

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP2650-2014

Radicación 41778

Aprobado acta número 61

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.

Bogotá, D. C., cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014)

Entra la Corte a resolver de manera oficiosa si fueron vulneradas las garantías judiciales en el proceso adelantado contra HGH, dentro del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...) confirmó la pena de ochenta y cuatro (84) meses de prisión que le impuso a la referida persona el Juzgado Primero Penal del Circuito de dicho lugar como autor responsable del delito de *acceso carnal violento* en el grado de tentativa.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. La situación jurídicamente relevante fue descrita en

anterior providencia por la Sala de la siguiente forma:

El 17 de octubre de 2011, en el (...) del (...), MCMG se hallaba en el acuario, acompañada de una de sus hijas, de once (11) años de edad, y dos 'prestadores de servicios turísticos', uno de ellos era HGH. Esta persona invitó a la menor a adentrarse en el mar mientras su madre hablaba con el otro colaborador. Al verlos alejados, esta última llamó con insistencia a la niña, pero no le contestaba. Cuando se reunieron en la orilla, la encontró con el ánimo alterado y, al preguntarle qué pasaba, ella le dijo que él «la había penetrado con su pene» (folio 4 del fallo del Tribunal). Por tal razón, la madre logró que el supuesto infractor fuera detenido por la Policía cuando pretendía irse en una lancha con destino a (...)

Durante el examen medicolegal que le realizó un experto en la materia, la menor manifestó acerca del capturado: «él me rodo [sic] la ropa interior y comenzó a tocarme y me metió el pene» (folio 105 del cuaderno principal).

El médico legista no le encontró señales compatibles con penetración vaginal o anal, pero tampoco pudo descartar ni corroborar la existencia de hallazgos de maniobras sexuales recientes [folio 7, cuaderno de la Corte].

2. Por lo anterior, el 18 de octubre de 2011, la Fiscalía General de la Nación le imputó a HGH la realización de la conducta punible de *actos sexuales con menor de catorce (14) años*, según lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008. El imputado no aceptó los cargos y, eventualmente, la Fiscalía le formuló acusación por ese mismo comportamiento.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Primero Penal del

Circuito de (...). Cuando presentó su teoría del caso, el acusador solicitó variar la adecuación típica del delito a *acceso carnal violento* en la modalidad de tentativa, conforme a lo estipulado en los artículos 27 y 205 de la Ley 599 de 2000, este último modificado por el artículo 1° de la Ley 1236 de 2008. Dicha postura la ratificó en los alegatos finales.

Con fundamento en esta última calificación, el juez condenó a HGH a ochenta y cuatro (84) meses de prisión e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas. Igualmente, le negó cualquier mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena privativa de la libertad.

4. Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...), en providencia de 30 de abril de 2013, la confirmó en los aspectos materia de debate.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el abogado de HUMBERTO GALLARDO HUDGSON interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

La Corte no admitió la demanda presentada por el actor debido a la ausencia de fundamentos. No obstante, dispuso que las diligencias regresaran a esta Corporación, una vez agotado el trámite subsiguiente, con el fin de estudiar la probable violación de una garantía fundamental, derivada de que HGH «*fue condenado por el delito de acceso carnal violento (en el grado de tentativa)*» (folio 13, c. C.).

6. Notificado el auto sin que el recurrente acudiera al

mecanismo de insistencia en los términos contemplados por la jurisprudencia de la Sala, el proceso entró al despacho para lo pertinente.

II. CONSIDERACIONES

1. La diferencia fundamental entre los delitos sexuales violentos, como los consagrados en los artículos 205 (*acceso carnal violento*) y 206 (*acto sexual violento*) del Código Penal, y los abusivos, esto es, los artículos 208 (*acceso carnal abusivo con menor de catorce -14- años*) y 209 (*actos sexuales con menor de catorce -14- años*) del referido estatuto sustantivo, radica en que los primeros se realizan gracias al elemento típico de la violencia, mientras que en los segundos concurre el consentimiento del sujeto pasivo de la conducta. Así lo explicó la Sala en el fallo CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33022:

Al contrario de lo que sucede en los delitos sexuales que contienen el ingrediente valorativo de la violencia, el bien jurídico que el legislador pretende proteger con la consagración de esta norma [se refiere al artículo 208 de la Ley 599 de 2000] no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento.

Lo anterior implica que la prohibición normativa debe circunscribirse al ejercicio de relaciones sexuales consentidas con menores, por lo que si el hecho se perpetra sometiendo la voluntad de quien no ha cumplido catorce (14) años, se configuraría un delito de acceso carnal o acto sexual violento, según sea el caso [...]

De ahí que la Sala haya señalado, a partir de la entrada en rigor

del anterior ordenamiento sustantivo, que obra una presunción por parte del legislador en los delitos abusivos con menores, que de manera alguna está relacionada con el elemento normativo de la violencia, sino con la naturaleza del consentimiento proveniente del sujeto pasivo de la conducta [cf. CSJ SP, 26 sept. 2000, rad. 13466].

En otras palabras, en el artículo 208 del actual estatuto (al igual que en el artículo 209 ibídem), el legislador cuenta con la aquiescencia de la víctima (o, en todo caso, con que su voluntad no sea doblegada ni subyugada por vías de hecho), pero a la vez presupone que de ninguna manera podría incidir a favor del procesado. Es decir, dada la naturaleza del bien jurídico, no es predicable el criterio según el cual actuar sobre la base del consentimiento del sujeto pasivo de la conducta excluye la realización del tipo. Por el contrario, se estima como ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan solo concurre la calidad especial exigida por la norma, que es la atinente a la edad.

En lo concerniente a la violencia como elemento típico de los delitos sexuales, la Corte ha señalado que, en aras de establecer su configuración, la acción del sujeto activo no sólo debe ser analizada de una manera *ex ante*, sino que desde ese punto de vista tiene que concluirse idónea para subyugar la voluntad de la víctima. Esto se sostuvo en la sentencia CSJ SP, 23 sept. 2009, rad. 23508:

[E]l factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento [y, en todas las demás conductas en las que concurra dicho ingrediente, añade ahora la Sala] debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del

autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.

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 lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de violencia empleada, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima.

Por ejemplo, cuando el infractor, con el propósito manifiesto de acceder sexualmente a una persona en un lugar despoblado o solitario, le apunta en la cabeza un revólver que ésta no sabe se encuentra descargado y le dice que si no obedece sus exigencias le

disparará, lo trascendente ante dicha situación no consiste en valorar que se presentó determinado tipo de violencia (que sería moral en este caso), sino que, desde el punto de vista de un espectador inteligente situado al momento de realizarse la acción, la misma resulta suficiente para obtener el resultado típico previsto en la norma (es decir, el acceso carnal sin el consentimiento o aquiescencia de la víctima).

Idéntica situación ocurriría en el evento de que, bajo las mismas condiciones, el sujeto agente no decidiera amenazar a la otra persona con un arma de fuego, sino que procediera a golpearla hasta vencer su resistencia, es decir, a someterla mediante el empleo de la fuerza física.

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización.

En este orden de ideas, si al momento de valorar *ex ante* la acción emprendida por un sujeto a quien se le atribuye un delito sexual no es posible predicar algún acto que implique agresión física, fuerza bruta, intimidación, constreñimiento u otra vía de hecho dirigida a doblegar la voluntad de la víctima, no podrá atribuírsele la conducta punible de *acceso carnal*

violento ni cualquier otro comportamiento típico o modalidad delictiva en la cual se incluya el elemento de la violencia.

2. Por otra parte, el principio de congruencia se halla consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, según el cual «*[e]l acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*».

En fallos como CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685, la Corte, entre otros aspectos, ha delimitado el alcance de esta norma en el sentido de que la acusación es un «*acto complejo que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral*». Así mismo, en sentencias como CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 34022, ha precisado que dicha prolongación de la acusación hasta la intervención final de las partes en el juicio oral sólo es para efectos de determinar la calificación jurídica definitiva de la conducta, criterio que ha sido ratificado en decisiones como CSJ AP, 3 jul. 2013, rad. 33790.

Lo anterior, sin perjuicio de que «*los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando [esta última] esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado*» (CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

No obstante, la Sala también ha señalado que cuando en razón de las garantías fundamentales se debe condenar en casación por un delito que implica una sanción punitiva más

alta, pero el procesado es impugnante único, lo procedente es reconocer la calificación jurídica que consulta la realidad de la actuación, pero dejando incólume la pena más beneficiosa para los intereses del procesado. Así lo sostuvo, por ejemplo, en el fallo CSJ SP, 13 dic. 2010, rad. 34370:

Precisamente la Corte ahora, advertida del yerro del Tribunal, lo enmienda dentro de claros postulados de legalidad y completo apego al principio de congruencia, sin que lo que aquí se decide afecte de ninguna manera al procesado o su defensor, simplemente porque deja en firme la actuación primigenia y sus efectos, respecto, también se repite, de hechos y denominación jurídica por los cuales amplia y suficientemente se defendió el acusado.

Ahora, como el pronunciamiento de la Corte ha de estar en consonancia con el respeto por el principio de no reformatio in pejus, dado que el único impugnante fue el defensor del acusado, no podrá incrementarse la pena más benigna que en razón a la inadecuada estimación del delito ejecutado impuso el ad quem.

Así las cosas, se revocará el fallo de segunda instancia para dejar con plenos efectos lo sentenciado por el a quo, pero la pena por descontar por el procesado será la que profirió el ad quem [...].

3. En el presente asunto, la Fiscalía, tanto en el escrito de acusación como en la respectiva audiencia de formulación, le atribuyó a HGH desde el punto de vista fáctico lo siguiente:

El informe de la policía de vigilancia [...] de fecha 17 de octubre 2011, suscrito por el funcionario policial Diego Fernando Quintero Mejía, pone en conocimiento del ente acusador que ese día se encontraba de servicio en el parque regional (...) y siendo las 13:40 horas, cuando se encontraba almorzando en el restaurante de razón social (...), se le acercó una funcionaria de la entidad (...) de

nombre Sonia Becerra Gutiérrez, manifestándole que habían violado a una menor. Que a esta la tenían en la torre. El policial se trasladó inmediatamente a ese lugar, donde se entrevistó con la señora MCMG, quien le manifestó que habían abusado sexualmente de su hija.

Posteriormente, la menor [...] señaló a su agresor, quien fue identificado como HGH. [...] Menor que en entrevista forense hizo saber que ese día fue en lancha a visitar el mar, fue al acuario y luego a (...) con su familia conformada por su madre, hermano y abuelo, y con dos señores más. Su hermano estaba con su abuelo en una choza y ella estaba con su madre en el mar. Uno de los dos señores de nombre (...) y el otro, cuyo nombre desconoce pero que vestía pantaloneta negra y camiseta blanca, eran los que estaban ayudándola a ver los peces. Ella se encontraba con (... en el agua, luego el acusado pidió que se la pasaran para que ella pudiera ver más peces. Entonces éste le preguntó que si había tenido relaciones sexuales, a lo que la menor le respondió negativamente. Entonces el acusado le abrió la ropa, es decir, se la corrió y comenzó a tocarle la vagina con la mano y con el pene.

En ese instante, su madre estaba llamándola y ella trataba de nadar hacia donde se encontraba su madre, pero el acusado no la dejaba ir. Ella le decía que se quería ir para donde su madre, pero el acusado no le respondía nada y tampoco la dejaba ir. Una vez estuvo con su madre, se puso a llorar y le contó lo que había ocurrido.

Posteriormente, (...), el otro muchacho que las acompañaba, los llevó donde una señora y su madre habló con ella y la señora habló con la policía y el acusado le pedía a su madre que hablaran para arreglar las cosas, pero su progenitora le decía que no.

Por lo que viene expuesto, la policía procedió a capturarlo¹.

¹ Folios 1-2 del cuaderno principal. Igualmente, archivo de audio número

Y, por tal comportamiento, le imputó jurídicamente a HGH la realización del delito de «actos sexuales con menor de catorce (14) años, *visible en el artículo 209 de nuestro Código Penal, con pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años*»².

Al inicio del juicio oral, durante la presentación de su teoría del caso, el representante del organismo acusador (un funcionario distinto al que formuló la acusación) manifestó variar la calificación jurídica de la conducta del delito abusivo por la de *acceso carnal violento* en la modalidad de tentativa. En palabras de dicho servidor:

Cuando la Fiscalía presentó su escrito de acusación, consideró en su momento el fiscal que me antecedió que obraban en el paginario [sic] elementos materiales probatorios y evidencia física para que la Fiscalía en esta audiencia de juicio oral demostrara la responsabilidad penal de HGH como autor material del delito de acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años como le viene imputado, norma o conducta, perdón, que violaría la norma consagrada en el artículo 209 del Código Penal. Podría ser considerado autor material del delito de acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años si no fuera porque el suscrito, en el análisis de la situación fáctica visible en la carpeta de la Fiscalía, observara que si el hecho realmente ocurrió, éste encuadra mejor en la descripción típica del artículo 205 del Código Penal, y no en el ya precitado 209, en grado de tentativa, modificado por la Ley 1236 de 2008. La tentativa la consagra el artículo 27 del Código Penal.

Ello, puesto que, analizados como ya dije los elementos materiales probatorios, como se hará ver en el transcurso de esta audiencia,

L88001310400120110010100_110010101000_003_001, 10' 30" y ss.

² Archivo L88001310400120110010100_110010101000_003_001, 13'30" y ss.

modifican el concepto que tenía la Fiscalía sobre el tipo penal imputado al acusado en su momento, en la audiencia correspondiente, y que diera inicio a toda esta etapa que concluye esta audiencia de juicio oral.

Esta variación, a juicio del despacho, Señoría, es viable hacerla ante usted como juez de conocimiento en esta audiencia de juicio oral, ya que es un delito tratado bajo el mismo título y que favorece al acusado, es decir, no hay que acudir ante un juez de control de garantías porque no se le está imputando una conducta más gravosa, sino que, por el contrario, una que le favorece³.

Durante los alegatos de conclusión, el Fiscal mantuvo dicha imputación jurídica en los siguientes términos:

[L]a víctima en este asunto, la menor de edad, resultó no afectada en su integridad sexual en el sentido de que no sufrió lesión o daño alguno, puesto que el agente pudo haber tratado efectivamente, pero el llamado oportuno de la madre para que se saliera del mar, la insistencia de ésta para que la niña estuviera a su lado, pudo el agente haber iniciado actos como tocamientos y tratar de introducir el miembro viril por debajo del vestido de baño de la niña, y tuvo alguna dificultad, y por ello el delito no llegó a consumarse, quedando en la etapa de tentativa. Piensa este despacho que ése es el tratamiento que se debe dar a efectos de hacernos un juicio de reproche penal, es decir, que el acusado sea acusado y condenado al momento de dictar sentencia, no por el artículo 209 del Código Penal, sino por el artículo 205⁴.

En el fallo de primera instancia, el juez no profundizó en el tema de la adecuación típica de la conducta imputada en el

³ Archivo L88001310400120110010100_110010101000_002_001, 5'30" y ss.

⁴ *Ibíd*em, 1:12'10" y ss.

delito de *acceso carnal violento* en la modalidad de tentativa.

En ese sentido, consideró, por un lado, que «*no se viola garantías fundamentales y el principio de congruencia cuando la fiscalía acusa por un delito consignado en el escrito de acusación, solicita condena por otro delito menos gravosa [sic], siempre y cuando ese cambio no modifique el núcleo básico de la acusación y no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes*» (folio 41, cuaderno de la Corte). Y, por otro lado, sostuvo en relación con la situación fáctica que se consideraba demostrada lo siguiente:

[La menor], estando en el mar, la mamá la llamaba y el señor no lo [sic] dejaba ir, no obstante ella intento [sic] ir, y le pregunto [sic] si había tenido relaciones sexuales y ella le dijo que no, fue cuando le rodo [sic] la ropa interior, le comenzó a tocar y le metió el pene [folio 38].

En la providencia de segunda instancia, si bien el problema jurídico principal que abordó el cuerpo colegiado fue el relativo a la prohibición de condenar exclusivamente con prueba de referencia, desde el punto de vista fáctico concluyó que la prueba aportada por la Fiscalía comprendía «*elementos de convicción que [...] se erigen como suficientes para edificar un juicio de reproche penal en contra del encartado*» (folio 61, c. C.). Al respecto, contempló lo señalado bajo la gravedad del juramento por MCMG, madre de la menor:

[M]anifestó que cuando se encontraban disfrutando de las actividades subacuáticas ya referidas, llamó reiteradamente a su

hija cuando la vio muy alejada, pero pese a su insistencia no contestaba, tan solo “la miraba”. Cuando finalmente se acercaron a la playa, “la niña estaba desconsolada” y le dijo que el acusado “la había penetrado con su pene”. Es categórica al anotar que el señor (refiriéndose al enjuiciado) le ofreció dinero cuando iban caminando y especificó que “cuando fuimos a avisarle a la señora (refiriéndose a la salvavidas) él se estaba escapando en una lancha, la policía lo hizo detener y él me decía que habláramos y arregláramos, yo le decía que ahí no había nada que arreglar y ya nos vinimos para la revisión de la niña”.

Durante el contrainterrogatorio, la defensa técnica del acusado inquirió a la testigo para que precisara a qué distancia de ella se encontraba el encartado con la menor y qué podía presenciar. Ante lo cual contestó ad literam que se encontraban “como a tres metros” y “lo único que se visualizaba era que él tenía cargada la niña, no más” [folios 48-49].

Así mismo, se refirió a la declaración del patrullero Diego Fernando Quintero Mejía (que rindió durante audiencia preliminar):

[Señaló] que el 17 de octubre de 2011, a las 13:40 horas, se le acercó la salvavidas que trabaja con (...) en el cayo, informándole de una violación de una menor, manifestación que fue corroborada por la madre de la ofendida, quien le refirió que habían abusado sexualmente de su hija. Posteriormente, la niña señaló al indiciado como [sic] quien la había abusado, cuando se encontraban en el mar, al referir literalmente: “me informó que él la había llevado a conocer el mar, posteriormente le corrió el vestido de baño y la penetró en tres veces (...)” [sic]. Razón por la cual procedió a capturar al acusado [folio 47].

Igualmente, aludió al testimonio de la salvavidas de (...)

Sonia Estella Becerra Gutiérrez:

[Aseguró] que el día de los hechos, cuando se encontraba ejecutando las tareas propias de su cargo, llegó la madre de la niña en compañía de (...) y “me dijeron que un señor... el señor (...) (a quien señaló durante la audiencia) había tratado o había abusado de la menor (...), el señor estaba en una lancha y se iba a regresar para acá, para (...) (...) le pedí que se bajara, él se bajó sin ninguna objeción”.

Especificó que habló con la madre de la menor y refirió textualmente: “yo hablé con la madre de la menor que fue la que me dijo que el señor HGH había tratado de abusar de la menor. La niña estaba en silencio, estaba llorando y la madre también”. [folios 49-50].

Y relacionó, finalmente, la declaración del médico legista Carlos Alberto Morales Rodríguez:

[I]ntrodujo al juicio como prueba No. 1 el dictamen médico legal visible a folios 105 y 106 del sub lite, en el cual, como anamnesis, la paciente refirió textualmente que el sujeto activo “le rodo [sic] la ropa interior y comenzó a tocarme y me metió el pene”. Luego de reseñar los antecedentes ginecológicos, de determinar la edad clínica en 11 años aproximadamente y de describir el examen genita, concluyó: “Himen íntegro no elástico, es decir, que no ha sido desflorado, los signos negativos al momento del examen no permiten descartar ni confirmar maniobras sexuales recientes”.

Durante el contrainterrogatorio, el perito refirió que la anamnesis le fue relatada por la menor examinada y no por su madre, y, finalmente, concluyó que los hechos relatados por la paciente relativos al acceso carnal no concuerdan con el dictamen clínico por la inexistencia de desfloraciones [folio 50].

4. Teniendo en cuenta la reseña procesal que antecede, la Corte advierte, por un lado, que la Fiscalía solicitó condena con base en una calificación jurídica de los hechos incorrecta, en la medida en que no se compadece con los hechos por los cuales HGH fue acusado y condenado por las instancias.

En efecto, ni en la imputación fáctica que formuló la Fiscalía en la audiencia de acusación correspondiente ni en la motivación de las decisiones de primer y segundo grado es posible extraer, de una manera clara e inequívoca, alguna circunstancia constitutiva de violencia que es un elemento estructural del tipo consagrado en el artículo 205 del Código Penal.

Es cierto que tanto en la relación de la situación fáctica atribuida por el ente acusador como en el fallo de primera instancia se hicieron alusiones pasajeras al hecho de que el procesado no le permitió a la víctima regresar con su madre cuando se hallaban en el mar (*«le decía que se quería ir para donde su madre, pero el acusado no le respondía nada y tampoco la dejaba ir»* -folio 2, c. p.-; *«la mamá la llamaba y el señor no lo [sic] dejaba ir»* -folio 38, c. C.). Sin embargo, ello no constituye una manifestación incuestionable acerca del despliegue de fuerza, agresión u otra forma de violencia física o moral tendiente a someter la voluntad del sujeto pasivo. Debido a la falta de datos que contextualicen tal información, dichas expresiones no permiten concluir sin lugar a dudas que se trató de un acto violento. El 'no dejar ir' a la menor también pudo obedecer a la autoridad que el procesado en el

papel de 'prestador de servicios turísticos' tenía sobre la niña y no necesariamente a una vía de hecho que implicara la subyugación de su voluntad. Además, ni el Fiscal en los alegatos finales ni el funcionario a quo en el fallo de primera instancia propusieron argumento alguno en tal sentido.

Y, en cualquier caso, la única acción del procesado que el Tribunal consideró relevante en el fallo recurrido para efectos de determinar su responsabilidad penal consistió en que HGH, cuando se hallaba en el mar con la víctima, le quitó a ella la ropa, la tocó y, en palabras de la menor, le «*metió el pene*» (folio 50, c. C.). Es decir, el cuerpo colegiado dejó de lado cualquier circunstancia que pudiera ser alusiva a un delito sexual violento.

En este orden de ideas, en la acción realizada por el sujeto agente se debe predicar que la voluntad de la víctima, aunque no fue la de consentir o acceder expresamente a los actos de índole sexual ejecutados, tampoco se vio «*doblegada ni subyugada por vías de hecho*» (tal como lo sostuvo la Corte en el fallo CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33022). Por lo tanto, es obvio que por esa sola razón la acción ya no podía adecuarse a la conducta punible de *acceso carnal violento*, o a cualquier otro comportamiento que requiriera para su configuración típica el ingrediente de la violencia.

Como si lo anterior fuese poco, los jueces de instancia no se preocuparon por motivar que la intención del procesado era la de acceder carnalmente a la menor y que sus actos estaban dirigidos de manera idónea e inequívoca a obtener tal

fin, pero que éste no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad. Es decir, no sustentaron el grado de tentativa, ni tampoco la Sala encuentra justificada tal postura una vez estudiada la actuación. Veamos.

En primer lugar, no es acertado concluir, como lo hizo el Fiscal en los alegatos finales, que el acceso carnal al final no se produjo por la intervención de la madre, es decir, porque ella interrumpió la acción reprochable del acusado al llamar a la menor. De los elementos traídos a colación por el Tribunal, sin embargo, se aprecia que MCMG «*llamó reiteradamente a su hija cuando la vio muy alejada*» (folio 49) y que la niña «*pese a su insistencia, no contestaba, tan solo “la miraba”*» (folio 49). Sólo fue «*[c]uando finalmente se acercaron a la playa*» el momento en el cual la víctima «*le dijo que el acusado “la había penetrado con su pene”*» (folio 49).

Dichas aserciones se ajustan a los hechos formulados en la acusación, en el sentido que luego del acto que la menor calificó como penetración (sin serlo), se reunió de nuevo «*con su madre, se puso a llorar y le contó lo que había ocurrido*» (folio 2, c. p.).

Ahora bien, si la madre llamó a su hija por el solo hecho de verla alejada, ello significa que no tuvo conocimiento del acto delictivo sino hasta el instante en el que la víctima se lo indicó. La progenitora lo confirmó con sus propias palabras: «*lo único que se visualizaba era que él tenía cargada la niña, no más*» (folio 49).

Así mismo, conforme a esta postura, tampoco es posible predicar con absoluto convencimiento que la menor se reunió con MCMG gracias a los llamados insistentes de ésta. El que la madre declarara que su hija 'la miraba' cuando la estaba llamando no implica que la víctima la hubiera escuchado, ni mucho menos que el acusado, por esa razón, haya detenido su actuar criminal.

Por consiguiente, teniendo en cuenta la situación fáctica contemplada por el Tribunal, no es posible afirmar que el comportamiento fue interrumpido por la intervención de la madre, ni que el resultado dejó de concretarse por esa misma actuación de la progenitora.

En segundo lugar, las versiones de la menor resultan confusas e incoherentes frente a los actos de índole sexual perpetrados en contra suya por HGH. Al patrullero Diego Fernando Quintero Mejía, le dijo que el acusado «*le corrió el vestido de baño y la penetró en [sic] tres veces*» (folio 47). Ante su progenitora, manifestó que él «*la había penetrado con su pene*» (folio 48) y, con el médico legista Carlos Alberto Morales Rodríguez, afirmó que «*le rodo [sic] la ropa interior y comenzó a tocarme y me metió el pene*» (folio 50). Es decir, en principio, la acción sexual consistió en tres penetraciones. Luego, se trató al parecer de un solo acto de acceso carnal. Y, finalmente, la conducta fue la de tocar, además de la de penetrar.

Dichas aserciones, por lo demás, reñían con el hallazgo del médico legista, según el cual la menor presentaba un

«[h]imen íntegro no elástico, es decir, que no ha sido desflorado» (folio 50).

Con fundamento en esta evidencia, las instancias concluyeron, de manera atinada, que no hubo acceso carnal en el sentido descrito por el artículo 212 de la Ley 599 de 2000. Pero dado lo escueto del relato, la escasa información que enriqueciera el contexto dentro del cual se produjo la conducta y circunstancias como la corta edad de la víctima (once -11- años) y su capacidad para comprender o describir los hechos, era más sencillo para los jueces concluir que lo que hubo fueron actos de índole sexual no constitutivos de penetración, en lugar de un intento de acceso carnal por medio de la violencia que no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor.

Lo anterior obedece al principio de economía, también conocido como ‘rasero de Occam’, en virtud del cual siempre deberá escogerse la teoría o conjetura más simple entre todas aquellas que en igualdad de condiciones puedan explicar un mismo acontecimiento.

Este postulado de orden epistemológico no sólo ya fue contemplado por la Corte en el fallo de única instancia CSJ SP, 17 sep. 2011, rad. 22019⁵, sino además ostenta amplia

⁵ «La Sala comparte el criterio epistemológico aducido por el defensor en los alegatos finales, conocido como el principio de economía, *lex parsimonae* o *rasero de Occam*, de acuerdo con el cual siempre deberá escogerse la teoría o conjetura más simple entre todas aquellas que en igualdad de condiciones puedan explicar un mismo acontecimiento. / Lo inaceptable para la Corte es que la prueba concerniente a la no emisión del documento por parte del procesado (sino a la de uno distinto o de ninguno) conduzca, en palabras del asistente letrado, a la "explicación de los hechos que obliga a realizar un menor número de operaciones mentales". / Por el contrario, para aceptar cualquiera de las hipótesis

difusión y aceptación en materia de hallazgos científicos, de manera que puede ser perfectamente trasladado al ámbito del proceso penal, como criterio de sana crítica, en la medida en que cada teoría en pugna cuente con un mínimo de respaldo probatorio dentro de la actuación.

En tercer lugar, del conjunto de pruebas practicadas en el juicio oral, la Sala no encuentra otro argumento fáctico del cual pudiera desprenderse de forma razonable aspectos como el uso de la violencia por parte del acusado, la intención de acceder carnalmente a la víctima materializada en acciones idóneas e inequívocas y la no consecución del resultado por hechos ajenos a su voluntad.

Al respecto, el intento de huida por parte del acusado y las manifestaciones hechas a la madre de la menor para que arreglaran el asunto sin injerencia judicial se trataron de circunstancias empleadas por las instancias para derivar responsabilidad penal en el delito de *acceso carnal violento* tentado. Pero éstas no necesariamente eran indicativas de la realización de tal comportamiento en particular, sino de la de cualquier otro acto o conducta censurable, por ejemplo, un acto de abuso sexual.

En este orden de ideas, la postura del Fiscal que varió la calificación jurídica de los hechos no es convincente o incluso carece de sustento, máxime cuando los datos de naturaleza

argüidas por la defensa a lo largo del proceso, habría que aceptar situaciones fácticas o psíquicas tan complejas como inverosímiles [...] / Ni siquiera es posible predicar que en materia probatoria la teoría de la defensa está en igualdad de condiciones a la imputación fáctica, pues, tal como se verá a continuación, no resiste un mayor análisis frente al resto del material obrante en el expediente».

objetiva que contempló el *ad quem* se ajustan sin mayores elucubraciones a la descripción del tipo de *actos sexuales con menor de catorce (14) años*.

La correcta calificación jurídica de los hechos, por lo tanto, era la que había imputado jurídicamente la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, es decir, la del artículo 209 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008.

El representante del organismo acusador fundamentó la necesidad de tal variación jurídica con el argumento de que la nueva adecuación típica, según la cual el procesado debía ser juzgado por los artículos 27 y 205 del Código Penal, resultaba más favorable para sus intereses.

Pero dicha imputación jurídica, además de equivocada, era incompleta. En efecto, el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 1236 de 2008, tiene una sanción privativa de la libertad que oscila de doce (12) a veinte (20) años de prisión. Dichos extremos deben incrementarse de una tercera parte a la mitad en razón de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal («*sobre persona menor de catorce -14- años*»), causal que «*no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto*» según el fallo condicionado de la Corte Constitucional CC C-521/09, pero que sí tiene que reconocerse en el delito de *acceso carnal violento* cuando la víctima tiene once (11) años de edad, como sucedió en el presente asunto.

Por consiguiente, la pena oscilaría entre dieciséis (16) y treinta (30) años de prisión. Y como, así mismo, procede aplicar el artículo 27 del Código Penal (de acuerdo con el cual en la tentativa se incurre «*en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada*»), la sanción se movería de ocho (8) a veintidós (22) años y seis (6) meses de prisión.

El representante de la Fiscalía, sin embargo, tan solo imputó en los alegatos de conclusión los artículos 27 y 205 del Código Penal, es decir, una pena comprendida entre los seis (6) y los quince (15) años de prisión. Las instancias se atuvieron a esta atribución y, por lo tanto, condenaron a HGH dentro de los límites del cuarto mínimo a la pena principal de ochenta y cuatro (84) meses o, lo que es lo mismo, siete (7) años de prisión.

Ante el error en la calificación jurídica de la conducta, en el cual las instancias partieron de los hechos formulados en la acusación, pero siguieron la desafortunada tesis del Fiscal durante el juicio, y con ello vulneraron la estricta tipicidad de los delitos y de las penas, así como desconocieron los derechos de verdad y justicia de la víctima menor de edad, la Sala debería casar oficioso y parcialmente el fallo recurrido, con el fin de declarar al acusado penalmente responsable por el delito de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* e imponerle una sanción privativa de la libertad dentro de los límites previstos en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, con

la modificación introducida por del artículo 5° de la Ley 1236 de 2008, es decir, una pena que oscilaría entre nueve (9) y trece (13) años de prisión.

Dicha solución terminaría siendo inapropiada, pues vulneraría el principio de prohibición de reforma en perjuicio, dado que HGH es recurrente único en sede de casación y viene condenado por los jueces de primer y segundo grado a una pena privativa de la libertad de ochenta y cuatro (84) meses o siete (7) años.

Lo correcto, entonces, será preservar la protección de las garantías fundamentales sin afectar las que le son inherentes al acusado en sede del recurso extraordinario de casación, esto es, teniendo en cuenta la calificación jurídica acertada, pero sin alterar el monto de la sanción punitiva más favorable reconocida por las instancias.

En consecuencia, la Sala casará el fallo impugnado, en el sentido de declarar a HGH autor y responsable de la conducta punible de *actos sexuales con menor de catorce (14) años agravado*, y lo confirmará en los demás aspectos que no fueron materia de modificación, entre otros, que la pena impuesta en su contra asciende a ochenta y cuatro (84) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

III. DECISIÓN

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

Primero. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...).

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, declarar a HGH autor y responsable de la conducta punible de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* en lugar de la de *acceso carnal violento* en el grado de tentativa.

Tercero. Precisar que la decisión de segunda instancia permanecerá incólume en todos los demás aspectos que no fueron objeto de modificación.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese 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

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria