



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

**RELEVANTE
SALA DE CASACIÓN PENAL**

M. PONENTE	: EYDER PATIÑO CABRERA
NÚMERO DE PROCESO	: 41948
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP666-2017
CLASE DE ACTUACIÓN	: CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 25/01/2017
DECISIÓN	: CASA PARCIALMENTE
DELITOS	: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años / Actos sexuales con menor de catorce años
FUENTE FORMAL	: Ley 599 de 2000 art. 205, 208, 209, 211-2, 212, 237 / Ley 890 de 2004 / Ley 906 de 2004 art. 308, 380, 381-7 / Ley 1236 de 2012

TEMA: FALSO RACIOCINIO - Se configura / **SANA CRÍTICA** - Concepto / **SANA CRÍTICA** - Falso raciocinio

«[...] efectivamente, como se anunció en el cargo, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso raciocinio, toda vez que la decisión de absolver al procesado por los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, por aplicación del principio in dubio pro reo, es la consecuencia de haber valorado las pruebas debatidas en el juicio oral, por fuera del rigor conceptual de la sana crítica, que impone al funcionario judicial la carga de verificar y confrontar los diferentes contenidos materiales, atendiendo a específicos criterios objetivos, en orden a establecer la realidad de lo acontecido, tal como lo tiene decantado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ AP 11 nov. 2009, rad. 32405):

La Sala destaca, una vez más, cómo la sana crítica o persuasión racional es el sistema de valoración probatorio adoptado por el legislador colombiano de 2004 como se establece de lo reglado, entre otros por los artículos 308, 380, 7 y 381. Al respecto ha dicho:

“...La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza



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

del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada.

El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.

En consecuencia, el razonamiento para determinar en un proceso penal si un hecho dado ocurrió o no (factualidad), y, en la primer eventualidad, las posibilidades en que se ejecutó, solo puede apoyarse en premisas argumentativas que apliquen las reglas de la sana crítica, en los términos que vienen de explicarse, no a través de la personal o subjetiva forma de ver cada sujeto la realidad procesal examinada”».

TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, sana crítica / **ACESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, apreciación probatoria

«[...] el Ad quem expuso varias razones para descartar que el procesado utilizó la violencia para abusar de su descendiente pero, como se verá, ninguna encuentra soporte en la foliatura.

Inicialmente, señaló que M.F.T.C., en sus intervenciones, no refiere que para realizar las maniobras abusivas, su padre la doblegara a través de la violencia o la intimidación y que el contacto sexual, en este caso, responde más al esquema de un abusador que aborda cariñosamente a su hija, para desviar ese acercamiento hacia el erotismo punible.

Sin embargo, para la Sala es palpable que la anterior deducción no consulta, razonadamente, la importancia del testimonio de la víctima de un delito de contenido sexual, máxime cuando se trata de una menor de edad, en orden a establecer la ocurrencia de la agresión y las circunstancias de toda índole en que la misma se ejecutó.

De allí que, en punto de la valoración de esa prueba, esta Corporación, de tiempo atrás (CSJ SP 15 may. 2011, Rad. 35080) tiene dicho lo siguiente:



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

“No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentales en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.

Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiverse, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables.

No. Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción,



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

las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suyasarios apoyan o contradicen lo referido, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate.”

Conforme a esas directrices, que ahora se reiteran, no se puede desconocer, como lo revelan distintos elementos de convicción, en especial el testimonio de la menor, que los ataques sufridos por ésta se produjeron al interior de un hogar donde subsistía un ambiente agresivo, causado justamente, por el comportamiento violento que el padre de familia adoptaba frente a su esposa e hijos, incluida, por supuesto, la ofendida, a quien mantenía amenazada para que se quedara callada y así asegurar la continuidad de sus malsanos propósitos.

[...]

Lo expuesto hasta este momento, permite evidenciar, con claridad, el miedo de la menor hacia el procesado y cómo la actitud amenazante y beligerante de éste influyó de manera decisiva en su voluntad, porque a través de la reiterada advertencia de golpear a sus hermanos y progenitora si llegaba a contar lo sucedido, allanaba el camino para continuar ejecutando la conducta punible, tal como ocurrió, tanto así, que M.F.T.C. guardó silencio durante mucho tiempo y solo pudo reaccionar contra su agresor cuando, avanzados varios años, alcanzó un poco de madurez y sintió que podía tener el apoyo de otras personas, como su novio, que asistían al mismo grupo de oración, donde se mencionó el tema de los niños abusados.

[...]

De esa manera, el fallador Ad quem se sustraer de sopesar en su integridad los distintos relatos de M.F.T.C., cuyas manifestaciones la Sala no advierte confusas ni sesgadas. Por el contrario, de manera consistente y uniforme suministró información precisa y suficiente en cuanto a la forma como era



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

sometida por su papá, así como las circunstancias de todo orden en que ello ocurría y las manifestaciones amenazantes e intimidantes que el procesado profería en su contra.

[...]

Una valoración ponderada y concatenada del anterior recaudo probatorio, conduce a evidenciar la violencia moral cifrada en las amenazas proferidas por el procesado no solo para el logro de sus perversos designios, sino para asegurar la continuidad de los mismos sin ser delatado, pues la objetividad, uniformidad y coherencia de los relatos que la ofendida suministró en distintos escenarios, a lo largo de la actuación, impide dudar de su veracidad, más aun cuando los mismos encuentran soporte en otros medios de convicción».

ACESO CARNAL VIOLENTO - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima / **ACESO CARNAL VIOLENTO** - Demostración

«[...] se habla de violencia moral o psicológica, porque en este caso no se tiene noticia del despliegue de vías de hecho o actos de agresión física por parte de TB contra su hija, que permita predicar la violencia material.

Sobre el significado de ese elemento estructural del tipo penal, la Sala, de tiempo atrás, sentó el siguiente criterio (CSJ SP, 23 Ene. 2008, rad. 20413):

“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



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

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.

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 la violencia empleada por el agresor, 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”

[...]

En tal sentido, no es posible discernir, como lo hace el *Ad quem*, al igual que el Fiscal Delegado ante esta Corporación, que TB no utilizaba la violencia o intimidación sobre su descendiente, porque es evidente que M.F.T.C. en todo momento exalta el sentimiento de miedo hacia su agresor, no solo por el comportamiento ofensivo que alguna veces mostraba en su hogar, rompiendo objetos de la casa o golpeando a su mamá y a sus hermanos menores, sino por la amenaza permanente de agredirla a ella o a cualquiera de los miembros de su familia, incluso -ya pasado algún tiempo- a su novio, sin contaba algo de lo que aquél le hacía.

[...]

Se reitera, entonces, que los señalamientos efectuados por la víctima, tanto en las entrevistas realizadas ante los expertos, como en el testimonio rendido en el juicio oral, reforzadas por su consanguíneo, el menor J.D.T.C., concurren a demostrar, sin lugar a dudas, que las amenazas proferidas por el procesado tuvieron la virtualidad de doblegar la voluntad de M.F.T.C. y, para ese efecto, fue determinante el comportamiento agresivo de TB con los miembros de su núcleo familiar, para mantener intimidada a su hija, e incluso a su hermanos, pues de esa manera allanaba el camino para no encontrar obstáculos a la hora de volver a someterla a sus inaceptables caprichos sexuales, como efectivamente ocurrió durante largos años ».



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

ACCESO CARNAL - Consumación: basta con la penetración total o parcial del miembro viril / **ACCESO CARNAL** - Demostración: libertad probatoria / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: configuración

«La Sala advierte que el Tribunal no solo parte de una premisa distinta a la señalada en el artículo 212 del Código Penal, sino que también desconoce el criterio de la Corte, en cuanto a que el delito de acceso se estructura con la penetración incompleta del miembro viril.

En efecto, dicho precepto define el acceso carnal como “la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquiera otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

Este concepto no contempla que el acceso carnal tenga que ser propiamente en la vagina, sino vía vaginal, descripción que obedece a que el ingreso a ese punto ya implica atravesar los órganos genitales externos de la mujer.

[...]

[...] la jurisprudencia de la Corte tiene suficientemente decantado que el acceso carnal se entiende consumado con la penetración parcial del miembro viril en la vagina, comprendida ésta en su estructura integral, más no exclusivamente como el conducto vaginal.

[...]

El anterior referente doctrinal y jurisprudencial, así como la descripción contenida en el artículo 212 del Código Penal, conduce a señalar que el acceso carnal, vía vaginal, se estructura desde el momento en que se ha ingresado en la región vulvar pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, modalidad que reviste un injusto de acto sexual.

En ese orden, resulta aventurado desvirtuar el delito de acceso carnal, bajo el supuesto no previsto en la ley, que la penetración a la altura del introito vaginal, no constituye esa ilicitud, como lo aduce el *Ad quem*, máxime cuando el legislador no contempló un punto anatómico a partir del cual se deba tener por estructurado ese comportamiento punible.



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

Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que dicha conducta fue cabalmente ejecutada por el procesado.

[...]

En ese sentido, obra en el sub examine suficiente prueba demostrativa de los accesos a que fue sometida la víctima por su progenitor y que conduce a predicar estructuradas las conductas previstas en los artículos 205 y 208 del Código Penal.

[...]

Consecuente con lo anterior, se procederá a casar parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, se confirmará la sentencia de primera instancia [...].

DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo y el parentesco: no se puede imponer esta agravante cuando la conducta concursa con incesto, vulneración del non bis in idem / **CONCURSO** - Dosificación punitiva: concurso homogéneo, cuando la pena se ha modificado en el transcurso de tiempo que se cometieron las conductas concursantes

«[...] como se constata que el fallador, al igual que la Fiscalía, dio aplicación a la circunstancia prevista en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, se hace necesario excluirla porque al concursar con el delito de incesto se vulnera el principio de non bis in idem, tal como lo viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 34133, CSJ SP, 5 sep. 2012, 38164, CSJ SP 31 oct. 2012, rad. 33657 y CSJ SP, 10 dic. 2014, rad. 39993).

Lo anterior no incide en el quantum punitivo, salvo por el aspecto que se analiza a continuación, al subsistir las demás causales de agravación deducidas.

La Corte advierte que en el proceso de dosificación punitiva el A quo pasó por alto que en relación con algunas de las conductas punibles concursantes, con excepción del incesto, cometidas entre el 1º de enero de 2005 y el 22 de julio de 2008, no había lugar a considerar el incremento dispuesto en la Ley 1236 de 2008 que entró en vigencia el 23 de julio de ese año, y por esa razón impuso una pena más alta.



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

En efecto, el juez de primera instancia condenó a TB a la pena de 310 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual, luego de determinar para el delito más grave -acceso carnal violento agravado- 200 meses de prisión, e incrementarlo en 110 más por las conductas concursales, esto es, 20 por los demás accesos de esa especie, 50 meses por el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, 30 meses por el de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y 10 meses por el de incesto, en concurso homogéneo.

Aun cuando el desafuero no implica alteración del quantum impuesto para la conducta más grave, porque algunos de los accesos carnales violentos se cometieron en vigencia de la Ley 1236 de 2008, esto es, entre el 23 de julio de 2008 y diciembre de 2011, lo cierto es que otros de los delitos concursantes fueron perpetrados con anterioridad, esto es, entre el 1º de enero de 2005 y el 22 de julio de 2008, por lo cual la cantidad determinada para estos no atendió la pena prevista para ese momento en los artículos 205, 208 y 209, es decir, con el solo incremento de la Ley 890 de 2004.

[...]

Al aplicar igual criterio dosimétrico, se tiene, entonces, que para el concurso homogéneo de acceso carnal violento, asignó 10.17 meses y en realidad debió imponer 6.85 meses.

Para el punible de acceso carnal abusivo asignó 25.44 meses cuando debió ser 8.62 meses.

Para el injusto de actos sexuales abusivos asignó 15.26 meses, cuando debió ser 5.16 meses.

En suma, el fallador debió imponer, por el concurso de conductas recién dosificadas, 20.63 meses y no 50.87 meses.

A su turno, por el concurso de conductas perpetradas en vigencia de la Ley 1236 de 2012, el monto que corresponde imponer es el de 48.52.

Lo anterior quiere decir que a los 200 meses del delito básico se le suman, por concepto de la primera fase del concurso 20.63 meses y por la segunda



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

48.52, más los 10 meses correspondientes al incesto, que no sufrió alteración, para un total de 279.15 meses de prisión, en lugar de los 310 meses tasados por el juez de primera instancia, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas determinada en las instancias por el término de diez (10) años».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 21068 | Fecha: 25/05/2005 | Tema: SANA CRÍTICA - Concepto
Rad: 24468 | Fecha: 30/03/2006 | Tema: SANA CRÍTICA - Concepto
Rad: 32405 | Fecha: 11/11/2009 | Tema: SANA CRÍTICA - Concepto
Rad: 35080 | Fecha: 15/05/2011 | Tema: TESTIMONIO - Del menor: víctima de delitos sexuales, apreciación probatoria, sana crítica
Rad: 20413 | Fecha: 23/01/2008 | Tema: ACCESO CARNAL VIOLENTO - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima
Rad: 16368 | Fecha: 22/10/2003 | Tema: ACCESO CARNAL - Consumación: basta con la penetración total o parcial del miembro viril
Rad: 34049 | Fecha: 12/11/2014 | Tema: ACCESO CARNAL - Consumación: basta con la penetración total o parcial del miembro viril

SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:

ACLARACIÓN DE VOTO: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, no pueden ser medios de convicción, elementos materiales probatorios, evidencia física o informes

«Respeto el criterio mayoritario de la Sala, pero aclaro el voto por las razones ya expresadas en el radicado 43726, pues se admite la prueba como objeto de estipulación y con base en ella declara se probado el incesto, cuando ha debido excluirse esa prueba de toda consideración y adoptarse la decisión que correspondía en justicia».



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

ACLARACIÓN DE VOTO: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Estipulaciones probatorias: objeto de las estipulaciones, no pueden ser medios de convicción, elementos materiales probatorios, evidencia física o informes

«Respeto el criterio mayoritario de la Sala, pero aclaro el voto por las razones ya expresadas en el radicado 43726, pues se admite la prueba como objeto de estipulación y con base en ella declara se probado el incesto, cuando ha debido excluirse esa prueba de toda consideración y adoptarse la decisión que correspondía en justicia».