceso legalmente, al ser sopesados por los falladores en su exacta dimensión fáctica, le asignaron un mérito persuasivo en total transgresión a los postulados de la lógica (aceptados como tales por esta disciplina del saber con exclusión de creaciones individuales) de la ciencia o pautas de la experiencia.*

*Habida consideración, tendrá como meta didáctica el demandante determinar: **i)** qué dice de manera objetiva el medio, **ii)** qué infirió de él el juzgador, **iii)** cuál valor persuasivo le fue otorgado, **iv)** indicar la regla de la lógica omitida o apropiada al caso, **v)** o señalar la máxima de la experiencia que debió valorarse, con el inmediato objetivo de probar que el fallo motivo de impugnación tuvo que ser sustancialmente opuesto: requerimientos que deben ser desarrollados de manera coherente con el fin perseguido.*

*Por último, es compromiso intelectual del profesional del derecho mostrar cuál es el aporte científico correcto y, por supuesto, la trascendencia del error, para ello tiene que presentar un nuevo panorama fáctico, como es obvio, contrario al declarado en las instancias. (CSJ SP, 19 Feb 2013, rad. 38359).*

Una de las formas de trasgresión que configura un falso raciocinio es el desconocimiento de las reglas de la experiencia entendidas como:

*construcciones teóricas, argüidas por el intérprete de la norma, que guardan relación con las costumbres, cultura y cotidiano vivir de grupos humanos en un contexto específico dado. Como son asimilables a leyes científicas, tienen*

*pretensiones de carácter universal (aunque serían más equivalentes a enunciados de alta probabilidad), razón por la cual deben ajustarse a la fórmula lógica “siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B”.*

*Ahora bien, la sola elaboración de máximas a partir de hechos no admitidos por las instancias carece de idoneidad para desvirtuar el valor de verdad de las conclusiones fácticas de los fallos.*

*Lo anterior implica que, cuando en casación es planteado un error de hecho por falso raciocinio derivado de la transgresión de una regla de la experiencia, el objeto de la crítica por parte del demandante no puede ser la propuesta de una máxima que pretenda desvirtuar el acontecimiento fáctico reconocido en el fallo materia de impugnación, sino la misma elaboración teórica de la cual el cuerpo colegiado se valió para inferir, a partir de la prueba de un determinado suceso, la existencia de otro. (CSJ SP 12 Sep. 2012, rad. 36824)*

Otra manera de infringir las pautas valorativas que brinda la sana crítica es el desconocimiento de las leyes de la lógica formal que «son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas

*posibles de inferencia racional*». (CSJ SP, 5 Jun 2013 rad, 34134). Tales principios de la lógica son los de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

Para el presente asunto, estima la Sala que respecto de la valoración del testimonio de la víctima se equivoca el Tribunal al desconocer los principios de la lógica, según pasa a explicarse.

En efecto, sostiene el ad quem que los motivos que condujeron a la víctima a denunciar el supuesto abuso varios años después del primer episodio, descartan que éste hubiera ocurrido, pero no tiene en cuenta que siempre A.J.Q sostuvo que debido a lo absorbente de la relación se vio compelido a contarle a la madre y de esta forma evitar el control que sobre él ejercía el procesado, quien utilizaba como instrumento de manipulación la amenaza de hacer pública la relación homosexual ante las amistades que estaba construyendo el joven en su plena adolescencia.

La forma de proceder del acusado es incluso aceptada por el fallador de segundo grado, cuando en su sentencia aludió al «*carácter dominante y celoso de A*», lo cual dedujo del contenido de las conversaciones telefónicas que sostuvieron AJMB y A.J.Q, circunstancia que no solo se extrae del dicho de la víctima, quien es claro al precisar las actitudes del procesado, del que puede afirmarse era un celoso obsesivo al punto que no

le permitía mirar a ninguna jovencita o saludar de beso a su prima, sino de la mencionada probanza documental en la que el procesado al dirigirse a A.J.Q utiliza expresiones como que no cree ser capaz de dejarlo; que definitivamente no lo va a dejar; también le exige que le sea fiel y que no tenga contacto con «*peladas*» porque no sabe de lo que sería capaz.

A partir de las razones que el joven expuso para justificar su decisión de contar tardíamente lo que pasaba con su familiar, el Tribunal concluyó que esa motivación lo que demuestra es que la relación homosexual era consentida por el menor y, por contera, nunca existió abuso.

Resulta equivocado tal razonamiento, habida cuenta que la intención de la víctima para que se supiera la verdad, incluso aceptar ser visto por su propia madre en una situación embarazosa cuando se disponía a tener relaciones sexuales con otro hombre que además era primo de su progenitora, no lleva a deducir que los episodios de abuso no se hubieran dado y todo correspondiera a una estrategia ideada por el joven para culminar esa relación, liberándose de la presión que ejercía el procesado sobre él, como así lo razonó el sentenciador de segunda instancia.

Lo que debe concluirse de la situación narrada es que era tal el dominio que el procesado ejecutaba sobre el entonces

menor, que éste prefirió exponerse ante su madre antes que continuar imbuido en esa relación que lo afectaba negativamente y no, como lo hizo el Tribunal, que el joven libremente sostenía relaciones sexuales con su primo, pues lo cierto es que A.J.Q siempre manifestó que se sentía controlado por el procesado, de donde el consentimiento tantas veces pregonado por el Tribunal como sustento del fallo absolutorio, no es una circunstancia que se pueda afirmar de forma categórica, ya que si la víctima se sentía presionada y por eso quería culminar el vínculo sexual con su familiar, tal y como lo acepta el ad quem, dicha relación no era del todo voluntaria.

Es por ello que en la sentencia recurrida se trasgrede el principio lógico de no contradicción, ya que se afirma, por un lado, que el ofendido estaba sometido a presión por parte de AJMB, quien lo amenazaba con hacer público lo que sucedía entre ellos si lo veía con otras personas, y de otro, al mismo tiempo se sostiene que A.J.Q consentía la relación sentimental de tipo sexual con aquel, es decir, en el fallo se le atribuye a dicho vínculo sexual dos características que resultan excluyentes, habida cuenta que de una parte dice que el joven quiso sostener relaciones sexuales con el procesado, y de otra que era un vínculo en el que menor era controlado y que no vio otra salida para acabar con aquél que llegar al extremo de contarle a su mamá e inventarse que el procesado lo obligaba desde los 11 años.

No entiende la Sala por qué el Tribunal afirma vehementemente que entre AJMB y el joven afectado existió una relación sentimental consentida a modo de un noviazgo, si de la declaración de la víctima lo que se observa es que éste nunca se sintió conforme con esa relación al punto que incluso pensó en suicidarse, además de que ese vínculo siempre estuvo mediado por la amenaza del acusado, de que si el menor culminaba el vínculo o el joven se fijaba en otra persona, le contaría a sus amistades que era homosexual, amigos que podía contactar porque sabía quiénes eran al haber indagado en el celular que le regaló al menor, así como en los medios que el joven utilizaba para comunicarse vía internet y la constante vigilancia a la que lo tenía sometido.

El ad quem asume que A.J.Q sostenía relaciones de tipo homosexual con el acusado, siendo ya un joven mayor de 14 años, por lo que no podía ser sometido ni manipulado por su familiar, asumiendo que las personas que superan esa edad no pueden ser objeto de abuso sexual a través de medios distintos a la violencia o a la puesta o aprovechamiento de situaciones que ubiquen a la víctima en una incapacidad física de resistir.

Aquí el Tribunal se conformó con acoger una conclusión derivada de un juicio lógico defectuoso, valorando además la prueba en forma aislada y no integral, pues tampoco se

preocupó por asumir la carga argumentativa de exponer porqué desligó la manipulación que el procesado ejercía sobre el menor, de las manifestaciones que insistentemente hizo acerca de que desde antes de que cumpliera 14 años mantuvo contacto sexual con su pariente, lo que muy probablemente explicaría de forma razonada el motivo por el que lo mantuvo en secreto por varios años, pues desde una muy corta edad fue sometido a asumir una situación para la que todavía no estaba preparado y por ello pudo ser fácilmente manipulado por un adulto para callar lo que le estaba sucediendo.

2.3.2 A esta conclusión debió arribar el fallador de haber valorado de manera objetiva y conjunta los medios de convicción, por ejemplo, la **prueba pericial psicológica** en la que la profesional en dicha disciplina hizo hallazgos consistentes con una situación abusiva y no consentida, pues al menor le generaba repudio el procesado, teniendo incluso reacciones físicas como náuseas, dolor de cabeza y pérdida del apetito, al recordar los momentos en los que le practicaba sexo oral al acusado, que le traía a la mente el olor del sudor de éste, lo que le generaba la reacción descrita por la psicóloga.

También emocionalmente dicha profesional lo encontró gravemente afectado con deseos de morir y con una profunda tristeza, rechazo hacia las personas que lo rodeaban y

aislamiento, consumo de sustancias alucinógenas, circunstancias que para la profesional corresponden a un cuadro depresivo originado en la forma como el joven inició su vida sexual, que le causó una grave afectación.

Parte de dicha sintomatología fue confirmada por la madre del ofendido al señalar que su hijo permanentemente se quejaba de dolores de cabeza que la llevaron a remitirlo al médico; igualmente recuerda la madre que A.J.Q, permanecía distraído, aburrido y amargado, describiendo la situación de «desesperación» en la que se encontraba su hijo.

No obstante las conclusiones de la prueba técnica y que encuentran respaldo en el testimonio de la madre de la víctima, vuelve el Tribunal a atribuir los hallazgos en la psiquis de la víctima, a la relación posesiva y de celos que tenía con AJMB, así como a su deseo de culminarla para poder relacionarse con jovencitas de su edad, pero sin ninguna base científica sino únicamente a partir de la *«opinión de la Sala»*, sin al menos señalar los motivos por los que desechaba la valoración psicológica, con indicación de por qué la misma no se encontraba acorde con postulados científicos y daba cabida a la hipótesis que se impuso en el fallo, a pesar del contexto que rodeó los acontecimientos, incurriéndose así en un falso raciocinio por desconocimiento de las leyes de la ciencia que soportaron la valoración psicológica practicada al joven A.J.Q.

En el mismo sentido dicha prueba científica fue desatendida por el Tribunal, cuando éste también atribuyó el hecho de la denuncia tardía de los hechos, a que el joven permitió la relación cuando ya tenía edad suficiente para decidir sobre su sexualidad y al querer terminar con ésta se inventó el abuso, desechando el ad quem las razones que al respecto suministró la experta acerca de que dicha actitud se explica por el «*síndrome de acomodación*» presente en víctimas de abuso sexual, sin que el fallador cumpliera con la carga argumentativa necesaria para desestimar la prueba pericial, nuevamente basado en su particular apreciación del suceso, sin ningún soporte probatorio de carácter científico que dejara sin fundamento lo dicho por la profesional en psicología y así restarle mérito suasorio a su declaración.

En ese orden, es válido el razonamiento de los recurrentes cuando afirman que de no ser cierto el abuso continuo del que fue víctima A.J.Q., no se hubieran registrado los hallazgos de los que dio cuenta la experticia psicológica, los cuales no se justificaron en una relación sentimental homosexual, sino en una clara afectación de la dimensión sexual del joven que solo se explica por haber sido obligado a sostener este tipo de contacto, pues le generaba asco, repudio y le impedía estar con mujeres como era su deseo.

2.3.3 En la misma clase de vicio incurre el fallador de segundo grado al apreciar el **peritaje de la médico forense**, quien valoró físicamente al ofendido en aras de encontrar signos de abuso sexual, profesional que al revisar los genitales del joven sostuvo que *«no presenta lesiones sobre su superficie corporal reciente asociadas con agresión sexual que permitan sustentar una incapacidad médico legal»*.

La afirmación de la médico forense sirvió de soporte para concluir la inexistencia del abuso sexual referido por A.J.Q., pues según el Tribunal necesariamente debía registrarse algún tipo de lesión en el ano del joven para concluir que fue sometido a un acceso carnal no consentido.

El fallador de segundo grado acoge esta conclusión sin ningún tipo de argumentación basada en alguna ley de la ciencia, que imponga que en todos los casos de penetración anal violenta o abusiva dicha cavidad presenta lesiones permanentes perceptibles a pesar del paso del tiempo.

Por el contrario, desconoce aquella expuesta por la perito, según la cual las relaciones sexuales vía anal no necesariamente dejan lesiones porque *«el esfínter anal está compuesto por un músculo, el cual se puede contraer o dilatar según el estímulo que se haga, entonces hay veces en que el esfínter es demasiado pequeño y la parte contundente es*

*demasiado grande, entonces en ese caso sí se pueden evidenciar tipos de daños o tipos de lesiones como serían la fisuras, pero eso no es necesariamente una regla ni necesariamente siempre se da, es ocasional».*

El razonamiento del Tribunal frente a esta prueba técnica es el producto de un falso raciocinio, pues funda su conclusión a partir de un criterio subjetivo sin ninguna base científica, dejando de exponer los motivos por los cuales no puede acogerse la conclusión de la perito, la cual deja abierta ampliamente la posibilidad de que el joven sí fuera sometido a relaciones sexuales anales sin que su esfínter registrara lesiones.

La anterior posibilidad se torna en una realidad si en cuenta se tiene que es un hecho probado, incluso aceptado por el procesado, que entre él y el ofendido hubo coito anal en varias oportunidades y por varios años, y aun así no se encontraron rastros físicos que lo acrediten, por tanto la deducción del fallador pierde todo peso.

Otra de las erradas conclusiones del sentenciador de segunda instancia, es la de restar credibilidad a las circunstancias que rodearon el primer acceso carnal narrado por el joven víctima, al exigir que éste debió hacer manifiestas expresiones de resistencia y de dolor que tuvieron que ser

percibidas por las demás personas que se encontraban dormidas en la misma habitación y no «*dócilmente guardar silencio*», puesto que el ad quem desconoce la regla de la experiencia según la cual en los casos de niños y niñas sometidos a abuso o acceso carnal, estos no reaccionan violentamente repeliendo la agresión cuando la misma es cometida por alguien cercano a su círculo social o familiar, justamente por su incapacidad de comprender que este tipo de acercamiento es indebido, mucho más cuando previamente ya han sido sometidos por su agresor a otro tipo de episodios sexuales que han servido de antesala al acceso carnal, lo cual explica porque «*permiten*» a su ofensor realizar la reprochable conducta.

Lo anterior es consistente con este caso, pues no podía exigírsele al menor que gritara o pidiera auxilio, si como él lo narra, antes de ser accedido vía anal, su primo ya lo había besado y había tocado en varias oportunidades sus partes nobles, al igual que se había ganado su confianza visitando su casa casi todos los fines de semana y compartido recurrentemente con él actividades familiares, aspectos que lo llevaron a no tener la reacción que ahora exige el Tribunal para darle credibilidad a su relato, motivo por el que se vuelve a advertir la incursión del Tribunal en un error de hecho por falso raciocinio.

Adicionalmente, el ad quem no apreció en forma integral el testimonio de la madre del menor quien coincidió con el joven acerca de que el procesado era una persona muy especial con ella y con su hijo, pues supo ganarse su confianza hasta el punto que se alojaba como un miembro más de la familia en la casa de su prima L, a quien también le hacía obsequios para fechas especiales como el día de la madre, el cumpleaños y la navidad, todo lo cual aconteció antes de que el joven alcanzara los 14 años de edad a quien también le compraba ropa y le hacía regalos, lo cual le generó a la madre cierto interrogante pero que nunca asoció con el abuso al que estaba siendo sometido su hijo.

2.3.4 El mismo vicio lo hacen recaer los demandantes en la apreciación de las **conversaciones telefónicas** que el procesado sostuvo con A.J.Q., al día siguiente de haber sido descubierto por su prima L, cuando se disponía a acceder carnalmente al menor.

Lo que hizo el fallador a partir de dicha probanza, fue reforzar la conclusión que ya había adoptado acerca de que el ofendido comenzó a tener relaciones sexuales con el procesado cuando ya contaba con la edad suficiente para adoptar libremente dicha determinación, esto es, cuando era mayor de 14 años.

Es cierto que en dichas conversaciones telefónicas se advierte una comunicación tranquila entre dos personas, en la que AJMB deja entrever su intención de no querer que la relación se acabe y que le va a comentar a «ella», al parecer refiriéndose a la madre del menor, que no lo piensa dejar e insistentemente le exige al joven que le sea fiel y que si lo ve con «peladas» no sabe lo que puede hacer porque está herido. Apartes que fueron los trascritos en la sentencia, y por contera, objeto de apreciación por el ad quem.

La prueba documental en mención conllevó a que el Tribunal descartara cualquier tipo de abuso en la relación de estos dos individuos y erradamente concluye que de las mismas lo que se observa es que el descubierto no solo fue el procesado, sino también la víctima, pasando por alto que lo que motivó a que la madre se diera cuenta de lo que pasaba entre su hijo y su primo, fue el producto de un plan ideado por madre e hijo para que el acusado no tuviera posibilidad de desmentir al menor al ser visto aprestándose a tener la relación sexual con A.J.Q., hecho que no es discutido por el Tribunal y que se tiene por cierto.

Es por lo anterior, que posterior a que la madre advirtiera lo que pasaba, el ofendido quiso mantener la apariencia ante AJMB de que él también había sido sorprendido por su progenitora L, sin que de dicha actitud sea válido afirmar que

las relaciones sexuales fueron consentidas y que las mismas solo se dieron después de que el menor llegara a la edad adecuada para decidir sobre su sexualidad, pues ninguno de los interlocutores hace afirmación alguna al respecto.

Tal conclusión obedece exclusivamente al criterio del Tribunal, sin que la actitud que A.J.Q., asumió ante el procesado luego de que L lo vio desnudo a punto de acceder carnalmente a su hijo adolescente, no es razón suficiente para deducir que el joven siempre estuvo de acuerdo con ello y que lo hizo después de sus 14 años como para que la afirmación del ad quem adquiriera la condición de verdad.

Desconoce el juez de segundo grado que por el hecho de que no se observe en el menor señal alguna de rechazo hacia quien viene agrediéndolo desde hace mucho tiempo y se lo escuche sosteniendo una conversación telefónica sin alterarse, no es un aspecto que razonablemente permita descartar la existencia del abuso, puesto que como se indicó en párrafos anteriores, en muchos casos quien es víctima de abuso sexual en forma constante y prolongada por una persona muy cercana a su entorno familiar, no desarrolla una respuesta agresiva y de total rechazo hacia su ofensor, incluso pueden establecer un vínculo que a los ojos de cualquier desprevenido corresponde a algo normal y cotidiano. De allí el falso raciocinio en el que incurre el fallador al desconocer dicha regla de la experiencia.

2.3.5 Otro error de raciocinio se aprecia en la estimación que se hizo en la sentencia de dichos diálogos, lo que en verdad hace que la tesis sobre la existencia de relaciones sexuales antes de que A.J.Q cumpliera 14 años, cobre mayor fuerza.

En efecto, es claro que el acusado le dio la instrucción al joven de que dijera que la relación comenzó después de sus 15 años de edad, pues de lo contrario podía verse comprometido, como cuando manifiesta que lo pueden «*embalar*», además de que también le dice al joven que «*no vaya a decir que yo lo amenazaba porque es más complicado*», y prácticamente le exige que le diga a una mujer de nombre D, que cuando le pregunte acerca de ello le diga que él nunca lo abusó y en contraprestación le promete una colaboración. De acuerdo con el testimonio de la madre de la víctima se logró establecer que la mujer de nombre D era la madre de un joven de nombre A a quien el procesado en varias oportunidades llevó a la casa de su prima L para alojarse ambos allí y con el que al parecer AJMB tenía una relación cercana.

Para la Sala la versión del ofendido cobra mayor fuerza demostrativa acerca de la fecha en la que comenzó su vida sexual con el procesado, toda vez que siempre o casi siempre que se le pide a una persona mentir sobre determinada

circunstancia, es porque la verdad de ésta resulta perjudicial para quien hace dicha petición y para este caso justamente la solicitud que le hace AJMB al menor se encamina a que mienta sobre la edad de inicio del contacto sexual, pues de no ser un aspecto del que podría derivarse perjuicio para él, no hubiera hecho énfasis en el mismo.

Empero, a la conversación citada en la sentencia el Tribunal solo le dio importancia para indicar que en todo caso, de la misma lo que se extrae es que las relaciones sexuales comenzaron después de que el joven víctima cumplió 15 años de edad, valga decir, en el año 2006, que en palabras del ad quem coincide con la fecha referida por el testigo FJ como aquella en la que se realizó el paseo familiar a la finca en (...), donde sucedió el primer acceso carnal que narró A.J.Q.

Es decir, el Tribunal utiliza dicha probanza para reafirmar su tesis acerca de que no se configuró situación abusiva alguna, en tanto el hecho se remonta a una fecha posterior al 1° de abril 2006, que es el momento en el que A.J.Q., alcanzó los 14 años de edad. Aquí se advierte otro yerro de apreciación probatoria, puesto que para el año 2006, el joven tenía 14 años de edad y no 15 como lo afirma el ad quem con el único fin de hacer coincidir lo manifestado por el acusado en dicho diálogo telefónico con la declaración de FJ, testimonio con base en el cual dio por probada la fecha en la que se perpetró el primer

acceso carnal, de manera que ambas pruebas se respaldaran entre sí.

De tal forma el fallador dejó de establecer la inferencia que surge a partir del hecho que dejó de considerar, y es que de no haber existido el contacto sexual antes de la edad fijada en la ley para que no comporte un abuso, AJMB no tenía por qué mostrarse seriamente preocupado por lo que pudiera decir A.J.Q., y el proceder de su progenitora, ni tampoco darle instrucciones claras al joven sobre este preciso y particular aspecto, circunstancias que de haber sido valoradas por el Tribunal, habrían llevado a deducir que la versión del ofendido era la más próxima a la verdad, frente a la que expuso el acusado al rendir su testimonio en el juicio acerca de que entre ellos había una relación homosexual consentida que inició cuando el menor era mayor de 14 años, siendo esta la hipótesis que acogió el sentenciador de segundo grado, pero producto de una defectuosa valoración probatoria.

#### **2.4 Falso juicio de identidad**

Pero no solo el Tribunal incurrió en dicho error de raciocinio al valorar los diálogos telefónicos entre el AJMB y A.J.Q., sino que además cercenó su integridad, lo cual comporta un error de hecho por falso juicio de identidad al no tener en cuenta el contenido total de la prueba, solo apartes de

ella, siendo el texto omitido de relevante importancia a la hora de establecer un indicio trascendental en la definición del asunto, que hubiera permitido la elaboración de un correcto razonamiento, a partir de la apreciación de la prueba del hecho indicador.

En efecto, hay algunos fragmentos de los diálogos sostenidos ente el joven A.J.Q y el procesado que no fueron siquiera mencionados por el fallador, en los que se observa la preocupación del acusado sobre la forma en que procedería la madre, utilizando expresiones como que se encuentra muy asustado, interroga insistentemente al menor acerca de dónde está su progenitora, para dónde se fue, que si no lo ha llamado.

Este tipo de manifestaciones, sumadas a la advertencia que le hace el acusado al menor para que diga que la relación comenzó después de que éste cumpliera los 15 años, son indicativas de que AJMB no quería que surgieran motivos que pusieran en evidencia su indebido comportamiento y evitar así que su prima L, madre de A.J.Q., acudiera ante las autoridades.

Y del hecho de que la progenitora de la víctima se decidiera denunciar a su pariente un año después de que descubrió que éste venía sosteniendo relaciones sexuales con su hijo, no es razón suficiente para desvirtuar que las mismas iniciaron siendo el joven menor de 14 años, como lo hizo el Tribunal,

desconociendo las plurales pruebas que así lo indicaban, pues la denunciante expuso en el juicio motivos razonables por los que no procedió inmediatamente, esto es, el pedimento que le hizo su padre para que dejara las cosas así y no causarle un dolor a los progenitores de su sobrino, pero que una vez el padre falleció, ella acudió junto con su hijo a la Fiscalía General de la Nación.

Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que la madre indicó que también debido a la actitud que asumió AJMB luego de que fue descubierto por la madre de A.J.Q., al llamar a la novia del joven para decirle que éste era homosexual y manifestarle a la familia que era «vicioso», se llenó de mayores motivos para denunciar el hecho y así aclarar ante su familia lo que realmente había pasado con su hijo y que él había sido una víctima de los deseos libidinosos del procesado, con lo cual se advierte que la prueba no fue valorada en su integridad, cercenando apartes importantes de su contenido lo cual comporta otro error de hecho distinto a los denunciados por los recurrentes y que la Corte debe ahora evidenciar.

Las explicaciones que suministró la madre de la víctima no se tornan en absurdas o descabelladas puesto que todavía en nuestro medio existe cierto grado de tolerancia frente a situaciones de abuso sexual, mucho más cuando ocurren en el seno de una familia, lo que explica el motivo por el que muchos

casos no llegan a ser conocidos por las autoridades, pues las víctimas y sus parientes prefieren guardar silencio por conveniencia de la familia o por no recordar episodios traumáticos con todo lo que implica someter a la víctima de esta clase de ofensas a un juicio.

La anterior máxima de la experiencia no fue tenida en cuenta por el sentenciador de segunda instancia, omisión que lo llevó erradamente a concluir que el retraso en denunciar es indicativo de que tanto la madre como el menor faltaron la verdad a la hora de establecer desde qué edad el joven comenzó su vida sexual con el aquí acusado, lo cual claramente corresponde a un falso raciocinio.

### **Falso juicio de existencia**

Otro de los aspectos probatorios en los que el Tribunal Superior de (...) funda su decisión absolutoria, es la falta de precisión acerca de la fecha exacta en la que iniciaron las relaciones sexuales, lo cual para el ad quem da lugar a una duda probatoria al existir tanto la posibilidad de que sucedieran antes de que el joven alcanzara la edad de los 14 años o después, debido a la vaguedad de las declaraciones del ofendido como de su progenitora.

En la sentencia se indica que tanto el ofendido como su madre L, ésta última por referencia de lo que le contó su hijo, ubicaron el primer episodio de acceso carnal cuando A.J.Q., tenía entre 11 y 12 años de edad, sin que de estos dos testimonios se lograra extraer en cuál de estas dos edades exactamente ocurrió dicho acontecimiento.

Sin embargo, pese a que aun habiendo sucedido el acontecimiento a los 11 o 12 años de edad del joven, de todas formas se configura la ofensa penal, el ad quem lo que hizo no fue concluir la existencia de duda frente a dicha circunstancia que es referida expresamente en su decisión, sino en realidad a que el ofendido mintió sobre la edad de inicio de la actividad sexual con AJMB, al otorgar crédito a la declaración de JFJS, primo del acusado, testigo ofrecido por la defensa quien declaró que el paseo a la finca en (...), lugar en el que supuestamente tuvo lugar el primer acceso carnal, ocurrió en el año 2006, cuando A.J.Q., ya contaba con 14 años de edad, probanza con base en la cual desacreditó lo manifestado por la víctima.

En discurso ilógico, pese a dar total crédito a la mentada declaración, más adelante el propio Tribunal sostiene que no le otorga ningún poder demostrativo a los testimonios de los familiares y amigos del procesado que fueron practicados a instancia de la defensa, ya que *«fueron interrogados de manera sugestiva por la defensa sin que el fiscal del caso o la juez*

*hicieran nada para que se corrigiera esa irregularidad, con lo cual casi que las declaraciones las rindió el defensor» (...) «En fin quisieron negar cualquier tipo de oportunidad para un encuentro sexual entre el acusado y el presunto ofendido, cuando de lo hasta aquí discurrido, si algo ha quedado claro es todo lo contrario».*

Lo que advierte la Corte con esta forma de valorar la prueba, es que el juez de segunda instancia incurre en un falso raciocinio por infracción al principio lógico de no contradicción, puesto que respecto de un mismo medio probatorio indica que merece poder suasorio suficiente para desestimar la acusación de la víctima, pero al mismo tiempo señala que no resulta creíble, ya que las declaraciones de los familiares y amigos del acusado, de la que hace parte la de JFJS, se encaminaron a beneficiarlo y a negar cualquier tipo de contacto entre él y el joven A.J.Q.

No tuvo en cuenta el ad quem que uno de esos testimonios traídos por la defensa, el de SMC, otorga credibilidad a lo afirmado por el ofendido acerca del momento en el que hizo presencia en el municipio de (...) en compañía de AJMB, ubicándolo en la casa de éste para la navidad del año 2005 y que incluso le atrajo el joven a quien le envió mensajes por conducto de AJMB, que aquel nunca respondió.

Dicha probanza, como acertadamente lo señalan los recurrentes, fue ignorada por el sentenciador de segundo grado, pues no fue de aquellas encaminadas a negar toda oportunidad para que el procesado entablara una relación con el joven, sino por el contrario muestra que sí se dieron esas condiciones cuando el afectado era menor de 14 años, por lo que el fallador tenía el deber de apreciarla e indicar el poder demostrativo que le otorgaba, indicando las razones por las cuáles no podía tenerse como respaldo de la narración de la víctima, a la que le restó cualquier mérito a la hora de demostrar el abuso y el acceso carnal abusivo reiterado, configurándose así un falso juicio de existencia por omisión con trascendencia en la decisión adoptada en segunda instancia, pues de haberse valorado habría permitido que el relato de la víctima fuera acogido como el soporte fáctico de la sentencia y por contera de la declaratoria de responsabilidad penal.

Es por lo anterior, que el cargo de falso juicio de existencia por omisión prospera.

En conclusión, la Corte advierte la incursión del Tribunal Superior de (...) en varios errores de hecho en la apreciación probatoria determinados por la violación indirecta de la norma sustancial, a partir de los cuales concluyó que el procesado siempre mantuvo contacto sexual con A.J.Q., por voluntad de

éste y cuando ya contaba con la edad suficiente para decidir sobre su sexualidad, desconociendo el mérito de otros medios de convicción indicativos de lo contrario y que despreció apartándose de la estimación objetiva de los mismos, lo cual condujo a que dejara de aplicar las normas que tipifican los comportamientos delictivos en los que a no dudarlo, incurrió AJMB antes de que A.J.Q llegara a la edad de 14 años.

Por último, respecto del discurso propuesto por la defensa del acusado en la audiencia de sustentación del recurso de casación en su condición de no recurrente, son escasas las razones que expone para desvirtuar los cargos propuestos en la demanda, en tanto que su principal, sino único argumento, es que se demostró que los hechos tienen que ver con una relación homosexual consentida entre dos primos, el menor de ellos con la edad suficiente para entablar libremente un contacto de esta naturaleza, conclusión que claramente se basa en una visión personal y subjetiva, sin referencia alguna a por qué en la valoración de la pruebas que hizo el Tribunal se encuentran ausentes los errores demandados en esta sede extraordinaria.

Y al intentar oponerse al falso juicio de existencia por omisión frente al testimonio de SMC, hace manifiesto su desconocimiento acerca de en qué consiste dicha equivocación, al referirse a que ésta no se configura porque la prueba se practicó, pasando por alto que el vicio en mención en nada se

relaciona con la circunstancia de si la prueba se practicó o no, sino al olvido del fallador en apreciarla a pesar de haber sido debidamente acopiada al proceso.

Saca partido la defensa de una afirmación hecha por la médico legista, acerca de que el menor al momento de la valoración le indicó que su vida sexual había iniciado a los 16 años, la cual utiliza para desvirtuar cualquier intento por que se afirme que fue antes de los 14 años, aspecto que para la Corte no tiene el poder suficiente a efectos de desvirtuar los señalamientos que siempre hizo el menor acerca de que fue abusado mucho antes de esa edad y que resultan consistentes con los hallazgos de la experticia psicológica, con la reacción del procesado cuando fue descubierto por su prima L y con la declaración de ésta acerca de la forma como se enteró de lo que pasaba con su hijo, probanzas que para la Sala son suficientes para dar por demostrado que A.J.Q., sí fue abusado sexualmente por el aquí acusado.

Es por lo anterior que se casará la sentencia, para que cobre vigencia el fallo condenatorio proferido por el juez de primera instancia.

### **Cuestión final- dosificación de la pena**

La Corte advierte que para el presente caso, contrario a lo consignado en el fallo de primera instancia, sí procedía el incremento punitivo que establece la Ley 890 de 2004 en su artículo 14, toda vez que después del 1° de enero de 2006, fecha en la que entró en vigencia el sistema penal acusatorio en la ciudad de (...), el procesado continuaba accediendo carnalmente al joven A.J.Q., situación que se extendió incluso después del 1° de abril de ese año, fecha en la que el adolescente alcanzó los 14 años de edad.

Resulta equivocado el motivo con base en el cual la juez de primera instancia inaplicó dicha norma, al indicar que como quiera que tal incremento generalizado de penas se justificaba solo para los casos en los que se pueden obtener generosas rebajas punitivas por razón de allanamiento y preacuerdos, lo que no es posible para delitos sexuales cuando la víctima es menor de edad a voces del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no tuvo en cuenta que esa prohibición no se extiende a la situación del aquí acusado, quien sí pudo haber logrado una rebaja de pena en caso de que hubiera aceptado su responsabilidad en los hechos, habida cuenta que esa proscripción entró a regir el 8 de noviembre de 2006, según lo indica el artículo 216 del citado código, es decir con posterioridad a que el ofendido cumpliera 14 años, siendo esta la fecha límite que observó la fiscalía para formular imputación, puesto que

respecto de los episodios sexuales posteriores a esa fecha, no hubo reproche penal.

Para mayor claridad el siguiente es el texto del artículo 216 de la Ley 1098 de 2006:

**ARTÍCULO 216. VIGENCIA.** *La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su promulgación. Con excepción de los artículos correspondientes a la ejecución del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, los cuales se implementarán de manera gradual en el territorio nacional empezando el primero de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009.*

*<Inciso corregido por el artículo 3 del Decreto 578 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> **El artículo 199 relativo a los beneficios y mecanismos sustitutivos entrará en vigencia a partir de la promulgación de la presente ley.***

(...)

*Publíquese y ejecútese.*

**Dada en Bogotá, D. C., a 8 de noviembre de 2006.**

Es decir, para este asunto el procesado en caso de que hubiera sido su voluntad aceptar los cargos, se habría hecho merecedor a las rebajas de pena concebidas para los preacuerdos y allanamientos, motivo por el que ante dicha posibilidad, el aumento de la tercera parte a la mitad de la sanción que señala el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, era aplicable en lo referente a los accesos carnales abusivos cometidos entre el 1° de enero de 2006 al 1° de abril de ese año, siendo tal comportamiento el más grave entre los delitos concursales, por lo que debió ser la pena de 64 meses en el mínimo a 12 años de prisión en el máximo, la sanción base a partir de la cual debió imponerse la pena definitiva.

Sin embargo, aun cuando surge evidente dicha irregularidad no puede la Corporación entrar a corregirla, en tanto que pese a que en este caso los recurrentes son los representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público, ninguno de ellos propuso la corrección de la sentencia en tales términos y aunque este fallo de casación implica un agravio para el acusado respecto del fallo absolutorio de segunda instancia que será casado, aumentar la pena que le irrogó el juez de primer grado comporta uno para su situación jurídica.

En ese orden, si la Sala redosificara la sanción, ajustándola a su legalidad para imponer una pena mayor a la que fijó el a quo, se estaría trasgrediendo la prohibición de *reformatio in pejus* para darle prevalencia al principio de legalidad, tensión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala en la que se ha establecido la regla según la cual debe primar la garantía en mención, así en este caso el acusado no sea recurrente y por tanto, en abstracto no se trate propiamente de una situación de apelante único, pues por obvias razones el procesado y su defensa no tenían interés en demandar en casación el fallo de segunda instancia por haber sido absolutorio.

Sobre el concepto de apelante único, la Corte hizo el siguiente análisis, el cual es oportuno traer a colación:

*En este orden de ideas, deviene clara la trasgresión del principio de la no reforma en peor, establecido en el artículo 31 de la Constitución Política y el último inciso del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el juez de segunda instancia tuvo en cuenta supuestos de dosificación punitiva que no aplicó el a quo como también el de competencia funcional.*

*En este estado del discurso, oportuno es precisar el concepto de apelante único al que se circunscribe la norma rectora antes referida, pues téngase en cuenta que para el presente caso fueron recurrentes tanto los procesados como el delegado del Ministerio Público, por lo que en principio podría pensarse que el precepto en mención aplica cuando solo uno de los sujetos procesales es el impugnante.*

*Frente al tema, en casación del 10 de octubre de 2012 dentro del radicado 39985, se precisó qué debía entenderse por apelante único así:*

*“El artículo 204 de la Ley 600 de 2000 contempla que, en el recurso de apelación, “la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”.*

*A partir de este mandato normativo, la Corte ha precisado que la competencia de la segunda instancia **no puede desbordar el tema de apelación propuesto por el recurrente**, como regla sustancial del debido proceso:*

*“[...] atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el a quo, sino como instrumentos de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, **limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude manifieste inconformidad.***

*”Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación pueda verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos*

arriba se ha dejado expuesto, **es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada.** Entenderlo de manera diversa conllevaría reconocer que la exigencia de interponer oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio”.<sup>2</sup>

Por otra parte, a raíz de la entrada en vigencia del artículo 20 de la Ley 906 de 2004 (que consagra la prohibición de reforma peyorativa en el nuevo sistema acusatorio), el ámbito de protección de dicho principio ha sido ampliado, entre otros, en el sentido de que **el término “apelante único” debe entenderse, en palabras de la Corte Constitucional<sup>3</sup>, en función del “interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes, siendo indispensable distinguir entre la impugnación a favor y en contra del condenado”.**

En anterior decisión en sede de tutela la Corte Constitucional reiteró la forma como debía interpretarse el artículo 31 superior cuando este alude al apelante único.

“Sea pertinente dejar en claro que si bien, apeló también la parte civil, la censura contra el proveído cobija una materia diferente, y en la institución de la prohibición de la reforma en peor, la condición de único apelante no hace referencia a la singularidad de la apelación de la parte condenada y que puede estar integrada por varios sujetos, sino a la singularidad del interés de ésta última. Ello significa que, debe atender el Juzgador un criterio material y no formal con base en el artículo 31 superior, esto es, que la interpretación a realizar deviene de la materia y no del número de recurrentes. Recordemos que la Corte señaló al respecto en sentencia T-503 de 2.003 que **“es claro entonces que la calidad de apelante único a que se refiere el art. 31 de la Carta Política de 1991 hace referencia al interés que se tiene para recurrir o a la naturaleza de las pretensiones y no a la cantidad de apelantes, sean ellos los condenados u otros sujetos del proceso”**<sup>4</sup>

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial aludido, emerge diáfano que para el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, los

---

<sup>2</sup> Casación 15262 del 2 de mayo de 2002.

<sup>3</sup> Sentencia C 591 de 2005.

<sup>4</sup> Sentencia T 291 de 2006.

*términos de la impugnación ordinaria, se hallan conformes con el concepto de apelante único, pues a pesar de que fueron dos los sujetos procesales recurrentes, **es el tema con el que cada uno manifestó su inconformidad, el que determina la limitante que debe respetar el fallador de segundo grado, es decir, frente a aspectos que no fueron objetados por los recurrentes, el ad quem no puede pronunciarse para hacerles más gravosa su situación.*** (CSJ SP 20 Nov 2013, rad, 39834. Subrayados y resaltados de la Sala)

De conformidad con lo anterior y como consecuencia de la casación del fallo de primera instancia, recobrará vigencia la sentencia condenatoria de segunda instancia, y por tanto, la pena allí impuesta se mantendrá aunque no hubiera sido la legalmente establecida para el delito que reporta la sanción mayor.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CASAR** la sentencia impugnada por prosperar los cargos postulados en la demanda.

**SEGUNDO: CONFIRMAR**, en consecuencia, el fallo de primera instancia que condenó a AJMB a la pena de 9 años de

prisión como autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales con menor de 14 años, ambas conductas agravadas, en concurso homogéneo y heterogéneo sucesivo.

**TERCERO:** Por la Secretaria de la Sala, líbrese la respectiva orden de captura para que AJMB cumpla intramuralmente la pena de prisión que se le impuso en la sentencia de primer grado.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

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

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**  
**SECRETARIA**

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

A continuación expreso las razones que me llevaron a salvar parcialmente voto en el presente caso. Mi respetuosa discrepancia con la providencia adoptada por la Sala en este proceso se concreta al aspecto donde se hace prevalecer el principio de la no *reformatio in pejus* sobre el principio de legalidad para abstenerse de enmendar el error cometido por los juzgadores al no aplicar el incremento de pena contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

No comparto la postura según la cual el principio de legalidad debe ceder a la *reformatio in pejus*, pues en mi concepto, aquel principio es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, sin el cual no es posible asegurar la realización de fines esenciales del Estado, tales como la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, conforme lo establece el artículo 2º de la Constitución Política, de tal forma que el principio de legalidad está llamado no sólo a lograr los principales fines del Estado de Derecho sino a evitar el caos y la arbitrariedad.

En otras palabras, habrá tranquilidad en el seno de la sociedad si el Estado, a través de sus funcionarios, actúa

siempre con sujeción a la ley. Ello, además, constituirá garantía de que sus decisiones sean justas.

El ceñimiento a la ley por parte de todas las autoridades públicas está consagrado en los artículos 1º, 6º, 121 y 123 de la Constitución Política. Sobre estas normas ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

“Así las cosas, encontramos que el artículo 1 constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6 de la Constitución Política que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

...

Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, y el artículo 123 estipula

que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior”<sup>5</sup>.

La función judicial no constituye una excepción al mandato superior de la necesaria sujeción a la ley. Por ello, en el artículo 230 de la Carta se consagra la siguiente perentoria disposición:

*“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.*

Es tan trascendental para un Estado la misión de administrar justicia, que el constituyente quiso reiterar en esa norma la necesidad de que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, estén sometidos a la ley. Sería inimaginable lo que podría suceder si no fuera así. El capricho y la arbitrariedad prevalecerían. Las decisiones justas y adoptadas en derecho desaparecerían del concierto nacional para convertirse en cosa del pasado.

En materia punitiva, el principio de legalidad está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la

---

<sup>5</sup> Sentencia C-028 de 2006.

Constitución política. Conforme a esa disposición, “(N)adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”.

Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera, que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley.

El reconocimiento universal del principio de legalidad no fue pacífico. Su consagración en materia punitiva se le debe en gran medida a CESARE BECCARÍA, quien inspirado en el pensamiento iluminista y en reacción a los desafueros de la monarquía, postuló el apotegma “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, cuyo fin estaba dirigido a propender porque se erigieran como delito solamente aquellas conductas que produjeran daño social, sin que pudiese existir persecución por los denominados vicios o pecados, según las definiciones de carácter meramente moral que los gobernantes asignaban *ex novo* a comportamientos de esa naturaleza<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> BECCARÍA, Cesare. De los delitos y de las penas. Estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Universidad Externado de Colombia, pags. XVII y 18. Beccaría rechazó firmemente la idea de que la pena tuviera fines expiatorios.

Buscaba también que las sanciones no fuesen inhumanas<sup>7</sup> y que se aplicaran, además, en forma proporcional al delito cometido<sup>8</sup>.

El pensamiento de BECCARÍA se inspiró en el contrato social de HOBBS y ROUSSEAU, entre otros. Conforme a esa concepción, los hombres vivían en un estado de naturaleza donde las constantes guerras hacían imposible la convivencia pacífica. Por eso decidieron celebrar un acuerdo, en virtud del cual entregaron a un tercero (el Estado) la potestad de regular sus vidas. Sin embargo, no entregaron el poder total, “*sino la porción necesaria para ‘mantener el buen orden’*”<sup>9</sup>. De ahí que “*con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana*”<sup>10</sup>.

Base del modelo contractualista fue, entonces, la imposición de límites al ejercicio del poder del Estado. Su control opera a través de las leyes que, en el campo punitivo, presupone definir en éstas qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a imponer por su realización.

---

<sup>7</sup> Estaba en desacuerdo con la tortura y tratos crueles, así como con la pena de muerte como sanción generalizada.

<sup>8</sup> Dentro de sus postulados también estuvo la igualdad de las sanciones. Decía: “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja” (pág. 20 ob. cit.).

<sup>9</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975.

<sup>10</sup> BECCARÍA, Cesare. Ob. cit. Pág. XVII.

Las ideas de los iluministas constituyeron motor de la revolución francesa de 1789, movimiento que llevó a la proclamación, ese mismo año, de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en cuyos artículos 5º y 6º quedó plasmada la supremacía de la ley. El siguiente es el texto de esas disposiciones:

**“Artículo 5:** *La ley puede prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena”.*

**“Artículo 6:** *La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puestos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos”.*

A su turno, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas quedó expresado en los artículos 7º y 8º de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, cuyos textos son del siguiente tenor:

**“Artículo 7:** *Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley.*

**“Artículo 8:** *La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.*

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano inspiró las Constituciones de los países donde se instauró posteriormente el modelo de Estado de Derecho, en el cual, por tanto, el principio de legalidad pasó a constituir elemento estructural y fundamento del mismo.

A tono con esa concepción, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el referido principio tiene una posición central en la configuración del Estado de derecho, en la medida en que es rector del ejercicio del poder y rector del derecho sancionador<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. Sentencias C-710 de 2001 y C-530 de 2003.

Es tal la trascendencia del principio de legalidad en los Estados democráticos de Derecho y tan importante para la convivencia de los ciudadanos, que ni aun en los estados de excepción es posible su suspensión. Así lo tiene previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica<sup>12</sup>, que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, el artículo 27 de la citada Convención dispone:

*“Suspensión de garantías.*

*1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

---

<sup>12</sup> Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (el subrayado es nuestro).

De tal manera que corresponde a las autoridades públicas no sólo cumplir las leyes sino velar porque no se desconozcan. Esa función, como servidores públicos que son, recae también en los jueces de la República. Por ello, cuando algún funcionario judicial, cualquiera que sea su jerarquía, advierta la vulneración del principio de legalidad, su deber es corregir dicho dislate. No puede, en modo alguno, erigirse en obstáculo del cumplimiento de esa obligación constitucional la prohibición de la *reformatio in pejus* consagrada en el inciso segundo del artículo 31 superior.

La veda de la reforma en peor no constituye un derecho absoluto<sup>13</sup>, de modo que si entra en tensión con el principio de legalidad es necesario ponderarlos para determinar cuál de los

---

<sup>13</sup> En la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional señaló que no hay derechos absolutos.

dos tiene prevalencia. “*La ponderación es... la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso*”<sup>14</sup>

Soy del criterio de que en esa ponderación es indispensable considerar la mayor jerarquía que tiene el principio de legalidad, en razón a su carácter estructural y fundante del Estado de Derecho, según quedó visto atrás. Esa mayor jerarquía determina que cuando entra en colisión con la no reforma peyorativa, deba siempre preferirse aquél.

En mi opinión, en la definición de cuál de los mencionados derechos debe prevalecer es indispensable también estimar el ámbito de protección que comprende cada uno de ellos, y así se tiene que mientras el principio de legalidad busca salvaguardar a la sociedad en general para garantizar que a quienes se aparten del ordenamiento jurídico se les dispense el castigo que la propia ley establece para el efecto, el principio de la no *reformatio in pejus* tutela solamente a quienes en asunto sancionatorio ostentan la condición de únicos apelantes.

El ámbito de protección, por tanto, es más amplio en el caso del principio de legalidad, pues abarca a toda la

---

<sup>14</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, tomo I, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 269.

comunidad, razón adicional para afirmar su prevalencia sobre el de la prohibición de reforma en peor.

Por lo demás, sabido es que en el moderno constitucionalismo el proceso penal ya no se concibe como el conjunto de normas orientadas, preferentemente, a garantizar los derechos defensivos del procesado. Hoy en día constituye también presupuesto de legitimación del sistema punitivo el respeto de los derechos a la víctima a buscar la verdad, la justicia y la reparación<sup>15</sup>.

En la resolución de la tensión entre el principio de legalidad y la prohibición de la *reformatio in pejus*, es insoslayable, en consecuencia, verificar si con la decisión judicial donde se aplica el segundo de esos principios se vulneran o no los derechos de las víctimas, siendo claro que lo primero acontece cuando, con evidente desconocimiento del ordenamiento jurídico, se impone una pena por debajo del mínimo previsto por la ley para el delito cometido. En ese caso, la víctima no obtendrá la debida justicia por el daño infligido.

De ahí que cuando la pena impuesta quebrante la legalidad, es deber del superior restablecer el ordenamiento

---

<sup>15</sup> “...la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002.

jurídico, así el condenado sea el único apelante. Sólo de esa manera puede afirmarse que la decisión judicial está sometida al imperio de la ley y, por consiguiente, a los dictados de la Constitución Política. Lo contrario sería concluir que la Carta, al paso que exige a los funcionarios judiciales someterse a la ley, al mismo tiempo fomenta su vulneración. Tal antinomia resulta constitucionalmente inadmisibles, pues comporta desconocer otros principios esenciales para la convivencia ciudadana, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Se quebranta la seguridad jurídica, porque sin los límites que presupone el principio de legalidad, cada juez adoptaría sus decisiones sin otro control que sus consideraciones subjetivas. Y se vulnera el principio de igualdad, por cuanto los destinatarios de la ley penal recibirán un tratamiento punitivo distinto, sin importar que se encuentren en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En suma, a nuestro juicio, la Constitución Política presupone, para la aplicación del principio de la no *reformatio in pejus*, que la pena sea legal. Por ello, es deber de los jueces restablecer el ordenamiento jurídico cuando quiera que la sanción no respete los parámetros establecidos en él.

Los anteriores razonamientos constituyen los motivos que soportan mi inconformidad parcial con respecto a los fundamentos de la decisión adoptada por la Sala.

Con toda atención,

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**  
**Magistrada**

*Fecha ut supra.*