



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

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**  
**Magistrado Ponente**

**SP 1492-2022**

**Radicación N° 47319**

**Acta 95**

Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintidós (2022).

**I. VISTOS:**

Se pronuncia la Sala de oficio dentro del recurso de casación promovido por el defensor de GERARDO MUÑOZ contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la condena impuesta por el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, que lo declaró penalmente responsable, a título de autor, del delito de actos sexuales abusivos con incapaz de resistir, en concurso homogéneo.

## II. HECHOS:

Durante el año 2012, GERARDO MUÑOZ, docente del grupo de Habilidades Especiales 5 del Centro de Atención Crecer Mártires de Bogotá, que presta el servicio de educación a niños con discapacidad cognoscitiva, realizó accesos carnales sobre el menor J.A.G.C., *en presencia* de otros dos de sus alumnos, J.A.R.C. y N.R.G., ambos de trece años de edad.

## III. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Por los hechos ocurridos, el 5 de marzo de 2013, la fiscalía formuló imputación a GERARDO MUÑOZ por el delito de *actos sexuales abusivos con incapaz de resistir agravado* (Arts. 210-2, 211-2 y 7 del Código Penal) respecto de J.A.R.C. y N.R.G.; asimismo, por la conducta de *acceso carnal con incapaz de resistir agravado* (arts. 210-1, 211-2 y 7 del Código Penal) del que fue víctima el menor J.A.G.C., todas en concurso homogéneo y sucesivo. El imputado aceptó los cargos en lo relacionado con la conducta de *acceso carnal* cometida sobre J.A.G.C., motivo por el cual se rompió la unidad procesal, prosiguiendo esta actuación por el primer comportamiento, esto es, por *hacer presenciar* a J.A.R.C. y N.R.G. los accesos carnales que cometía sobre J.A.G.C. En desarrollo del proceso ordinario, la fiscalía le formuló acusación a GERARDO MUÑOZ en audiencia celebrada el 26 de julio del mismo año como presunto autor del delito de *acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir*

*agravado en concurso homogéneo y sucesivo* (Arts. 210 inc. 2º y 211 num. 2 y 7 del Código Penal).

2. Tramitado el juicio, el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá lo condenó el 20 de mayo de 2015 por los delitos objeto de acusación - suprimiendo la circunstancia de agravación descrita en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal-, a la pena principal de 170 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Por expresa prohibición legal, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

3. La defensa apeló la decisión y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a través de la sentencia recurrida en casación, expedida el 10 de julio siguiente, le impartió confirmación.

4. Mediante auto de 30 de agosto de 2017, esta Sala resolvió inadmitir la demanda y ordenó que una vez surtido el mecanismo de insistencia, retornaran las diligencias al despacho para conjurar una posible afrenta al principio de legalidad en su componente de tipicidad de la conducta por la cual se profirió condena.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

##### **1. Planteamiento de los problemas jurídicos**

Según se reseñó en los acápites precedentes, GERARDO MUÑOZ fue condenado como autor del delito de *acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, agravado, en concurso homogéneo*, conducta descrita y sancionada en los artículos 210 inciso 2º y 211.2 del Código Penal. La razón de ser de tal atribución jurídica se contrajo a que sus dos víctimas J.A.R.C y N.R.G., ambos de trece (13) años de edad, padecían de una grave discapacidad cognitiva, eran sus alumnos y, *en su presencia*, el docente acusado cometió actos sexuales sobre otro de sus compañeros, convirtiendo a aquéllos en *espectadores* de sus comportamientos libidinosos.

Tal calificación jurídica resulta problemática bajo el entendido de que: (i) en estricto sentido, el artículo 210 del Código Penal no contempla dentro de sus hipótesis fácticas la conducta de hacer de otra persona un *observador* pasivo de un acto con connotación sexual; y (ii) para el caso, las víctimas, además de tener una discapacidad mental, eran menores de 14 años, hecho que también tiene una implicación trascendental en la selección de la norma que recoge todos los elementos estructurales de la conducta delictiva por la cual se habría de proferir condena.

En ese orden y delimitada así la problemática de índole estrictamente jurídica -y no probatoria- que el caso bajo estudio suscita, se trazará un esquema metodológico que permita abarcar todos los temas inescindibles a su desarrollo y solución. Así, se analizará en primer lugar el tipo penal contenido en el artículo 210 del Código Penal y se explicarán

las razones por las cuales esta norma no tipifica la conducta por la que aquí se procede, luego se disertará sobre cuál es el delito que se encuadra típicamente a la conducta investigada en aplicación del principio de estricta tipicidad incluyendo el estudio sobre la legalidad en la aplicación de la agravante contenida en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal y la necesaria referencia al principio de congruencia, para, finalmente, adentrarse en la revisión de la pena a imponer de conformidad con los principios de congruencia, prohibición de reforma en peor y los derechos de las víctimas a no ser revictimizadas.

**2. El tipo penal por el que se profirió condena: Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (Artículo 210 inciso 2° del Código Penal).**

El artículo 210 del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008, establece:

«El que acceda carnalmente a una persona en estado de inconciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

**Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años**. -Resalta la Sala-

La intelección de este tipo penal determina que: i) haya un sujeto activo indeterminado; ii) el acceso carnal o la comisión de actos sexuales como verbo rector; iii) un sujeto pasivo calificado, pues debe tratarse de aquella persona que se encuentre en estado de inconciencia, tenga un trastorno

mental o en todo caso sea incapaz de resistir la agresión sexual, y iv) que el sujeto activo conozca de dicha condición con respecto al sujeto pasivo y se aproveche de ella.

La Sala de Casación Penal, por su parte, estableció que para considerar tipificado el delito descrito y sancionado en el artículo 210 del Código Penal es necesario que concurren, además de la ejecución de los verbos rectores -acceder carnalmente o realizar actos sexuales diversos *sobre* la víctima-, el comprobado estado de incapacidad del sujeto pasivo de la conducta y la prueba de que esa disminución mental o física incidió en ella para comprender y decidir sobre el acto con connotación sexual, así como que el procesado conocía dicha condición y se aprovechó de ella.

Como se puede observar, dentro de los verbos rectores que describe la norma no se encuentra el de ejecutar actos sexuales *en presencia* de la víctima, lo que necesariamente conduce a concluir que no fue el tipo penal seleccionado el que tipifica la conducta que el profesor GERARDO MUÑOZ cometió sobre los menores de 14 años J.A.R.C y N.R.G, lo que a su vez obliga a la Sala a seleccionar, sin violar el principio de congruencia -como se explicará más adelante-, la norma penal que se adecúe correctamente al comportamiento materia de juzgamiento.

### **3. El tipo penal aplicable en atención al principio de estricta tipicidad: definición, alcance e interpretación**

**del delito de *actos sexuales con menor de catorce años*  
(artículo 209 del Código Penal)**

El artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008, establece:

«El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años **o en su presencia**, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años».

Al igual que el tipo penal anteriormente analizado, éste también integra el capítulo Segundo, del Título IV del Código Penal denominado «*de los actos sexuales abusivos*». La realización de este injusto supone la presencia de un sujeto activo indeterminado, un sujeto pasivo cualificado por la edad -menor de 14 años-, vinculados por la conjugación del verbo rector que subyace a tres comportamientos consistentes en: (i) realizar con el menor prácticas sexuales; (ii) realizar actos sexuales *en su presencia*; o (iii) inducirlo a prácticas sexuales.

Ahora bien, partiendo de los motivos que condujeron al legislador a ubicar las conductas con connotación sexual *no violenta* que se cometen sobre los menores de catorce años en el capítulo del Código Penal denominado «*de los actos sexuales abusivos*», conviene, por lo que al caso interesa, recordar el alcance que a esas tres modalidades de ejecución de la conducta le otorgó la Sala en CSJ SP1867-2021, que se reiteró en CSJ SP2920-21:

«La primera forma – dijo la Corte – exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido».

#### **4. Solución del caso concreto**

En tal virtud y en lo que a la solución del caso interesa, se constata la configuración de una *violación directa de la ley sustancial* (artículo 181 núm. 1 del Código de Procedimiento Penal) por aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal lo que, a su vez, condujo a la falta de aplicación del artículo 209 *ibídem* como la norma que recoge todos los componentes fácticos o hechos jurídicamente relevantes de la conducta que el profesor GERARDO MUÑOZ cometió sobre los menores J.A.R.C. y N.R.G., pues se trata de dos menores de 13 años de edad que fueron sometidos a *presenciar* los accesos carnales que aquél reconoció haber ejecutado sobre otro de sus alumnos, el menor J.A.G.C.

Junto con el tipo penal base, concurre la agravante contenida en el numeral 2 del Código Penal -que le fue atribuida desde la imputación-, pues GERARDO MUÑOZ era el docente de J.A.R.C. y N.R.G. y, como es apenas obvio, esa posición le generaba una importante autoridad sobre los menores, además de que los impulsaba a depositar en él su confianza. Para darle alcance a esta causal, la Corte explicó en CSJ SP3141-2020:

*«... como se advirtió en la sentencia 34133... la circunstancia de agravación punitiva para el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años reglada en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal puede concurrir con la conducta punible de incesto, a menos que la misma se derive únicamente del vínculo consanguíneo, en tanto “en la vida social existen muchas relaciones sin parentesco que pueden generar las condiciones de la norma (maestro alumno, jefe subalterno), sino que, igual, no obstante la existencia de ese vínculo familiar, puede suceder que el mismo no signifique nada para los involucrados en el hecho y que sea una circunstancia ajena la que tipifique la agravante.*

*Piénsese, por vía ejemplificativa, en el padre que abandona a la esposa sin saber de su embarazo y al cabo del tiempo establece una relación profesor – alumna con quien desconoce que es su hija y, prevalido de ello, la accede carnalmente. En este supuesto, es claro, no fue el vínculo sanguíneo, existente objetivamente, el que determinó el delito, pero igual, aplica la agravante».*

En ese orden, la calificación jurídica a la cual corresponde la conducta atribuida a GERARDO MUÑOZ, en aplicación irrestricta al principio de legalidad y sin que su variación menoscabe el principio de congruencia -como pasará a explicarse-, es la de autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo* (pues fueron dos las víctimas), de conformidad con los artículos 209 y 211 numeral 2 del Código Penal y no la de *acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir agravada en concurso homogéneo* imputada en la acusación.

## **6. De la sanción a imponer**

### **6.1. Variación de la calificación jurídica y el principio de congruencia**

La jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera pacífica que, sin lesionar el principio de congruencia, es posible que el juez profiera sentencia por un comportamiento punible distinto al consignado en la acusación, siempre que:

- i) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad;
- ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y
- iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun. 2015, rad. 41685). Si bien con anterioridad se exigía que la nueva conducta correspondiera al mismo género, lo cierto es que a partir de la sentencia CSJ SP, 30 nov. 2016 rad. 45589 -reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041-, la Sala consideró que la identidad del bien jurídico no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal.

La variación de la calificación jurídica que se ha dejado motivada no afecta los derechos y garantías del procesado porque, en primer lugar, la congruencia fáctica permanece inalterada, ya que en el escrito de acusación se consignó que:

«De otra parte, una vez enteradas de estos hechos las directivas del “Centro Crecer Mártires”, se motivan para indagar a fondo, advirtiendo que, al parecer fueron varios los niños estudiantes víctimas de este educador en su libertad, integridad y formación sexual, por eso acuden ante el ICBF y la Fiscalía General de la Nación para pedir se investiguen estos hechos, es así como se logró establecer que al igual hay otros agredidos por el profesor GERARDO MUÑOZ, entre ellos los menores [N.R.G.], **también de 13 años** (...), [J.A.G.C.], **de igual manera con 13**

**años de edad**, por eso se entrevistaron y el primero de ellos mencionó:

N.R.G., distingue las partes del cuerpo, estudia en el centro y dice: “[J.] y yo estábamos hablando que teníamos que decir mañana quién le cogió el pipí, pero allá en el colegio, pero como llegamos acá y [M.] no ha regresado acá, estaban hablando de que no les cogiera el pipí y que no nos meta más al hueco”. A la pregunta quién les coge el pipí y metiera más al hueco, responde: “Por eso si el profe GERARDO lo mete al hueco le coge el pipí, no me entendiste bien, el profe GERARDO mete a [J.] al hueco y después mete la mano y le coge el pipí, quién le coge el pipí, el profe GERARDO, ¿a quién le coge el pipí el profe GERARDO? Solo el profe GERARDO a [J.] a mi no, pero a todos los niños no, solo a [J.]. **¿Tú has visto cuando ese profesor hace eso? Sí. Por eso cuando el profe GERARDO me mandó a lavar las manos y regresé yo vi que el profe GERARDO le cogió el pipí a [J.], pues como el profe GERARDO lo coge así perdió, ¿o sea, fue por encima o por debajo de la ropa? Por eso por encima de la ropa, ¿y [J.] qué te dijo de eso, [J.] te contó? No, solo lo que yo vi, ¿En alguna oportunidad ese profesor te hizo algo a ti? No, eso no me hizo el profe GERARDO, solo le hizo a [J.], GERARDO se lo hizo a [J.], ¿Y tú viste con tus ojos cuando eso pasaba? Sí, y ¿tú dijiste algo? Sí llamé a la otra profe, a Paca, a Betty o a Ruth. ¿Y ellas qué dijeron? Pues ellas dos Paca y Betty por lo que estaban mirando dieron que estaban jugando y ya”.**

Es decir, desde los albores de este proceso siempre se le atribuyó al profesor GERARDO MUÑOZ la conducta de cometer actos sexuales sobre el menor J.A.G.C.<sup>1</sup> *en presencia* de los menores de trece años N.R.G y J.A.R.C, quienes padecían una discapacidad cognitiva, eran sus alumnos en la institución educativa «Centro de Atención Mártires» y estaban bajo su cuidado.

En segundo lugar, el delito por el que se está haciendo el cambio de calificación, esto es, el de *actos sexuales con menor de catorce años* contempla una pena máxima inferior que la del delito originalmente atribuido (*acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*), pues mientras este

---

<sup>1</sup> Hechos por los que el procesado se allanó a cargos.

fija un límite punitivo máximo de 16 años, aquél contempla como extremo más alto el de 13 años de prisión. Luego, si se hiciera el cálculo correspondiente para establecer los cuartos en los que se habrían que dividir ambas penas, es claro que el ámbito de movilidad para el delito contemplado en el artículo 210 del Código Penal es más alto que el correspondiente al tipo penal descrito en el artículo 209 *ibídem* y por lo tanto éste resulta más beneficioso.

Con todo, no puede perderse de vista que la pena mínima para el delito de *actos sexuales con menor de catorce años* (9 años) es mayor a la del delito de *acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir* (8 años), guarismo del que partió el juez de primera instancia para luego efectuar los incrementos correspondientes a la circunstancia de agravación punitiva y al concurso homogéneo de conductas punibles, motivo por el cual, en estricta observancia del principio de prohibición de reforma peyorativa para el apelante único, dicho monto deberá permanecer incólume, sin que la variación de calificación jurídica por un delito de la misma especie, cuya descripción típica se adecúa en todos sus componentes a los hechos atribuidos al acusado desde la formulación de la imputación implique menoscabo alguno a las garantías fundamentales de los sujetos procesales e intervinientes.

En ese estado de cosas, se casará oficiosamente la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá porque incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210 del

Código Penal y falta de aplicación del artículo 209 *ibidem*, lo que conduce a que, por virtud del principio de estricta tipicidad, se declare que el delito por el cual será condenado GERARDO MUÑOZ es el de *actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo* y que, en atención a la prohibición de reforma peyorativa, la pena que en definitiva deberá purgar corresponde a la que impuso el juzgado de primer grado, la cual, pese a ser inferior a la que legalmente le correspondería, deberá permanecer incólume.

### VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO.- CASAR** de oficio la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá el 10 de julio de 2015, que confirmó la condena contra GERARDO MUÑOZ proferida por el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, para **DECLARAR** que la misma se profiere por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo* (artículos 209 y 211-2 *ibidem*).

**SEGUNDO.- DECLARAR** que la demás decisiones adoptadas en la sentencia impugnada permanecen incólumes.

**TERCERO.- ADVERTIR** que contra esta decisión no proceden recursos.

**CUARTO.-** Devuélvase al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**FABIO OSPITIA GARZÓN**  
Presidente

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**GERSON CAHVERRA CASTRO**

**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**HUGO QUINTERO BERNATE**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria