

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP16559-2015

Radicación N° 45824.

Aprobado acta No. 428.

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015).

VISTOS

Llevada a cabo la audiencia de argumentación oral, procede la Corte a resolver el recurso de casación presentado por el defensor del procesado OSCAR MAURICIO BARRERA RIOS, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 26 de enero de 2015, mediante la cual revocó el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de (...) (Antioquia), el 28 de enero de 2014, a través del cual absolvió al mencionado acusado del concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravados, para en su lugar declararlo autor responsable del concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años, agravados.

HECHOS

El jueves 14 de julio del año 2011, alrededor de la una y media de la tarde (1:30 p.m.), cuando la señora NEJC llegó a su residencia, ubicada en el barrio (...) del municipio de (...) (Antioquia), encontró a su hija L.Z.J.1, de 13 años de edad para ese entonces, cubierta con una salida de baño.

La joven, que se asustó con la llegada de la progenitora, reconoció que en su habitación se encontraba OSCAR MAURICIO BARRERA RIOS, profesor de su colegio, de 34 años de edad para la época, con el que admitió haber sostenido voluntariamente relaciones sexuales.

La señora JC denunció el hecho ante la Fiscalía General de la Nación el 22 de julio siguiente, fecha en que la joven fue remitida a reconocimiento médico legal en la Unidad Básica CAIVAS de la ciudad de Medellín, el cual no pudo concluir la profesional encargada del mismo, toda vez que la menor no permitió que le revisaran sus órganos genitales.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 26 de julio de 2012 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de (...) (Antioquia), se le formuló imputación a OSCAR MAURICIO BARRERA RIOS por el ilícito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo, tipificado en los artículos 208 y 211-2 del Código Penal.

Como el implicado no aceptó dicho cargo, la Fiscalía presentó escrito acusatorio el 9 de agosto siguiente, ratificándolo.

La fase del juicio fue asumida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, despacho que realizó la diligencia de formulación de acusación el 20 de septiembre del mismo año, acto en el cual el ente instructor ratificó que

se procedía por el concurso de hipótesis delictuales constitutivas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravadas.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 16 de enero de 2013, en tanto, el juicio oral se celebró en sesiones del 1 de abril, 28 de mayo, 15 de julio, 26 de septiembre y 11 de diciembre de la referida anualidad, en la última de las cuales el representante de la Fiscalía solicitó que se condenara al endilgado por el delito por el que lo acusó judicialmente.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia el 28 de enero de 2014, absolviendo a BARRERA RIOS del cargo formulado.

Apelado el fallo por el representante de la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín lo revocó, a través de providencia del 14 de enero de 2015, en la cual declaró la responsabilidad penal del enjuiciado en el concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años, agravados, en los términos de los artículos 209 y 211-2 de la Ley 599 de 2000.

Consecuente con su determinación, el Ad quem le impuso la pena principal de 216 meses de prisión y la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Así mismo, le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, reactivando, por tanto, su captura², la cual se logró el 17 de febrero siguiente.

En contra del proveído del Tribunal, el defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda, la cual fue admitida por la Sala mediante auto del 27 de abril del año en curso.

En tales condiciones, la audiencia de argumentación oral tuvo lugar el 15 de septiembre de 2015.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de OSCAR MAURICIO BARRERA RIOS solicita que se case la sentencia del Tribunal y se profiera fallo absolutorio de reemplazo en favor de su representado, tras proponer en su contra tres censuras, una principal y dos subsidiarias, las cuales desarrolla de la siguiente manera:

1. Cargo primero (principal): violación del principio de congruencia.

Con fundamento en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el casacionista denuncia la afectación del debido proceso, por la violación del principio de congruencia entre la acusación y el fallo de segundo grado, pues, se desconoció lo consagrado en el artículo 448 Ibidem, toda vez que se sentenció por un delito respecto del cual no se solicitó condena, ni fue objeto de contradicción en la etapa probatoria.

En sustento de su aserto, transcribe precedente de la Sala acerca de la garantía invocada, con el objeto de concluir que en este caso debe absolverse a su prohijado, en la medida en que la Fiscalía no logró demostrar los hechos por los cuales acusó, al punto tal que el juzgador de primera instancia así procedió, tras considerar que no se colmaron las exigencias que para el efecto demanda el artículo 381 Ejusdem.

En este asunto, concreta el demandante, aunque el ente instructor imputó, acusó y solicitó condena por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravada y en concurso homogéneo, tipificada en los artículos 208 y 211-2 del Código Penal, el Tribunal declaró la responsabilidad por la de actos sexuales con menor de catorce años, agravados, prevista en los artículos 209 y 211-2 de la misma codificación.

Le recrimina, igualmente, que no haya explicado las razones de la agravante, como

tampoco especificado en qué consistieron dichos actos, es decir, “nunca dijo, si fueron tocamientos, exhibición, provocación u otros clasificables” como tales en la norma imputada, pues, como reconoció que no se probó el acceso pero se hizo referencia a relaciones sexuales, determinó que se trataba de aquellos, vulnerando así el derecho de defensa, “ya que no fue objeto de debate probatorio esta conducta, ni existen presupuestos fácticos para establecerla”.

Para terminar, el impugnante transcribe las consideraciones del Ad quem y cita varias providencias de la Corte referidas al principio de congruencia, con el fin de insistir en su desconocimiento y reiterar que “la Fiscalía no logró probar ningún acto sexual vivido entre los presuntos víctima y victimario, menos aún desvirtuó la presunción de inocencia que cobija a mi patrocinado, entonces no pueden prevalecer las presunciones de legalidad y acierto que ostenta la decisión atacada con esta acción y así deberá declararse en este punto”.

2. Cargos segundo y tercero (subsidiarios): violación indirecta.

Luego de enlistar las normas que estima infringidas³, el apoderado del procesado se apoya en la causal tercera de casación para denunciar que la Sala de Decisión incurrió en dos errores de hecho en la apreciación probatoria, los cuales explica de esta manera:

2.1. Falso juicio de existencia.

Para el recurrente, el fallador de segunda instancia se equivocó al apreciar los documentos introducidos por las profesionales psicóloga y médica, que plasman las entrevistas vertidas por la víctima y su progenitora, a pesar de que falta la firma de la deponente principal, es decir, de la menor ofendida, quien además tampoco fue asistida por su representante legal o el defensor de familia en esas diligencias. De igual manera, por haberles dado el valor de prueba de referencia, dejando de lado que su admisión es

excepcional en el proceso, tal como lo establece el artículo 438 del C.P.P., y que pueden resultar espurios.

Cuestiona, también, que el fiscal haya desaprovechado la oportunidad de utilizarlos para impugnar la credibilidad, interrogando y contrainterrogando a las mencionadas testimoniante, y que el Tribunal, en el análisis de las mismas, haya hecho una “inferencia prohibida” al sostener que se contradijeron.

Seguidamente, el censor asevera que el juzgador de segundo grado no tuvo certeza sobre la ocurrencia del hecho, como tampoco la tuvo el A quo, que en últimas absolvió a su defendido y desechó las citadas probanzas, a diferencia del primero, que, repite, valoró unas entrevistas previas al juicio oral, las cuales no tienen el carácter de prueba, por cuanto no se practicaron con el cumplimiento de los requisitos legales para su aducción, ni con la observancia de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

A continuación, afirma que por haberse revestido de validez a unas pruebas de referencia, la defensa fue sorprendida; exalta las disquisiciones del juzgado de conocimiento; cita precedente de esta Corporación sobre el valor probatorio de las entrevistas; asevera que lo atestado por la menor y su progenitora en sus declaraciones previas ante la médico legista y la sicóloga no podía ser apreciado por el Tribunal; y aduce que la retractación de las aludidas en el juicio oral “no fue debatida o contrariada por la fiscalía”.

Por último, el libelista ilustra sobre lo que debe entenderse como prueba en el marco del sistema acusatorio penal; cataloga como de “oídas” los testimonios de aquellas profesionales; repite que no se colman las exigencias que para condenar demanda el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; y concluye que el yerro jurídico del sentenciador de segunda instancia “viola directamente la ley sustancial” y “desdibuja la presunción de inocencia del procesado, a quien NO se le probó la existencia del

hecho por el cual se le condenó”.

2.2. Falso raciocinio.

Según el actor, el fallador de segundo grado violó indirectamente la ley sustancial por cuanto interpretó subjetivamente varios elementos de juicio, alejándose del principio de la sana crítica, que hace relación a la apreciación racional y la valoración conjunta de la prueba. En tal forma, afectó también las garantías del debido proceso, presunción de inocencia e in dubio pro reo, “ya que al dar un sentido contrario se llega a un juicio de verdad, sin los presupuestos fácticos plenamente demostrados”.

En orden a fundamentar su reproche, explica nuevamente qué debe entenderse como prueba en el sistema penal acusatorio y, descendiendo al caso concreto, aborda el análisis del Tribunal en el cual descartó el acceso carnal, pero de la ocurrencia de las relaciones sexuales estableció los actos de esa naturaleza por los que finalmente condenó a su representado, creando al efecto una máxima de la experiencia según la cual, cuando una persona dice que “estuvo con otra” se refiere a “contacto sexual”.

Se trata, en opinión de la defensa, de una apreciación errada con la que se vulneran las reglas de la experiencia y la lógica dialéctica no formal -postulados sobre los cuales trae a colación referentes doctrinales-, pues, “se otorgan efectos absolutos a una circunstancia que no está debidamente corroborada en el proceso, que no fueron objeto de debate probatorio, ni se probó alguna clase de acto sexual ni en que consistieron”.

Seguidamente, el casacionista se refiere a la frase de la menor ofendida acorde con la cual “como estuve con él porque quise”, de la que derivó el fallador la certeza acerca de los actos sexuales, asegurando que no se aclaró “esta premisa” ni fue objeto de debate probatorio.

Finalmente, repite que en éste proceso no se colman los requisitos que para condenar

exige el artículo 381 del C.P.P., y cita concepto doctrinal sobre las pruebas penales y el método del libre convencimiento, así como jurisprudencia de esta Corporación alusiva a los yerros de raciocinio.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del defensor del acusado (impugnante).

Como punto de partida, la defensa aclaró que primero se referiría a la causal por la vulneración del artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que el Tribunal Superior de Medellín, al revocar la sentencia del A quo, equivoca su concepto, sobre todo en cuanto a la observancia del debido proceso, ya que dejó de lado que el fiscal en su alocución omitió las reglas que regulan la prueba de referencia, incumpliendo con el deber de sustentar, pues, si bien puso los escritos a consideración de la parte, no hubo oportunidad de controversia.

Opinó en tal medida que los testimonios de la médica y la sicóloga son de oídas y por ello, el Ad quem no podía revocar ni considerarlos como prueba, a pesar de que el fiscal haya solicitado que se tuvieran como tales sus informes, en tanto, repite, no se contradijeron y no podían permitir deducir la responsabilidad de su defendido.

Acto seguido, repasó los hechos, enfatizó que la niña no permitió su propio examen, y pidió que se reconociera que en efecto se vulneró esa garantía, ya que no se cumplieron las reglas que regulan la práctica de la prueba de referencia.

Por último, precisó que la otra inconformidad concernía a que el juzgador de segunda instancia condenara por un delito diferente por el que acusó la Fiscalía, esto es, por el de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, propiciando así una incongruencia con la imputación y la acusación, pues, así haya degradado la conducta, es “casi impensable que no se afecten las garantías del procesado”.

2. Intervención del Fiscal Noveno delegado ante la Corte.

Con relación al primer cargo, tras leer el artículo 448 la Ley 906 de 2004 y disertar sobre el principio allí contenido y sus excepciones, apoyándose en precedentes jurisprudenciales, concluyó que se consagra una congruencia flexible, la cual permite condenar por un delito diferente, siempre y cuando se conserven el núcleo fáctico y el género, y se haga por un ilícito de menor entidad.

En tal medida, explicó que la Corte ha superado el concepto rígido del instituto y por ese motivo, si a BARRERA RIOS se le acusó por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en los términos de los artículos 208 y 211-2 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo, el fallador de segunda instancia, al revocar la absolución y condenar por la de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravados, por estimarla configurada y probada, no desconoció ese principio, ya que mantuvo incólume el núcleo fáctico y el género, y además lo hizo por un reato de menor entidad punitiva.

Ahora, la crítica que hizo el demandante al Tribunal, en el sentido de que no identificó la agravante, no es cierta, en tanto, conservó la señalada desde la acusación, en razón de la posición del acusado como profesor de la víctima.

Pidió, en consecuencia, desestimar el primer reparo.

En lo concerniente al reproche subsidiario, aclaró que si bien el impugnante lo enrutó por la vía del error de hecho por falso juicio de existencia, debió encausarlo por el de falso raciocinio.

Agregó que el testimonio de la menor no es prueba de referencia inadmisibile como lo planteó el recurrente, ya que la joven sí compareció y su entrevista fue integrada, lo cual permite que se le valore, de conformidad con el artículo 404 Código de Procedimiento

Penal. Ilustró, entonces, con apoyo en proveído de la Sala, acerca de la utilidad de las entrevistas y cómo la aludida fue oportunamente descubierta a la defensa e incorporada al juicio con el funcionario que la realizó, lo cual le otorga un valor demostrativo directo, sobre todo por tratarse de niños víctima de delitos sexuales.

Para terminar, explicó que el reconocimiento médico no es el único elemento de convicción para acreditar ésta clase de hechos, y que si bien la menor se retractó acerca de su relación con el procesado, dicha actitud debía sopesarse con los demás medios suasorios.

Así, al considerar que en el fallo de segundo grado sí se analizó la prueba en conjunto y con base en los postulados de la sana crítica, solicitó que también se desestimara esta censura.

3. Intervención del Procurador Segundo delegado para la Casación Penal.

Abordando, para empezar, el tema de la congruencia, explicó en qué consiste, sosteniendo que no es absoluta, ya que la Fiscalía puede pedir condena por un ilícito de menor entidad, siempre y cuando la nueva tipicidad guarde armonía con el núcleo fáctico y no implique un desmedro para los intervinientes.

Así, luego de citar jurisprudencia sobre dicha prerrogativa, indicó que como la condena final en este asunto fue más favorable para el acusado, no se vulneró la misma y el cargo, por consiguiente, no debía prosperar.

En cuanto a la violación indirecta de la ley, partió por disertar acerca de la prueba de referencia, con el fin de explicar cuando sí procedía su valoración excepcional.

De igual modo, ilustró sobre el objeto de las entrevistas y lo que ha señalado la Corte sobre los testimonios de los peritos sicólogos, respecto de los cuales ha sostenido que no

necesariamente son referenciales, ya que comparecen a explicar las razones de su pericia y los aspectos de su ciencia que importa dilucidar en el juicio oral.

En este caso, agregó, el Tribunal revocó y condenó con base en los testimonios del médico y la sicóloga que acudieron al juicio oral, determinando entonces que si la joven no fue, eso no significa que el hecho no ocurrió ni que el enjuiciado no lo cometió. En esa medida, repasó los acontecimientos para manifestar a renglón seguido que la testificación de la menor no es sólo lo que dijo en ese acto sino también lo que declaró al médico, la sicóloga y su progenitora, los cuales no son de referencia, ya que aludieron a lo que percibieron directamente y lo que la joven les transmitió.

Finalmente, deprecó que no se casara el fallo impugnado, habida cuenta que con la prueba válidamente practicada y debatida, se desvirtuó la presunción de inocencia, se condenó al inculcado y se descartó la presencia de dudas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión preliminar.

El defensor del procesado OSCAR MAURICIO BARRERA RIOS postula tres censuras en las que reclama que se case el fallo del Tribunal, para en su lugar dejar en firme la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el juzgado de conocimiento.

El cargo primero lo fundamenta aduciendo que se violó el principio de congruencia, pues, pese a que su defendido fue acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo, se le condenó en sede de segunda instancia por un concurso de conductas punibles constitutivas de actos sexuales con menor de catorce años, agravados.

En los dos restantes reparos, el casacionista denuncia la violación indirecta de la ley

sustancial, alegando errores de hecho en la apreciación probatoria, bajo las modalidades de falso juicios de existencia y falso raciocinio.

A continuación, la Sala responderá las inquietudes del demandante en el orden propuesto, no sin antes aclarar que no aludirá a los ostensibles defectos de fundamentación advertidos en su escrito, pues, la previa admisión del mismo implica dejarlos de lado, toda vez que ha adquirido el derecho a que se resuelva de fondo.

2. Cargo primero (principal): violación del principio de congruencia.

Apoyado en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el memorialista denuncia la afectación del debido proceso, por la violación del principio de congruencia entre la acusación y el fallo de segundo grado, pues, se desconoció lo consagrado en el artículo 448 Ibidem, toda vez que se sentenció por un delito respecto del cual no se solicitó condena, ni fue objeto de contradicción en la etapa probatoria.

En efecto, aunque en este asunto el ente instructor imputó, acusó y solicitó condena por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravada y en concurso homogéneo, tipificada en los artículos 208 y 211-2 del Código Penal, el Tribunal declaró la responsabilidad por un concurso de ilícitos constitutivos de actos sexuales con menor de catorce años, agravados, previsto en los artículos 209 y 211-2 de la misma codificación, sin especificar en que consistieron los mismos.

Así las cosas, aunque la condena se hizo por un comportamiento de menor entidad punitiva, el impugnante estima que esa situación violó el principio de congruencia y afectó las garantías del acusado BARRERA RIOS, ya que no hubo debate probatorio respecto del mismo, como tampoco existen presupuestos fácticos para establecerlo.

Los representantes de la Fiscalía y el Ministerio Público, por su parte, aseveran 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 los hechos atentatorios de la integridad sexual de la menor L.Z.J. configuraban el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, consagrado en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000.

Lo anterior, porque en las horas del mediodía del jueves 14 de julio de 2011, la señora NEJC sorprendió en su residencia, ubicada en el barrio (...)del municipio de (...) (Antioquia), a su hija L.Z.J., de 13 años de edad para ese entonces, cubierta con una salida de baño, mientras en su habitación estaba su profesor OSCAR MAURICIO BARRERA RIOS, de 34 años de edad para la época. En el acto, la joven admitió que habían sostenido relaciones sexuales y que era la segunda vez que ello ocurría.

Así quedó de manifiesto desde la audiencia de formulación de imputación, realizada ante un juzgado de control de garantías de esa población, el 26 de julio de 2012, y lo ratificó el ente instructor en el escrito de acusación presentado ante el despacho de conocimiento el 9 de agosto de la misma anualidad, en el que describe como hechos jurídicamente relevantes, los siguientes:

“Se dio inicio a esta indagación por denuncia que formulara el 22 de julio de 2011, la señora NEJC, madre de la menor L.Z.J., de 13 años de edad, en relación a hechos acaecidos el 14 de julio de 2011 en (...), manifestando que ese día llegó a su casa a las 13:35 horas, y encontró a su hija con el profesor Mauricio, pues la menor estaba envuelta en la salida de baño con una cara de terror, dice que al confrontar a Mauricio

aceptaron lo sucedido; donde la menor y él aceptaron haber tenido una relación sexual, hecho que confirmó ante el Médico (sic) Legal el 22 de julio, al decir que 'estuvo con el profesor porque ella quiso'; tampoco permitió el examen genital.

Asimismo obra la entrevista grabada a la menor realizada por la asistente de Investigación Criminalística IV ENIDIA LILIANA MARÍN ARAÚJO, a quien le manifestó que 'la mamá de la menor los encontró en la casa después de haber sostenido relaciones sexuales, las cuales empezaron cuando la menor tenía trece años' aseguró que la relación empezó al parecer cuando tenía 12 años, que han sostenido un noviazgo y las relaciones sexuales por voluntad propia.

Obra asimismo entrevista escrita realizada a la menor, acompañada de su madre N, recibida por ENIDIA LILIANA MARÍN ARAÚJO, donde se autoriza la entrevista con el fin de establecer los hechos.

Igualmente aparece consentimiento informado, suscrito por la madre de L.Z., donde se autoriza a la Policía Judicial, para entrevistar a la menor de 14 años.

Se aportó el registro civil de nacimiento de la menor, donde acredita la edad de la menor para la época de los hechos, a pesar de a su (sic) afirmación que sus relaciones empezaron a los 12 años.

Se allegó a la carpeta el informe técnico Médico Legal Sexológico, realizado a la menor de 13 años de edad, quien relató 'el jueves 14 de julio de 2011 estuve con el profesor Mauricio porque yo quise'. Concluye que la menor no permite el examen genital, su edad es mayor de trece años y menor de 14.

Asimismo, entrevista de NJ, donde la madre de la menor asegura que el acusado le dijo que era la segunda vez que tenía relaciones sexuales con su hija".

Esa consonancia se conservó en la audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 20 de septiembre de 2012 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de (...), en donde el fiscal del caso leyó el escrito acusatorio e insistió en endilgar el concurso de ilícitos de acceso carnal abusivo agravado.

Adicionalmente, ratificó dicha postura en la audiencia del juicio oral, en la que el representante de la Fiscalía, al presentar la teoría del caso, anunció demostrar que el procesado “accedió carnalmente a la menor L.Z.J.”⁴.

Posteriormente, en su alegación conclusiva reiteró los hechos ventilados en el curso del proceso, tal cual se consignaron con antelación, y pidió condena por la citada hipótesis delictual, en tanto, “la menor de catorce años fue accedida con su consentimiento”, por parte de su profesor, el inculcado BARRERA RIOS⁵.

Así las cosas, está claro que la Fiscalía acusó y pidió condena por el concurso de delitos constitutivos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, previsto en el artículo 208 del Código Penal.

Igualmente, contrario a lo que de manera falaz afirma la defensa en el libelo casacional, desde el principio dejó claro el ente instructor que dicha conducta se agravaba con fundamento en el numeral 2° del artículo 211 Ibidem, esto es, porque “el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”, lo cual dedujo a partir del inobjetable hecho de que BARRERA RIOS, con 34 años de edad, era profesor de la joven en la institución educativa donde cursaba sus estudios secundarios.

Inequívoco surge, entonces, porque expresamente así se estableció desde la audiencia de imputación, que la conducta estimada ejecutada es la que se consagra en los artículos 208 y 211-2 de la Ley 599 de 2000, esto es, concurso de accesos carnales abusivos agravados, 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 el concurso delictual imputado.

Empero, por ocasión de la apelación presentada por la Fiscalía en contra de lo decidido por el A quo, el Tribunal de Medellín revocó la absolución y modificó la adecuación típica, mutándola a un concurso de actos sexuales con menor de catorce años, agravados.

Lo curioso del asunto es que el Ad quem no tenía clara por cuál conducta punible condenar y por eso en su absurda y confusa argumentación, señaló:

“Ahora, respecto de cuál fue el tipo penal en que incurrió el procesado, en tanto no existe prueba de si las relaciones sexuales consistieron en actos sexuales o en acceso carnal, porque el examen sexológico iniciado por la médico legista, fue incompleto debido a la negativa de la menor para que se examinaran sus genitales y porque los únicos testigos son los protagonistas, cualquier afirmación respecto de la secuencia fáctica del encuentro sexual sería especulativa, y como la ley penal claramente diferencia las acciones denominadas acto sexual y acceso carnal, la pregunta que surge es si probada la relación sexual, calificar la acción conforme a la descripción típica que tenga pena más leve, es decir el acto sexual abusivo, previsto en el artículo 209 del C.P., agravado conforme al numeral 2 del artículo 210 (sic) ibidem, implica violación de la congruencia entre la acusación y la sentencia”.

Es decir, para el Tribunal de Medellín, como no se acreditaron probatoriamente los accesos ni los actos, era viable condenar por el delito más leve, concluyendo así, a través de un discurso pobre y ligero en el que dejó de lado examinar y valorar la prueba aportada sobre el particular, que no se vulneraba la garantía de la

congruencia.

En éste orden de ideas, se tiene que al margen de las deficientes razones esbozadas por el juzgador de segundo grado, es lo cierto que dicha calificación jurídica no consulta la realidad probatoria y procesal, pues, no cabe duda que los elementos de juicio recaudados apuntan a la comisión del delito de acceso carnal abusivo y, como tal, así se estructuró y se facilitó la defensa a lo largo del proceso.

Pero, a diferencia de lo que petitiona el recurrente, 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 configura un acceso carnal abusivo.

Así se desprende de lo relatado por la madre denunciante, NEJC, quien en la deponencia en el juicio oral, afirmó que luego de que sorprendiera al profesor en su casa y a su hija en salida de baño, ésta admitió haber sostenido relaciones sexuales, lo cual ella a su vez también dedujo dada la actitud asumida por su consanguínea.

A su turno, la joven L.Z.J., si bien se retractó en su testificación vertida en el debate público y oral, en múltiples diligencias previas que posteriormente fueron aducidas válidamente al proceso, confirmó que sí tuvo “relaciones sexuales” con el profesor BARRERA RIOS, con quien además sostuvo un noviazgo.

A la médica legista Zulima Astrid Noreña Mosquera, por ejemplo, le reconoció que “estuve con el profesor Mauricio porque quise”, y ante la investigadora criminalística, sicóloga Enidia Liliana Marín Araújo, no solo aceptó haber tenido “relaciones sexuales” con

BARRERA RIOS, su novio por ese entonces, sino también que desde principios de 2011 estaba planificando.

Para la Sala es claro e incontratable, conforme el contexto en que las expresiones se hicieron y el efecto que se buscó con ellas, que al referirse la menor a haber sostenido relaciones sexuales, o “haber estado” con el procesado, necesariamente advertía de la materialización de varios accesos carnales dentro de la concepción que para ello contempla el artículo 212 del Código Penal.

Esto es, no debe caber duda ni existe factor ninguno que permite predicar lo contrario, de que la menor siempre se refirió en sus declaraciones a la psicóloga, la médica legista y su progenitora, a la consumación del coito con quien consideraba su novio.

Razonar diferente, como lo hace el Tribunal sin ningún tipo de soporte fáctico, jurídico o probatorio, es apenas especular para ir en contra de los que naturalística y comúnmente se entiende por “relaciones sexuales”.

Solo cuando los actos de contenido sexual se apartan del coito en cuestión, quien de ellos habla, especifica determinados comportamientos, como puede remitirse al beso, las caricias o similares, pero es claro, se repite, que jamás dentro del lenguaje común, en el trato entre las personas, este tipo de actividades se referencian como “relaciones sexuales”, y tampoco es dable advertir que al reseñar la menor, “haber estado” con su novio, quiso decir algo diferente al típico acceso carnal consentido.

Por ello, no entiende la Sala bajo qué parámetros del conocimiento común, la ciencia, la lógica, o cuando menos la prueba obrante en el informativo, pudo concluir el fallador de segundo grado que las dichas relaciones constituían actos sexuales diversos del acceso carnal, claramente entendido, además, que se trata de circunstancias fácticas diferenciables, que ni por aproximación pueden asimilarse.

Desde luego, si lo que el Ad quem entendió, es que no estaba claramente delimitada la prueba del acceso carnal, pues, debió absolver por el delito y no atemperar su naturaleza, como si de verdad el tema fuese dogmático y no probatorio.

Nunca, por consiguiente, y en eso se discrepa con lo manifestado por los delegados de Fiscalía y Procuraduría, cuando se condena por actos sexuales habiéndose acusado por acceso carnal, puede decirse que se conservó el núcleo fáctico de la incriminación.

Tan es así que en el ilícito de actos sexuales abusivos, tal cual se tipifica en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, se establece:

“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, la induzca a prácticas sexuales, incurrirá...” (destaca la Sala).

Desprendiéndose así que el acceso carnal y los actos sexuales, jamás podrán equipararse fácticamente.

En este orden de ideas, si el fiscal a lo largo del proceso sostuvo que se cometió una conducta punible de acceso carnal abusivo, 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.

Por ello, si el juzgador de segunda instancia dictó sentencia condenatoria por una conducta menos grave, en la 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 a 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 actos sexuales abusivos, que es más favorable, para en la práctica lograr que se condene a su prohijado por el de acceso carnal abusivo 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 el primer cargo, no cabe duda que la condena tendría que versar por el acceso y no por los actos, en claro perjuicio para los intereses de su defendido.

Frente al interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa, la Sala⁶ 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 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 desestimaré el cargo primero de su libelo casacional.

Para terminar, insiste la Corte en que en el asunto analizado no es factible significar que la absolució 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 censor, 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.

La primera censura, en consecuencia, se desestima.

3. Cargos segundo y tercero (subsidiarios): violación indirecta.

Como ninguno de los dos reproches está debidamente sustentado, la Corporación los responderá en un mismo acápite, no sin antes reiterar que la previa admisión de la demanda implica dejar de lado los yerros de fundamentación, que en este evento son mucho más ostensibles.

Ahora bien, alega el defensor que en este caso se violó indirectamente la ley sustancial, puesto que se desconocieron las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las que se fundó la sentencia condenatoria.

En concreto, aduce que el fallador incurrió en varios yerros, los cuales lo llevaron a tener como demostrada la responsabilidad penal de su prohijado, haciendo caso omiso a vastas irregularidades en el tópico probatorio que, de haber reconocido, habrían tenido la virtualidad de dejar sin piso el fundamento de la decisión del Tribunal, para en su lugar disponer la absolución del acusado.

Son, a juicio del casacionista, varios errores de hecho, generados en falsos juicios de existencia (cargo segundo) y falso raciocinio (cargo tercero).

El primero lo sustenta manifestando que el Ad quem se equivocó al apreciar los documentos introducidos con las profesionales psicóloga y médica, que plasman las entrevistas vertidas por la víctima y su progenitora, a pesar de que falta la firma de la deponente principal, es decir, de la menor ofendida, quien además tampoco fue asistida por su representante legal o el defensor de familia en esas diligencias. En tal medida, les otorgó el valor de prueba de referencia, dejando de lado que su admisión es excepcional.

Con semejante postulación, puede apreciarse que el demandante nunca desarrolla el error de hecho con que rotula el reparo -falso juicio de existencia-, en tanto, si lo pretendido controvertir es el examen probatorio y las conclusiones que se extrajeron de las deponencias antes referidas, debió direccionar el reproche por el sendero del yerro de hecho por falso raciocinio, acatando las directrices que al efecto ha señalado la Sala.

Sin embargo, para la contestación a sus inquietudes, basta significar que luego de un minucioso estudio de trámite de la prueba adelantado en este juicio, es decir, auscultando desde el descubrimiento probatorio hasta la práctica de los medios de convicción en el juicio oral, ninguna irregularidad advirtió la Sala.

En tales condiciones, se tiene que el memorialista parte de una premisa equivocada, como es la de asegurar que al juicio se incorporó prueba de referencia, alusiva a las entrevistas rendidas por la menor víctima y su progenitora a la médica forense y la psicóloga investigadora, sin el lleno de los requisitos legales, como quiera que no se cumplió con alguno de los presupuestos señalados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

En concreto, el impugnante asevera que la Fiscalía no cumplió con la carga argumentativa, en el sentido de sustentar la incorporación de los informes de las mencionadas profesionales, impidiendo de esta forma el ejercicio del contradictorio.

Pero, contrario a lo aducido por el recurrente, la Fiscalía sí realizó la fundamentación que la defensa echa de menos, la cual quedó plasmada en los respectivos registros, así como que al defensor intervinientes se le permitió presentar los argumentos que a bien tenía.

De todos modos, lo que el censor califica como prueba de referencia no es tal. Véase:

El artículo 437 de la Ley 906 de 2005 define la prueba de referencia como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

En interpretación de los citados dispositivos, ha sostenido la Sala⁷ que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto.

Se admite, igualmente, que dadas las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos, es necesario que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, consagrándose así, en el citado artículo 381, una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción.

Pero, sucede que el contenido de las declaraciones suministradas por la médica y la psicóloga no son de naturaleza referencial, toda vez que comparecieron al juicio a declarar su propias impresiones, es decir, lo que directamente percibieron al entrevistarse con la víctima y su progenitora, lo cual, a su vez, fue consignado en un documento, llámese informe sexológico o entrevista, que fueron aducidas válidamente al proceso,

garantizándose a plenitud el ejercicio del contradictorio.

Entonces, si esos documentos fueron introducidos de manera directa por las profesionales que los realizaron y adicionalmente al juicio oral comparecieron a declarar las personas que rindieron las declaraciones –la víctima, acompañada del defensor de familia, y su pariente-, independientemente de la forma en que éstas lo hayan hecho, en ningún momento cabe hablar de prueba de referencia. De ahí que no le asiste la razón al libelista en su crítica.

De otro lado, el cuestionamiento que hace el actor respecto del tratamiento que se dio a la retractación de la menor L.Z.J. en su testimonio en el juicio oral, lo dejó en el campo de la indeterminación.

De todos modos, no sobra aclararle que no es que se haya desatendido dicha retractación, sino que a la hora de sopesar esa actitud posterior, contrastándola con el restante acopio probatorio igualmente recaudado en el juicio oral, la conclusión no podía ser otra a que no merecía credibilidad.

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.

Finalmente, recuérdese que el yerro de raciocinio postulado en el último reparo, lo fundamenta el defensor criticando al fallador de segundo grado por haber determinado la ocurrencia de las relaciones sexuales a partir de crear una máxima de la experiencia según la cual, cuando una persona dice que “estuvo con otra” se refiere a “contacto sexual”.

Así, al margen de que el cargo nunca es desarrollado, la Corte, para evitar repeticiones

innecesarias, remite al análisis contenido en el apartado anterior, en el que claramente se explica que cuando se habla genéricamente de “relaciones sexuales” o de que “una persona estuvo con otra”, se alude, ni más ni menos, a haber realizado un acceso carnal.

En síntesis, los cargos dos y tres no están llamados a prosperar.

4. Cuestiones finales.

Acorde con lo anotado en precedencia, en lo que atañe al primer cargo, la Corte lo desestimaré, por falta de interés del demandante.

En lo concerniente a las censuras dos y tres, no se casará la sentencia impugnada.

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

1. DESESTIMAR el cargo primero de la demanda, por falta de interés del actor.
2. En lo atinente a los cargos dos y tres del libelo, NO CASAR el fallo recurrido.
3. En lo demás se mantiene el fallo incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 En atención a las previsiones del Código de la Infancia y Adolescencia, se omite consignar el nombre de la menor.

2 Que había sido dispuesta por la Sala de Decisión en la audiencia de individualización de la pena y sentencia, al finalizar el juicio oral.

3 Al efecto, el memorialista cita los artículos 29 y 250 de la Constitución Política, y 347, 392-d, 393-b, 403 y 438 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

4 Sesión del 1 de abril de 2013, record 6'40.

5 Sesión del 11 de diciembre de ese año, record 10'.

6 CSJ AP, 31 agosto 2011, Rad. 36928 y CSJ SP, 27 jun. 2012, Rad. 38857.

7 Entre otras, providencias del 30 de marzo de 2006 y 7 de julio de 2008, Radicados 24.468 y 29.866, respectivamente.