



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

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 239.

Bogotá, D.C., veintisiete de junio de dos mil doce.

V I S T O S

Se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en contra de ERNESTO ULISES ROJAS PAKANSHIKE, el 21 de febrero de 2012, mediante la cual revocó la absolución emitida a su favor por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad, el 23 de junio de 2011, para en su lugar condenarlo como autor del concurso heterogéneo de conductas punibles constitutivas de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años –en concurso homogéneo-, agravados*, a la pena principal de 120 meses de prisión, y a la



sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

HECHOS

Para el año de 2007, las menores H.V. y M.S.R.A.¹, en ese entonces de 15 y 13 años de edad, respectivamente, cursaban sus estudios en el Colegio Arborizadora Alta, ubicado en el barrio del mismo nombre en la localidad bogotana de Ciudad Bolívar.

Precisamente cuando la progenitora de las jóvenes, Carmen Sofía Angarita Angarita, acudió a la citada institución el 30 de junio de ese año con el fin de recibir el informe académico de sus hijas, ante el pésimo resultado, H.V. le hizo saber que su padre, ERNESTO ULISES ROJAS PAKANSHIKE, desde hacía dos años venía sometiéndola a abusos sexuales, primero con tocamientos en los senos y genitales, y luego accediéndola carnalmente por vía vaginal. De acuerdo con lo informado por la citada menor, ROJAS PAKANSHIKE la presionaba para lograr sus pretensiones libidinosas, pues, no solo la obligaba cogiéndola fuertemente de sus manos sino también amenazándola con desatender los deberes del hogar e ir a la cárcel, si contaba lo sucedido.

¹ En atención a las previsiones del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el curso de la providencia se omitirá consignar los nombres de las menores afectadas.



Por su parte, la niña M.S. también reconoció que desde hacía dos años y medio, su progenitor realizaba sobre ella actos sexuales diversos del acceso carnal.

Todas estas conductas fueron llevadas a cabo en la residencia familiar, localizada en la calle 78C Sur No. 36-18 de la citada localidad de Ciudad Bolívar de esta ciudad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 27 de julio de 2007 ante el Juzgado 35 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se ordenó la captura de ERNESTO ULISES ROJAS PAKANSHIKE, la cual se obtuvo en la misma fecha.

Al día siguiente, el Juzgado 43 de esa especialidad adelantó diligencias previas en las que legalizó la captura de ROJAS PAKANSHIKE, avaló la imputación formulada por la Fiscalía, y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Los cargos imputados en esa oportunidad, correspondieron al concurso heterogéneo de delitos constitutivos de *acceso carnal violento* y *actos sexuales con menor de 14 años* –en concurso homogéneo-, *agravados*, de conformidad con lo establecido en los artículos 205, 209 y 211-2 del Código Penal.



Como el procesado no se allanó a la imputación formulada, el ente instructor presentó escrito de acusación el 17 de agosto siguiente, en el cual reiteró que se procedía por el concurso de los ilícitos anteriormente mencionados.

El impulso de la etapa del juicio fue asumido inicialmente por el Juzgado 42 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, despacho que realizó la audiencia de formulación de acusación en sesiones del 19 de septiembre y 24 de octubre de 2007², y 27 de febrero de 2008, en la última de las cuales la Fiscalía insistió en acusar al inculcado por las conductas punibles deducidas desde la diligencia de imputación.

Entre tanto, el Juzgado 40 de garantías de la ciudad le sustituyó al imputado la medida de aseguramiento de detención preventiva en sitio de reclusión, por domiciliaria, en audiencia preliminar celebrada el 6 de febrero de 2008. Dicha decisión posteriormente fue revocada por el Juzgado 46 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, en auto de segunda instancia del 27 de marzo del mismo año.

A su turno, la audiencia preparatoria tuvo lugar en actos del 25 de agosto y 24 de noviembre de 2008, y 8 de junio de 2009.

² En esta sesión, la defensa solicitó la nulidad de la actuación, la cual fue denegada por el juzgado de conocimiento mediante decisión que apelada por el mismo sujeto procesal, fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 5 de diciembre de 2007.



Como el 20 de noviembre de la referida anualidad, el Juez 42 de conocimiento negó la petición de preclusión elevada por la defensa y además se declaró impedido para continuar conociendo del asunto, su homólogo Tercero continuó conociendo de la causa y verificó la audiencia de juicio oral en sesiones del 27 de agosto y 26 de noviembre de 2010, y 24 de febrero y 5 de mayo de 2011, en la penúltima de las cuales el representante de la Fiscalía pidió que se condenara al inculcado por los delitos referidos en la acusación.

Luego, el 23 de junio de la aludida anualidad, ese despacho dictó sentencia absolutoria a favor de ROJAS PAKANSHIKE.

Apelado el fallo por el representante de la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá lo revocó el 21 de febrero de 2012, declarando la responsabilidad penal del acusado en los delitos de *“acceso carnal abusivo con menor de 14 años y de actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados y cometidos en perjuicio de H.V.R.A., en concurso con el punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado, cometido en detrimento de M.S.R.A.”*.

Consecuente con su determinación, el *Ad quem* le impuso las penas principal y accesoria reseñadas en la parte inicial de este proveído, y le negó los beneficios sustitutivos de la



suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

En contra de la providencia del Tribunal, el defensor del enjuiciado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda, la cual fue admitida por la Sala mediante auto del 12 de mayo del año en curso.

Posteriormente, el 13 de junio de 2012, se llevó a cabo la audiencia de sustentación oral.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

En capítulo previo, el defensor de ERNESTO ULISES ROJAS PAKANSHIKE aclara que la finalidad perseguida con el recurso es hacer efectivo el derecho material del acusado, “y que dentro de lo posible” le sean restablecidas las garantías quebrantadas con las injustas detención y condena proferidas en su contra.

En efecto, asevera que el Tribunal vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que desconoció el principio de congruencia establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, al haber condenado a su representado por unos hechos y delitos



diferentes a los planteados por la Fiscalía en el escrito acusatorio, la audiencia de formulación de acusación y los alegatos conclusivos del juicio oral.

Así, tras disertar brevemente sobre el principio conculcado y repasar cómo se ventilaron las imputaciones fáctica y jurídica en este evento, el casacionista vuelve a abogar por el restablecimiento de las garantías del inculcado, advirtiendo que debe absolversele o, por lo menos, declararse la nulidad desde la audiencia de acusación.

Del mismo modo, sustenta la finalidad del recurso señalando que además de presentarse errores en la apreciación de las pruebas, se violó el principio del *non bis in ídem*, en la medida en que el *Ad quem* ordenó investigar al procesado por el delito de incesto.

Luego, postula tres cargos en contra de la sentencia impugnada, los cuales desarrolla de la siguiente manera:

Cargos primero y segundo (principal y subsidiario): congruencia.

Como los dos primeros reproches tienen la misma “*presentación, desarrollo y demostración*”, aunque difieren en la pretensión, tal como lo reconoce el propio memorialista, su resumen y respuesta se hará de manera conjunta.



Efectivamente, el demandante asevera que el proceso es nulo por la presencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y el derecho de defensa, originadas en el desconocimiento del principio de congruencia consagrado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal de 2004, acorde con el cual el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena.

Seguidamente, el impugnante cita precedente de la Sala sobre el tópico, destacando que de acuerdo con su línea jurisprudencial, la congruencia implica un respeto incondicional del juez por el acto complejo comprendido entre el escrito acusatorio, la audiencia de formulación de acusación y los alegatos finales; de igual modo, implica una consonancia entre lo fáctico y lo jurídico, es decir, armonía entre los hechos y la denominación jurídica, al punto tal que si el juzgador desconoce esta y condena por delitos diferentes a los contenidos en la acusación, afecta las garantías anteriormente invocadas.

En este caso, precisa, el fiscal presentó escrito de acusación en el que, entre otras ilicitudes, imputó la de *acceso carnal violento agravado*, la cual fue reiterada en los cargos referidos en la audiencia de formulación de acusación, pese a que el juez de conocimiento le expresó que en su concepto no se configuraba la misma.



Luego, en el juicio oral el fiscal solicitó condena por los mismos delitos contenidos en la acusación, los cuales fueron objeto de absolución por parte del *A quo*. El Tribunal, por su parte, revocó dicha decisión para en su lugar condenar al procesado por todas las conductas punibles imputadas y aunque en principio en su providencia alude a las enunciadas en la acusación, respetando así la congruencia, después opta por variar “*a su arbitrio y en claro desborde de sus facultades y competencias*”, una de las imputaciones jurídicas, la del *acceso carnal violento*, que finalmente consideró como *acceso carnal abusivo*.

A juicio del recurrente, entonces, aunque era el fiscal quien debía variar la adecuación típica, tal como lo sugirieron en el proceso la defensa, el Ministerio Público y los jueces de conocimiento, optó por hacer caso omiso de ello sin corregir su error y dejando claro cuáles eran los delitos por los cuales debía adelantarse el juicio y dictarse sentencia.

En refuerzo de lo anterior, el censor diserta sobre la garantía de la congruencia, refiriendo otros precedentes de la Corte que aluden a ella, con los cuales asegura que (i) la irregularidad sustancial es evidente, puesto que si desde el principio hubiese sido imputado el comportamiento finalmente deducido, “*la posibilidad de aceptar cargos y buscar los descuentos punitivos por justicia premial hubieran permitido constituirse en una opción*



válida y clara”, debido a que contempla una penalidad menor, correspondiente a la mitad del delito mal tipificado; y (ii) cuando los delitos fijados en la acusación no son demostrados en el debate oral, se impone la absolución.

Con base en lo anterior, el libelista considera que fueron desconocidos los artículos 29 de la Constitución Política, y 125 y 457 de la Ley 906 de 2004, luego de lo cual solicita que se case la sentencia demandada, (i) dejando incólume el fallo absolutorio de primer grado, en el reparo principal, o (ii) declarando la nulidad desde la audiencia de imputación, a efectos de que el debate público se realice con respeto irrestricto de las garantías debidas a las partes, en la censura subsidiaria.

Cargo tercero (subsidiario): falso juicio de existencia.

Con fundamento en la causal tercera de casación, el actor acusa al juzgador de segunda instancia de haber violado indirectamente la ley sustancial, por falta de aplicación los artículos 7°, 26 y 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004, debido a errores en la apreciación probatoria que impidieron reconocer la duda y aplicar el principio fundamental del *in dubio pro reo*, habida cuenta que el ente instructor no logró demostrar la tipicidad del delito ni la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.



En concreto, lo acusa de incurrir en un error de hecho por falso juicio de existencia, ya que en su valoración excluyó la retractación que las menores afectadas hicieron en el juicio oral, al ser interrogadas y contrainterrogadas por los sujetos procesales. A cambio, le otorgó valor a las entrevistas rendidas por ellas ante los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación, estimando que se presentó un “*síndrome de acomodación*”.

Para el defensor, si bien dichas entrevistas pueden considerarse medios de prueba, ello debe hacerse bajo el contexto de que no son autónomas ni independientes, sino que deben examinarse integralmente con todo el acopio probatorio, bajo los principios que rigen la lógica y la sana crítica.

En orden a fundamentar sus asertos, a continuación transcribe ampliamente precedente de la Sala sobre el particular, destacando lo que allí se dice acerca de su utilidad y finalidad, pero, en todo caso, que no son pruebas concluyentes, pues, deben apreciarse conjuntamente con los restantes elementos de convicción incorporados en el debate público.

Acto seguido, el casacionista rememora los hechos y trae a colación lo aseverado por las menores en sus entrevistas iniciales, señalando que ello fue reiterado ante perito forense y consta en dictamen que, al igual que dichas versiones, fue incorporado al juicio oral.



No obstante lo anterior, explica, en sus declaraciones en dicha audiencia, las jóvenes se retractaron, asegurando que los señalamientos en contra de su progenitor se hicieron para evitar que fueran reprendidas, debido a que una de ellas perdió ocho materias en el colegio.

Frente a lo anterior, aunque el *A quo* hizo un análisis ponderado y les otorgó credibilidad, el *Ad quem* se apartó de sus conclusiones, apoyándose en el testimonio de la psicóloga forense y en las demás entrevistas y declaraciones de los profesionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pruebas a partir de las cuales sostuvo que la retractación obedeció al “*síndrome de acomodación*”, el cual explica a continuación. Por ello, incurrió en el falso juicio de existencia por omisión denunciado, ya que desconoció tales testimonios y valoró parcialmente los elementos de juicio recaudados, “*cuando un análisis ponderado de las pruebas le hubiera llevado perfectamente a otra conclusión*”.

Seguidamente, en acápite que rotula “*Cómo ha debido valorarse la prueba?*”, el demandante realiza un exhaustivo análisis de los medios de convicción, indicando en todo momento cómo debieron apreciarse las declaraciones de las menores y las explicaciones ofrecidas para justificar el por qué mintieron inicialmente. Simultáneamente, menciona de manera fragmentaria algunas de las apreciaciones del Tribunal con el fin



de rebatirlas, a partir de lo que, a su juicio, debió imperar en el estudio probatorio.

Sumado a lo anterior, también acusa al fallador de segundo grado de haber arribado a una conclusión “*sorprendente y absurda*”, respecto de lo declarado por la doctora Jennifer Patricia Garcés Carvajal acerca de los cuadros de insomnio y ansiedad padecidos por una de las niñas. En efecto, opina que al deducir que ello es producto de la “*traumática experiencia sexual*”, recae en un falso juicio de existencia por suposición del hecho indicador, cuya conclusión no se compadece con las reglas de la lógica y la sana crítica.

En el mismo orden de ideas, el memorialista alude a la forma como fueron analizadas las testificaciones de la profesional Diana Helena Sánchez Garzón y la madre de las menores, Carmen Sofía Angarita Angarita, cuya crítica sustenta, fiel al estilo asumido en el libelo, a partir de la forma en que en su concepto debieron apreciarse las mismas. Y lo propio hace con el testimonio de la doctora Nydia Lucila Cabeza Blanco, aunque respecto de su análisis aduce un error de hecho por falso raciocinio, que apenas enuncia.

Para terminar, el impugnante afirma que las restantes pruebas no inciden en los aspectos objeto de juzgamiento, cita las normas que estima infringidas, y solicita que se case el fallo denunciado, bien sea (i) confirmando la sentencia absolutoria de



primera instancia, o (ii) reconociendo y aplicando el principio del *in dubio pro reo*.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del casacionista.

Nada novedoso aportó el defensor al debate, quien en el acto se limitó a leer un amplio apartado de su libelo, si bien aclaró que en uno de los capítulos había nominado equivocadamente los delitos imputados a su prohijado.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal Séptimo delegado ante la Corte Suprema de Justicia partió por indicar que el delito que fue objeto de juzgamiento y condena corresponde a los injustos punibles cuya fenomenología es característica en los delitos sexuales, cuando se cometen abusos precedidos por una relación de subordinación o dominación patriarcal. Así, entonces, deben entenderse los hechos.

Seguidamente, citó precedentes jurisprudenciales con el fin de controvertir los argumentos del demandante, en el sentido de que en nuestro medio no existe una tarifa probatoria que permita descalificar los testimonios de los menores o personas en



situación de vulnerabilidad. Indica, pues, cómo deben analizarse las declaraciones de los niños en estos eventos.

Descendiendo al caso concreto, sostuvo que de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Sala, no se vulneraron las garantías de congruencia y defensa, toda vez que no hubo un cambio en el núcleo esencial de los hechos imputados, el cual fue respetado por el Tribunal cuando varió la calificación jurídica, haciéndolo en condiciones de favorabilidad, esto es, cambió el artículo 205 del Código Penal –que punitivamente es más grave- por el 208 y mantuvo el 209.

Adicionalmente, la defensa tuvo oportunidad de defenderse frente a las acusaciones y al haberse presentado una variación favorable, no se pretermitió ninguna actuación con relación al debido proceso y la defensa, sin que sea válida la crítica que hace en el sentido de que si su representado hubiese sabido la conducta imputada desde el principio, habría apelado a los mecanismos de la justicia premial.

Con relación al último cargo, señaló a continuación que se trataba simplemente de una divergencia con el material probatorio obrante en el proceso, sin que ello implique irrespeto al artículo 404 del Código de Procedimiento Penal al momento de valorar las pruebas.



Aquí, precisó, el Tribunal confrontó las versiones de las menores afectadas y su progenitora, al igual que los dictámenes obrantes, determinando así la coherencia y validez de su primera versión; no así la de su retractación, la cual estuvo afectada, como lo señaló el juzgador, por el síndrome de acomodación, el cual explica seguidamente.

Para terminar, insistió en que la interpretación del fallador era más lógica y correspondiente a la sana crítica, por lo que no se vulneró el debido proceso probatorio. De ahí que para la Fiscalía no había fundamento alguno para casar la sentencia condenatoria.

3. Intervención del representante de las víctimas.

Manifestó brevemente que no se oponía a las pretensiones casacionales de la defensa y dejaba a la Corte, por tanto, la decisión correspondiente. Claro está, mencionó que en este caso se violaron las reglas relativas al procedimiento penal, no las alusivas a la responsabilidad, sino al desarrollo del debido proceso.

4. Intervención del Ministerio Público.

Luego de resumir los cargos y disertar genéricamente sobre garantías fundamentales, el Procurador Segundo delegado para la Casación Penal se refirió ampliamente al principio de



congruencia, destacando las diferencias entre los sistemas procesales penales de 2000 y 2004. Al efecto, señaló que si bien la Ley 906 de 2004 no consagraba una norma regulando la variación de la calificación jurídica, como sí lo hace la Ley 600 de 2000, por lo menos dedicaba un precepto, el artículo 448, para precisar el concepto.

Así, tras ilustrar sobre jurisprudencia atinente al tópico, rememora los cargos formulados por la Fiscalía en este proceso, para enfatizar que si bien siempre fueron los mismos en las audiencias de imputación, formulación de acusación y alegaciones finales en el juicio oral, el Tribunal varió parcialmente la adecuación típica, pues, cambió el acceso carnal violento por acceso carnal abusivo, perpetrado en contra de una de las dos menores víctimas.

De acuerdo con los pronunciamientos de la Sala, aseveró seguidamente, esa determinación vulnera el principio de congruencia, toda vez que el fiscal nunca solicitó el cambio del *nomen iuris* y la inconsistencia tuvo lugar en la errada calificación jurídica por parte del ente instructor, lo cual tuvo efectos como los señalados por el defensor, ya que la conducta menos gravosa habría facilitado aceptar cargos o celebrar un acuerdo con la Fiscalía.

Para el representante del Ministerio Público, el Tribunal no estaba facultado para hacer la variación, así se tratase de un



delito de menor connotación punitiva. Por ello, violó el principio de congruencia, motivo por el cual deprecó, no la absolución impetrada por la defensa, sino la nulidad desde la audiencia de imputación, por cuanto se privó al acusado de la posibilidad de examinar la conveniencia de aceptar los cargos.

Para terminar, concerniente al tercer reproche, simplemente adujo que no advertía irregularidad alguna, puesto que no es cierto que el fallador no haya analizado la retractación de las menores en el juicio oral, pues, por el contrario, en la sentencia se examinaron, solo que se le dió un alcance diferente al propuesto por el actor. Pide, por tanto, que se desestime el mismo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cargos primero y segundo (principal y subsidiario): congruencia.

Como se anunció en el resumen del libelo casacional, la respuesta a las dos primeras censuras se hará de manera conjunta, pues, como lo anota el defensor, tienen la misma “*presentación, desarrollo y demostración*”, aunque difieren en la pretensión, ya que mientras en uno se invoca la absolución del procesado ERNESTO ULISES ROJAS PAKANSHIKE, en el otro se pide la nulidad de la actuación.



En todo caso, en ambos se expone un problema de congruencia, referido exclusivamente a uno de los delitos por los cuales el Tribunal declaró la responsabilidad penal del acusado.

En efecto, el análisis se limitará al “*acceso carnal*” perpetrado en contra de la joven H.V.R.A., no así a los actos sexuales que la afectaron a ella y a su hermana M.S.R.A., sobre los cuales no se plantea ninguna discusión.

Recuérdese, entonces, que a pesar de que en este proceso la Fiscalía imputó, acusó y pidió condena por la conducta punible de *acceso carnal violento* –misma que, como las demás, fue objeto de absolución en primera instancia-, el Tribunal al revocar el fallo de primer grado estimó que los hechos que sustentaban la misma encuadraban en el ilícito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años* y, en consecuencia, condenó al procesado por esta hipótesis.

En este orden de ideas, aunque el *acceso carnal abusivo* tipificado en el artículo 208 del Código Penal consagra una penalidad menor que la fijada para el *acceso carnal violento* en el artículo 205 *Ibidem*, el defensor casacionista, respaldado por el delegado del Ministerio Público, estima que esa situación violó el principio de congruencia y afectó las garantías del procesado ROJAS PAKANSHIKE, pues, si desde el comienzo se hubiese hecho la imputación por aquél ilícito, se habría podido examinar la posibilidad de acudir a alguno de los mecanismos que consagra



la justicia premial, ya que para la época de los hechos no había restricción normativa alguna como ocurre en el presente.

El representante de la Fiscalía por su parte, asevera que en ningún yerro incurrió el *Ad quem*, toda vez que no hubo un cambio en el núcleo esencial de los hechos imputados y además se condenó por una hipótesis delictual más favorable.

Pues bien, planteado así el problema jurídico a resolver, la Sala partirá por determinar cuál es el delito por el que efectivamente se procede en este asunto, para seguidamente tomar la decisión que corresponda.

Al efecto, debe recordarse que desde el comienzo de la investigación y hasta los alegatos conclusivos en el juicio oral, la Fiscalía consideró que uno de los hechos atentatorios de la integridad sexual de la menor H.V.R.A configuraba el delito de *acceso carnal violento* consagrado en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000. La violencia la derivó el ente instructor de las amenazas proferidas por el padre victimario en contra de su menor hija, a la que presionaba para accederla carnalmente, bajo la amenaza de que si decía algo, abandonaría sus obligaciones alimentarias e iría a la cárcel.

Así quedó de manifiesto desde la audiencia de formulación de imputación, realizada ante el Juzgado 43 con función de control de garantías de Bogotá el 28 de julio de 2007. Y lo ratificó el ente



instructor en el escrito de acusación presentado ante los juzgados de conocimiento el 17 de agosto de la misma anualidad.

Esa consonancia se conservó en la audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 27 de febrero de 2008 ante el Juzgado 42 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, en donde el fiscal del caso insistió en acusar por el ilícito de *acceso carnal violento*.

Adicionalmente, ratificó dicha postura en la audiencia del juicio oral, cuyo desenlace puede resumirse de esta manera:

Provisto del uso de la palabra para alegar de conclusión³, el fiscal de conocimiento, si bien en algún momento utilizó el término “abusivo”, en el transcurso de toda su alegación fue claro en el sentido de que se procedía por un *acceso carnal violento*, predicable únicamente con relación a la joven H.V.R.A⁴.

Luego, al terminar su intervención, afirmó que demostró la existencia del hecho investigado y la responsabilidad del procesado ERNESTO ULISES ROJAS PAKANSHIKE, razón por la cual deprecó que se le condenara como autor material de varios delitos, entre ellos el de *acceso carnal violento*, agravado por la

³ CD correspondiente al juicio oral, sesión del 24 de febrero de 2011, record 3'10.

⁴ Ib., records 3'15'46, 3'21'46 y 3'24.26



posición dominante, en los términos de los artículos 205 y 211-2 del Código Penal⁵.

Inequívoco surge, entonces, porque expresamente así se estableció desde la audiencia de imputación, que la conducta estimada ejecutada es la que se consagra en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, esto es, *acceso carnal violento*, la cual se sostuvo en las distintas fases de la acusación, hasta la intervención final del representante del ente acusador en el debate oral y público.

Ahora bien, el fallo de primera instancia ninguna desarmonía entraña en lo tocante con la acusación y lo solicitado por la Fiscalía, en tanto, el juez penal del circuito absolvió por la totalidad de los delitos imputados.

Empero, por ocasión de la apelación presentada por la Fiscalía en contra de lo decidido por el *A quo*, el Tribunal de Bogotá revocó la absolución y modificó la adecuación típica respecto del *acceso carnal violento*, el cual mutó a *acceso carnal abusivo*.

Al margen de las razones que al efecto haya expuesto el Tribunal para el efecto, es lo cierto que dicha calificación jurídica no consulta la realidad probatoria y procesal, pues, no cabe duda

⁵ Ib., a partir del record 3'42.



que los elementos de juicio recaudados apuntan a la comisión del delito de acceso carnal violento y, como tal, así se estructuró y se facilitó la defensa a lo largo del proceso.

Pero, a diferencia de lo que peticiona el casacionista, la solución del yerro no pasa por la absolución de su representado legal ni la nulidad, demostrado como está que la conducta punible por la que tuvo la oportunidad de defenderse a lo largo del proceso, sí se cometió.

Efectivamente, en el caso examinado a la Corte no le cabe duda, y en ello concuerda con la postura del fiscal del caso, de que el hecho investigado en lo que respecta al *acceso carnal* perpetrado sobre la menor H.V.R.A., configura un *acceso carnal violento* y no abusivo.

En efecto, no puede soslayarse, tal como lo declaró la menor desde el comienzo de la investigación, que su padre la amenazaba de diversas formas, incluso utilizaba la fuerza, para doblegarla sexualmente.

A la psicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación que la entrevistó en presencia de su madre⁶, el 3 de julio de 2007, ante la pregunta de si el padre la amenazaba contestó: “*sí, que nos dejaba solas sin plata... no nos mantenía, que él me preguntaba*

⁶ Folios 140 de la carpeta de pruebas.



que si yo quería que fuera a la cárcel y yo le decía que no, entonces él me decía que no dijera nada...”.

Luego, cuando le preguntó si el progenitor era agresivo o la golpeaba cuando abusaba sexualmente de ella, respondió *“solo me obligaba, me cogía las manos fuerte, y me decía ¡usted nunca quiere!”.*

A no dudarlo, entonces, los accesos carnales se perpetraban mediante violencia, no solo física, sino también moral, puesto que la menor ofendida siempre era amenazada por su padre victimario con alguna eventualidad y además era reprendida verbalmente, por el hecho de que *“nunca quería”*, quedando así de manifiesto que los encuentros sexuales jamás fueron consentidos por la niña.

Sobre el ingrediente normativo de la violencia, la Corte ha sostenido que en conductas como las de *acceso carnal violento*, la ejercida por el autor de la conducta puede ser de índole física o moral, explicando que:

“La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.



”La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados”⁷.

Aquí no solo se desplegaba violencia física en algunos eventos, como que el padre sometía fuertemente a su hija cogiéndola de las manos, sino también moral, puesto que la amenazaba con hechos que tenían la capacidad suficiente para influenciarla, los cuales involucraban la afectación a otros derechos de ella y las restantes integrantes de la familia.

En este orden de ideas, si el fiscal a lo largo del proceso sostuvo que se cometió una conducta punible de *acceso carnal violento*, fue porque se soportó en los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudadas en la investigación, las cuales fueron incorporadas posteriormente como pruebas en el juicio oral.

En este orden de ideas, si el juzgador de segunda instancia dictó sentencia condenatoria por una conducta menos grave, en la

⁷ Sentencias de 23 de enero de 2008 y 23 de septiembre de 2009, Radicados Nos. 20.413 y 23.508, respectivamente.



medida en que el tratamiento punitivo es más benigno, no puede ahora el defensor valerse del recurso extraordinario de casación para quebrar los efectos de dicho pronunciamiento, pues, si de aplicar el delito efectivamente cometido se trata, ello conduciría a darle un tratamiento más gravoso para su representado, lo cual implicaría violentar el principio de la no reformatio in pejus.

El casacionista, por consiguiente, carece de interés, toda vez que con su pretensión busca que se deje sin piso la condena por el ilícito de *acceso carnal abusivo*, que es más favorable, para en la práctica buscar que se condena a su prohijado por el de *acceso carnal violento* que es, como acaba de analizarse, el que efectivamente informa la prueba recaudada.

Es que si de aplicar la congruencia se trata, que es lo buscado por el impugnante en los dos primeros cargos, no cabe duda que la condena tendría que versar por el hecho violento y no por el abusivo, en claro perjuicio para los intereses de su prohijado.

Frente al interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa, la Sala⁸ ha sostenido que además de la autorización que confiere la ley al sujeto procesal para impugnar –artículo 209 del Código de Procedimiento Penal–, es obligatorio que el fallo motivo de demanda haya ocasionado un daño o perjuicio, pues, si por el

⁸ Auto del 31 de agosto de 2011, Radicado N° 36.928.



contrario ningún agravio le causa la sentencia, no puede importarle su contenido al extremo de pretender su anulación. En ese orden de ideas, la Corte considera que el interés jurídico para recurrir tiene relación directa con las pretensiones que el sujeto procesal que se dice afectado haya formulado ante los jueces de instancia.

Se tiene, entonces, que como ningún daño o perjuicio se ocasionó al procesado con el fallo demandado, el recurrente carece de interés jurídico para impugnarlo, motivo por el cual se desestimarán los cargos primero y segundo de su libelo casacional.

Para terminar, insiste la Corte en que en el asunto analizado no es factible significar que la absolución es el camino, sencillamente porque la Fiscalía cumplió cabalmente su labor de parte y jamás, como arriba se especificó, existió algún tipo de error en la relación de los hechos o la adecuación típica, que pueda conducir a significar necesario el castigo último de hacer decaer su teoría del caso.

Y, de la misma manera, si se tiene claro que la formalidad no se justifica a sí misma, la decisión de anular, si se atendiese a los predicados del demandante, necesariamente debería partir por demostrar que se causó algún daño a la parte, ora porque se impidió el derecho de defensa o contradicción, ya en atención a que se vulneraron sus garantías.



Empero, ello nunca ocurrió, simplemente porque la acusación, se repite, resulta consonante con lo ocurrido, y la decisión que puso fin a la instancia concuerda absolutamente con ello, a la manera de entender que esa sentencia discurrió respecto de unos hechos y su adecuación típica por los que siempre se defendió el procesado.

2. Cargo tercero (subsidiario): falso juicio de existencia.

A pesar de los defectos de fundamentación que se advierten en la postulación del tercer reproche, la previa admisión de la demanda implica que el impugnante ha adquirido el derecho a que se responda de fondo a sus planteamientos.

De todos modos, no sobra manifestar que en su confusa alegación, si bien el recurrente plantea en el mismo cargo diferentes yerros de hecho, el grueso de su argumentación lo centra en sustentar el presunto falso juicio de existencia por omisión en que incurrió el fallador, por haber desestimado los testimonios vertidos por las menores ofendidas en el juicio oral, en donde se retractaron de las acusaciones que previamente –en entrevistas ante funcionarios de la Fiscalía y peritos forenses– habían formulado en contra de su progenitor por supuestos abusos sexuales.

Luego, sin ningún orden lógico esboza un falso juicio de existencia por suposición del hecho indicador, calificando de



sorprendentes y absurdas las inferencias que extractó el *Ad quem* de la declaración de la profesional Jennifer Patricia Garcés Carvajal. Y a renglón seguido, realiza críticas similares al examen de las testimoniantes Diana Helena Sánchez Garzón y Carmen Sofía Angarita Angarita, volviendo a invocar el falso juicio de existencia por omisión, para terminar denunciando, genérica y abstractamente, sin ningún tipo de desarrollo argumentativo, un error de hecho por falso raciocinio en lo concerniente a la deponencia de la también profesional Nydia Lucila Cabeza Blanco.

Estimó el libelista en todos estos casos, desde luego equivocadamente, que era suficiente con consignar su exhaustivo y particular examen de la prueba recaudada en el proceso, creyendo así que de esa forma quedaban suficientemente demostrados los yerros, lo que traería como consecuencia la invalidación de la sentencia de segunda instancia, para en su lugar dejar incólume la absolución decretada en primer grado o, cuando menos, reconocer la duda probatoria y aplicar el principio del *in dubio pro reo*.

Es menester aclararle, entonces, que respecto del ataque casacional por omisión en la valoración de la prueba, ha señalado la Corte que es deber del actor concretar en qué parte del expediente se ubica ésta, qué objetivamente se establece en ella, cuál es el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y cómo su estimación conjunta en el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo



y, por tanto, modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria⁹.

Nada de ello hizo el defensor, quien de las exigencias de fundamentación antes citadas, la única que cumple es la de indicar la ubicación de los medios suasorios ignorados, pero se abstiene de señalar lo que objetivamente se establece en ellos, lo cual no puede suplirse con un resumen fragmentario y acomodado de sus contenidos, o con apreciaciones generales que parten, en ambos casos, de una percepción subjetiva y personalísima de lo que arrojan dichos elementos de juicio.

Tampoco menciona cuál es el mérito que les corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, ya que aventura conclusiones sin un análisis previo en el que sustente debidamente las reglas de la experiencia, los postulados de la lógica o las leyes científicas que se desconocieron en este evento (apenas se limita a citar genéricamente las leyes de la lógica y la sana crítica), para luego de ello enseñar cómo su estimación conjunta en el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo y mutarlo favorable a los intereses de su representado.

Lo anterior lo obligaba a que sopesara, como lo hizo el Tribunal, las pruebas que fueron tenidas en cuenta para deducir la

⁹ Sentencia del 26 de junio de 2002, Radicado N° 11.451.



responsabilidad de su prohijado, algunas de las cuales son enunciadas por el propio casacionista, como cuando refiere los indicios deducidos, las pericias y las declaraciones que sirvieron de soporte a la condena.

De igual modo, crítica abstractamente lo analizado y resuelto por el fallador, pero nunca da a conocer la argumentación contenida en su providencia, privando a la Corte de conocer los apartados completos en los cuales se hace el análisis referente a la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, y, sobre todo, cómo fue apreciado lo dicho por los testigos, las inferencias extractadas, y lo indicado en el aporte pericial, lo cual era imprescindible para determinar si la conclusión se tomó a partir de lo manifestado por estos medios de prueba y verificar efectivamente si se trata de una omisión o de una valoración errada, en cuyo evento estaríamos frente a un error de hecho por falso raciocinio.

Vale decir, en ningún momento se reprodujo el texto de las sentencias en los cuales, según el criterio del demandante, se establece que la responsabilidad se funda en lo declarado por los testigos que menciona, dejando huérfana de definición de trascendencia, la crítica planteada.

La trascendencia del yerro no se sustenta, vale decir, en un determinado análisis de la prueba, pues, ello es subjetivo, se queda en el campo meramente especulativo y no es suficiente



para fundamentar el reproche, dado que, la pretensión de remover la presunción de acierto y legalidad que reviste el fallo impugnado en virtud del error propuesto, conlleva a la confrontación de la información excluida con la suministrada por los elementos probatorios que sí fueron valorados y con los hechos y premisas que se fijaron a partir de los mismos, con el objeto de demostrar que se declaró probado un acontecimiento que no corresponde a la realidad que subyace en el proceso¹⁰.

Adicionalmente, el memorialista incurre en varios contrasentidos.

Por un lado, acusa al *Ad quem* de haber desatendido precedente de la Sala, según el cual las entrevistas no constituyen pruebas autónomas o concluyentes, sino que para ser consideradas como tales, deben estar precedidas de un análisis conjunto de los medios de convicción allegados. Empero, en el propio texto de la demanda, hace saber que el juzgador les otorgó credibilidad, apoyándose en el testimonio de la psicológica forense y en las demás entrevistas y declaraciones de los profesionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pruebas a partir de las cuales consideró que la retractación obedeció al “*síndrome de acomodación*”.

¹⁰ Sentencia de 13 de septiembre de 2006, Radicado N° 22.581.



De la anterior forma, contrariando su propuesta inicial, es claro que finalmente reconoce que el Tribunal sí realizó una valoración integral de la prueba.

Y, por otro, porque también del texto de la demanda se desprende con absoluta claridad que no es que el fallador haya desatendido la retractación de las menores, sino que a la hora de sopesar esa actitud posterior, la cual contrastó con suficiente acopio probatorio igualmente recaudado en el juicio oral, estimó que no merecían credibilidad.

Al efecto, basta revisar el fallo impugnado para confrontar que contrario a lo aseverado por el impugnante, las retractaciones de las jóvenes en el juicio oral no fueron objeto de omisión en el examen probatorio. Por el contrario, fueron sometidas a un exhaustivo análisis por parte de la Sala de Decisión, la cual determinó que su actuar obedeció al “*síndrome de acomodación*”, optando, por consiguiente, por no darle crédito a la retractación.

Efectivamente, frente al punto, así se pronunció el *Ad quem*:

“Pero esta situación sobreviniente en relación con las ofendidas H.V. y M.S.R.A. de manera alguna conduce sin más consideraciones o miramientos a confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, ni permite sostener tampoco que los medios de cargo, que quedarían restringidos a las versiones de las profesionales del área de la salud que las atendieron poco después de la denuncia tienen entonces y con exclusividad la condición de pruebas de referencia, por lo tanto,



insuficientes para la condena al tenor de las previsiones contenidas en el artículo 381, inciso 2, de la ley 906 de 2004.

En efecto, si bien de conformidad con los artículos 16 y 347 de la ley 906 de 2004, pero además con apego a los precedentes en la materia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de ninguna manera es posible atestar que estas declaraciones previas de la víctima son susceptibles de valorarse ‘como prueba autónoma e independiente’, también es cierto que el funcionario de conocimiento de ninguna manera ‘puede sustraerse por completo al conocimiento’ obtenido a través de esos medios suasorios de permitido acopio de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, en eventos como el configurado en estas diligencias, esto es, cuando un testigo modifica el recuento inicial o se retracta, si han sido cumplidas desde luego las exigencias de inmediación, publicidad y contradicción mediante el acopio de los testimonios de quienes reproducen sus manifestaciones previas, resulta perfectamente viable entonces ‘contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público’.

De otra manera, los testimonios de las ahora adolescentes en el desarrollo del juicio oral y público no descarta o excluye sin más ponderaciones la realidad de las imputaciones efectuadas antes de esa comparecencia en el presente proceso, inclusive, así las apoye plenamente en esa posición su progenitora Carmen Sofía Angarita Rojas (sic)(cd juicio de agosto 27 de 2010, a partir del registro 00:37), pues tal actitud simplemente reivindica de la Sala el escrutinio cuidadoso de los relatos al tamiz de los criterios establecidos en el artículo 404 de la ley 906 de 2004 con el propósito de discernir cuál



de ellos surge ajustado a la realidad, por lo tanto, revestido de credibilidad.

Desde luego, esta valoración a la cual conduce la retractación de las víctimas impele a analizar sus versiones de manera conjunta con las demás pruebas acopiadas en forma legal, regular y oportuna conforme lo reivindica el artículo 380 de la ley 906 de 2004; ponderación en la cual la Sala parte de un hecho cierto e irrefutable, en lo específico, que las menores H.V. y M.S.R.A. en el incidente en el cual decidieron revelar lo acontecido a su progenitora Carmen Sofía Angarita Angarita, en las entrevistas con la psicóloga adscrita a la Fiscalía, como también en las valoraciones médicas, esto es, en las declaraciones antes del juicio oral, le atribuyeron al padre la perpetración de las conductas punibles desde dos años antes. La primera mencionada, en concreto, los actos sexuales a los que pronto sucedieron reiterados accesos carnales; en tanto que la segunda, la realización de tocamientos libidinosos exclusivamente.

Así lo admitieron las ofendidas en el testimonio rendido en el presente proceso (cd. Juicio, sesión de agosto 27 de 2010, 2º corte a partir del registro 13:28; cd juicio, sesión de noviembre 26 de 2010, a partir del registro 00:18); diligencias en las cuales, como será examinado oportunamente en punto a la credibilidad que concita su retractación, sostuvieron al unísono haber urdido de común acuerdo esa falsa incriminación para eludir el inminente castigo ante un pésimo rendimiento académico, pero además, con la finalidad de obtener mayor libertad para efectos de permisos y fiestas.

Por ahora baste indicar entonces que las menores en estas manifestaciones iniciales, supuestamente mentirosas, exteriorizaron firmeza y coherencia interna, esto es, en sus propios recuentos, pero



además al cotejarse entre sí y con los demás medios suasorios acopiados, en las que suministraron además unos detalles que difícilmente habrían podido brindar de no corresponder tales recuentos a la reconstrucción de una traumática experiencia vivida, cuya realidad se afianza al advertirse la carga afectiva que acompañó a tales relatos y que contrasta, se anticipa, con la actitud evasiva asumida a partir del cambio en la versión sobre esos inequívocos señalamientos.

En efecto, en la sustentación de estos asertos, permisivos de sostener que las narraciones efectuadas en el curso de la audiencia de juicio oral y público en cuanto excluyeron la realidad de lo actos sexuales, pero además y obviamente el compromiso penal del acusado ROJAS PAKANSHIKE no resultan fiables y creíbles, la Corporación encuentra viable abordar en primer término los recuentos efectuados por las dos menores a la psicóloga Aracelly María Charris Bermúdez, vinculada esta última a la Fiscalía General de la Nación”.

La anterior argumentación precede un exhaustivo y completo examen de los elementos de juicio recaudados en el juicio oral, a partir de los cuales el Tribunal concluyó que debía declararse la responsabilidad penal del acusado en los delitos investigados.

En estas condiciones, el censor parte de una premisa falsa y amañada cuando asevera que el juzgador no valoró la retractación de las víctimas, ni realizó una valoración conjunta de la prueba recaudada.



De tal forma, queda descartada la omisión denunciada, lo cual quiere significar que en ningún yerro incurrió el *Ad quem* en el examen probatorio. Cosa diferente es que el actor estime equivocadamente, a partir de su propio examen de la prueba, que un “*análisis ponderado le hubiera llevado perfectamente a otra conclusión*”, sin concretar yerro alguno en la valoración judicial, no siendo viable estructurarlo en el entendido genérico de que el fallador valoró de determinada manera los elementos de convicción, cuando es evidente que para la estimación de tales probanzas nuestro sistema probatorio predica la libre apreciación, dentro del contexto de la sana crítica.

No es de recibo, por lo tanto, la forma que adoptó el casacionista para construir su evaluación probatoria, no por profusa menos errada, que elude verificar el verdadero efecto demostrativo del conjunto probatorio, para mejor penetrar en las minucias de los elementos suasorios y así fundamentar una absolución.

En síntesis, el cargo no prospera.

3. Decisión.

Acorde con lo planteado en precedencia, la falta de interés advertida para postular los dos primeros cargos, conduce a la desestimación de los mismos, en tanto que, por el cargo tercero,



Página contiene parte resolutive y firma de 3 Magistrados
Casación sistema acusatorio N° 38.857 –No casa-

anunciada su improsperidad, la sentencia censurada no será objeto de casación.

Finalmente, la Corte ordenará compulsar copias ante la sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con el fin de que se investigue el proceder del casacionista, quien pudo haber incurrido en un acto de deslealtad frente a su representado, derivado de la petición encaminada a derrumbar la condena por una conducta punible más favorable a sus intereses.

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

RESUELVE

1°. Desestimar los cargos primero y segundo de la demanda, por falta de interés del demandante.

2°. No casar el fallo impugnado, en lo que atañe al cargo tercero de la demanda.

3°. Compulsar copias para que sean remitidas a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con el fin de que se investigue la presunta falta en que pudo incurrir el casacionista.



Página contiene firma de 5 Magistrados
Casación sistema acusatorio N° 38.857 –No casa-

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria