

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS DELITOS SEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. VIOLENCIA CARNAL

Considera el recurrente que la menor ofendida miente al acusar al sindicado de haberla sometido, por la fuerza, al acceso carnal y que está encubriendo a otra persona que sería el verdadero autor de la violación.

Para llegar a tal conclusión, una de las primeras tachas que le formula al dicho de la menor es la de la forma como depuso en sus varias intervenciones y que llevan al demandante a considerar “compuesta” esto es, arreglada de antemano, la declaración, haciendo hincapié, para calificarla así, en que la menor dice no haber gritado, ni pedido socorro, ni intentado resistir.

Anota la Procuraduría que la menor era en esos momentos víctima del terror y, hace suyos los conceptos de un eminente tratadista quien dice que en el miedo, los fenómenos de inhibición alcanzan tal intensidad que se producen manifestaciones de suspensión de la vida psíquica que pueden llegar hasta la muerte.

La Corte, por su parte, añade que en los momentos de conmoción psíquica como el que debìa sufrir la menor ofendida, si bien en algunos casos se pueden producir reacciones motoras de defensa como movimientos bruscos, gritos, etc., también suele suceder lo contrario, esto es, que se inhiba la psiquis y la persona queda, no sólo transitoriamente paralizada, incapaz de hacer frente a su agresor.

El hecho de que la ofendida N.R. diga que no gritó ni se defendió, armoniza perfectamente con lo que se acaba de decir y al apreciar esta forma de testimonio de la menor, el Tribunal no pecó contra las normas de la crítica del testimonio, sino que las aplicó correctamente.

La tacha que el demandante endereza contra el testimonio de la menor en el sentido de que su noción del tiempo que duraron los hechos no se acomoda a la realidad, tampoco es aceptable, por las mismas razones que se dejan expuestas en el aparte anterior, esto es, porque en el caso de una fuerte conmoción psíquica, se altera la noción del tiempo.

No es posible pedir a quien ha sido presa de un miedo tan extremo que sus reacciones motoras han sido bloqueadas, que pueda hacer un cálculo exacto del tiempo que duró en acción la causa motivadora de la emoción.

Es una verdad indiscutible que el tiempo psíquico es diverso del cronológico ya que aquél puede ser mayor o menor que éste.

La tacha que se le hace al dicho de la menor porque ésta dijo en alguna de sus intervenciones que había entrado en el procesado en compañía de uno de los niños y en otra afirmó que lo hizo en unión de tres menores, no se ve que pueda incidir en la credibilidad de su declaración del modo grave que afirma la demanda, que ese es un detalle de carácter accesorio, una circunstancia antecedente al hecho juzgado que no alcanza a desvirtuar la fe que merece, por su espontaneidad, persistencia y concordancia el dicho de la ofendida.

4. Asimismo resulta inaceptable querer desvirtuar esa declaración con base en que es posible que una niña de doce años pueda trancar con el pie una puerta. Si se examinan las intervenciones de la menor se ve que ésta dice que el procesado trató de abrir la puerta del baño, pero en ninguna parte afirma que hiciera fuerza para lograr ese propósito, lo que hace verosímil que ella pudiera contener el intento que en tal sentido hiciera Montoya.

Menos resulta privado de credibilidad el dicho de la menor por la comprobación que se hiciera en las diligencias de inspección judicial acerca de que había un resquicio entre la puerta del baño y el piso, porque si bien por allí no se podía pasar un rollo de papel higiénico, sí podía hacerse pasar una pequeña cantidad de tal elemento, y la menor en ningún caso ha dicho que fuera mucho papel el que le pasó el procesado.

5. En cuanto a que la ofendida N.R. no hubiera podido ver al procesado limpiando el piso del cuarto, tampoco es aceptable que, por estar cerrada la chapa de aquél, esto es, corrido hacia fuera del pestillo, no pudo cerrar completamente la puerta, lo que hace posible que, por el instersticio que así quedó, hubiera podido presenciar la maniobra de M..

6. En relación a las contradicciones, ya mencionadas, que la demanda atribuye a la menor, para menoscabar su credibilidad, hasta en orden a desechar el cargo, observar que demandante se vale, para deducir algunas de ellas, no de los dichos de la propia menor, sino de lo que relataron sus padres. O sea que toma como testimonios directos los que no lo son sino de oídas, y sabido es que el valor probatorio de esta de declaraciones es muy pequeño, “deleznable” como lo llama algún autor.

Y las otras contradicciones son tan accesorias que sólo el afán de demostrar que el dicho de la ofendida merece poca fe, puede llevar a tomarlas en cuenta, tal, por ejemplo, la de que en una de sus intervenciones dijo que había salido de la casa por la puerta principal y en otra que por el portón de la ropa, que en una declaración afirmó que el sindicato M. se paró al oír que se acercaba gente y en otra guardó silencio sobre el particular.

No existen en conclusión, los errores de hecho que el demandante dice cometió el Tribunal al fundamentar, en forma principal, su fallo sobre el dicho de la menor cuya credibilidad aparece razonada en la sentencia en forma que la Sala considera aceptable.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

7. En cuanto al error de derecho que hace consistir en que el Tribunal desestimó no debiendo hacerlo, las inspecciones oculares, dice la Procuraduría, en síntesis, que aun cuando las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, no puede darse efecto retroactivo a las que varían en forma de estimar la validez de las pruebas. Esto es, que las pruebas debe ser evaluadas conforme a las disposiciones vigentes al tiempo en que fueron producidas.

O sea que como en el Código de Procedimiento Penal anterior se establecía la carencia de valor de la inspección ocular cuando no se señalaban la hora, el lugar y la fecha o no se designaban los testigos y peritos que habían de asistir a ella, lo que implicaba que estos últimos debían realmente concurrir para que la diligencia fuera válida, y que como a ninguna de las dos inspecciones oculares que se practicaron en los autos asistieron testigos ni peritos, bien hizo el juez en desechar tales pruebas.

La Sala compare las apreciaciones del Ministerio Público porque, en efecto los criterios para establecer la validez de una prueba son los que la ley señala en el momento en que ella se produce y no los que fija una norma posterior.

El artículo 6º. Del Código de Procedimiento Penal vigente, establece en forma perentoria, que sólo se aplican las normas nuevas en los relativo a la jurisdicción y competencia del juez o las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios.

Lo que quiere decir, “a contrario sensu”, que en lo demás, se aplican las normas vigentes en la época en que tuvieron ocurrencia los respectivos hechos procesales.

Y sobre si lo único que había inválida una inspección ocular era que no se expresara qué testigos o peritos debían concurrir a ella, pero no caía bajo la misma sanción practicarla sin la presencia de tales personas también acoge la Sala el concepto de la Procuraduría, de que la ausencia de ellas vetaba la invalidez la prueba, porque sería absurdo pedir que se les designara en el auto y no se exigiera su presencia en el lugar de la inspección, no solamente porque ellos sirven como lo ha dicho la Corte, para controlar la actividad del juez o funcionario de instrucción sino para complementar su capacidad de percepción y análisis de los hechos o circunstancias sobre que recae la prueba.

No es por lo tanto, aceptable el cargo.

8. En cuanto a la afirmación que hace la demanda de que las declaraciones de P.N., A.I. y J.G., son básicas para establecer la credibilidad que merece el dicho del procesado ya que tales testigos

corroboran en un todo el relato que éste hiciera de sus actividades cuando salió la tarde autos, de su casa, y que por lo tanto, cometió el Tribunal un error de derecho al no tomarlas en cuenta, la Procuraduría responde que nada tienen que ver ellas con el hecho que se juzga, ni desvirtúan por lo tanto la acusación que la ofendida hace al procesado, ni en consecuencia hubo quebrantamiento de norma legal alguna al no estimar tales declaraciones.

También en este particular está la Sala de acuerdo con la Procuraduría porque la diferencia que pretende hacer la demanda de que el procesado dijo la verdad cuando negó haber accedido carnalmente a la menor porque también la dijo cuando hizo el recuento de los hechos posteriores al que está sub-judice no tiene mayor fundamento ya que es apenas obvio que se mienta en lo que interesa ocultar y no en aquello que no presenta ningún valor para el que declara y que la veracidad de esto último no puede inferirse la de lo primero.

No se acepta en consecuencia, el cargo.

9. No ve la Sala, finalmente que errara el juzgador ad-quem al valorar el dictamen, pericial de 31 de enero, tomándolo como prueba de que el acceso carnal hubiera tenido ocurrencia ese mismo día no obstante que no se menciona en él que la desfloración era reciente ni que el himen todavía sangrara, lo que sí se dice en el del día siguiente, de lo cual deduce el demandante que “padres e hija urdieron una trama y buscaron un víctima propiciatoria”.

La Sala no encuentra los fundamentos de tal deducción porque, aun cuando el primer dictamen no mencione las circunstancias anotadas, no queda duda de que se trataba de una desfloración reciente y es imposible suponer otra cosa habida cuenta de que al día siguiente se dejó constancia de que sangraba.

No cabe pensar que la desfloración tuviera lugar sólo el 1º. De febrero del año pasado, porque el día anterior se advirtió pericialmente una desgarradura en el himen. Y no se puede, tampoco, suponer que ese dictamen no versara sobre una desfloración reciente porque, como ya se dijo, los legistas anotaron, al día siguiente que sangraba el himen.

Se desecha también este cargo.

Acusación subsidiaria. Se basa, como ya se dijo, en violación directa de la ley, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

La Procuraduría anota, en primer término, que el cargo adolece de falta de precisión técnica por no haberse planteado por aparte cada uno de los tres motivos de casación que contiene el inciso 1º. Del numeral 1º. Del artículo 580 del C. P. Penal.

1. Por lo que hace al primero de ellos conceptúa el Ministerio Público que no erró el sentenciador al tener en cuenta como una de las bases de agravación de la pena el rompimiento de la solidaridad social porque dice el lugar en que se ejecutó el hecho así como la edad de la ofendida, las vinculaciones entre ellas y los hijos del procesado y la personalidad de éste “causan una mayor trauma en el grupo social, aumentando en grados su gravedad”.

La sala, al examinar los motivos de agravación de la penal que en esta parte expone la sentencia recurrida, encuentra que no es el trastorno de la solidaridad social, en general, lo que toma en cuenta sino el valor que consiste en la “solidaridad entre personas agrupadas en un mismo barrio residencial, vecinas entre sí, y que si en ocasiones no tienen vínculos permanentes que las acerquen, al menos guardan las debidas distancias sin menoscabar con ataques alevés capaces de resquebrajar esos lazos de convivencia”.

Se trata, pues, de un concepto particularizado, específico, de la solidaridad social, referible a personas determinadas, no aquél otro amplio que se proyecta sobre todo el conglomerado social, sin especificación de personas ni de sitios.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir se concluye que el sentenciador no quebrantó el principio “non bis in idem” al agravar la pena con base en el rompimiento de la solidaridad específica a que se ha hecho referencia ya que el hecho de convivir, en un mismo sector, con varias personas impone a los vecinos deberes especiales de consideración por la comunidad de intereses y, a veces, hasta de afectos, que se forma entre individuos que residen a poca distancia unos de otros.

En el presente caso, esa vecindad creó vínculos entre la menor ofendida y los hijos del procesado, en forma que aquélla no experimentaba temor alguno de entrar en la casa de éste, como lo hizo el día de autos.

Aprovecharse de esa confianza es un índice de mayor peligrosidad en el agente y, por lo tanto, hizo bien el Tribunal en tomar en cuenta esa circunstancia para agravar la pena, basándose en la facultad que le da el artículo 36 del Código Penal para valorar las modalidades que acompañan al hecho delictuoso.

2. Por lo que hace a la acusación de haber violado el sentenciador la regla 7ª del artículo que se acaba de mencionar, en relación con el 316 inciso 2º. del Código Penal, sostiene el Ministerio Público que lo que tutela en esta última disposición es la falta de madurez psíquica de la persona ofendida y que si a esa violencia presunta se agrega la real o material, hay lugar a la agravación.

Concuerda la Sala con el concepto de la Procuraduría, porque, en verdad, la llamada violencia presunta, tipificada por la norma sustancial que se acaba de mencionar, contempla aquellos casos en que el acceso carnal en un menor de catorce años, se verifica con el consentimiento de éste. Pero si se hace sin sus consentimiento, el hecho queda contemplado por el inciso 1º de esa norma, y es posible la agravación por la circunstancia que contempla el numeral 7º del artículo 1º y 37 del Código Penal.

3. Lo mismo cabe decir de la acusación que se hace consistir en haber violado el numeral 6º del artículo que se acaba de mencionar, ya que, en verdad, considera la Sala que delitos como el que se juzga son más graves cuando se comenten en el hogar, menospreciando el respeto que merece este santuario de la familia y demostrando así una mayor insensibilidad moral en el delincuente.
4. Por lo que hace al procedimiento empleado por el Tribunal para deducir la cuantía de la pena, considera el Procurador que fue correcto y que debe desecharse también este cargo.

La Sala comparte, una vez más el criterio de su colaborador porque, en verdad, la referencia que hace al artículo 317 del Código Penal al art. 316 ibídem, cuando dice que la pena señalada en el primero, se aumentará hasta en una cuarta parte en los casos por aquella norma contemplados, el primero de los cuales, que corresponde al hecho juzgado en el presente proceso, es el de haberse cometido el delito en la persona de una mujer virgen o de irreprochable honestidad, debe entenderse que abarca la pena tal como ha de quedar luego de que se la ha fijado, entre el máximo y el mínimo que el art. 316 señala, esto es, con lo aumentos y deducciones que comporta la presencia de las circunstancias tanto de mayor como de menor peligrosidad y que sólo cuando se ha obtenido de esta manera la sanción corporal que corresponde al delito base, se hace el aumento que comporta la forma agravada del mismo.

Esto fue lo que llevó a cabo el sentenciador, al deducir primero, con aumento de las circunstancias de agravación de la pena atrás señaladas, la sanción que correspondía por concepto del artículo 316.

Y en nada erró al aumentar, sobre ese subtotal, la cuarta parte del mismo como resultado de aplicar la agravante que contempla el numeral 1º del artículo 317.

COMENTARIOS

En el nuevo Estatuto sustancial se conserva la configuración del delito básico de violación como tipo de resultado, lesión, conducta instantánea y mono-ofensivo. Es sabido que en sentido naturalístico la conducta solo puede ser realizada por un sujeto o por varios de acuerdo a las reglas generales de la complicidad o coautoria.

También permanece como aspecto diferenciador de la descripción, el complemento descriptivo según el cual: el medio utilizado ha de ser la violencia, sea física o moral, que debe ser idónea para coartar la voluntad del sujeto pasivo y dirigirse a vencer su oposición a la realización del reato; no se exigen límites heroicos de oposición, basta que la violencia ejercida sea idónea para vencer la resistencia de la víctima y esta haya sido "seria y continuada", todo dentro de los parámetros medios y normales de agresión y reacción.

Como ya se advirtió en las dos normatividades comentadas, el presente es un tipo de resultado, cuya perfección exige la realización de un pluralidad de actos sucesivos, por lo que innegablemente es admisible la modalidad tentada, la cual se determinará de acuerdo a la naturaleza de los actos ejecutivos que se han alcanzado a realizar, los que deben orientarse directa e inequívocamente a la verificación del hecho típico.

La ley 360 de 1997 en su artículo 2º agrava la punibilidad para el acceso carnal violento en menor de doce años, -cualificación natural del sujeto pasivo de la infracción- como muestra de una sobreprotección penal a la minoría de edad, en referencia directa al bien jurídico protegido. Este precepto en el Código de 2000, es trasladado como circunstancia agravante de todos los delitos de violación (capítulo 1º) y actos sexuales abusivos (capítulo 2º); no obstante, como una muestra más de las convulsiones de nuestro legislador en la fijación de los topes de punibilidad, encontramos que por el aspecto cuantitativo ella se reduce sustancialmente para el acceso carnal violento en menor de 12 años; así, el legislador de 1997, haciendo eco de movimientos sociales que clamaron por una adecuada defensa normativa del menor, decidió ferozmente fijar la pena entre veinte y cuarenta años de prisión, similar a la del homicidio simple (entre 25 y 40 años, según art. 323 C.P. de 1980, modificado por la ley 40 de 1993). Tres años más tarde, al parecer las voces se acallaron y la punibilidad en esta hipótesis, pasa a oscilar entre doce y veinte años de pena corporal, cambios en la penalización que no corresponden a política criminológica alguna, sino a decisiones irreflexivas del legislador, fruto de las más variadas presiones de naturaleza coyuntural y temporal.

TEMA II. COLISIÓN DE COMPETENCIA – DELITO DE RAPTO

Es cierto que el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la fecha de la iniciación de este proceso (25 de septiembre de 1971, auto cabeza de proceso del fl. 6 del cuaderno principal), refiriéndose a la “querrela y petición”, dispone que “cuando la ley exija querrela de parte o petición especial para iniciar la acción penal, bastará que quien tenga derecho a presentarla, formule ante la autoridad competente la respectiva denuncia”, lo cual reitera el artículo 321 de la misma obra al señalar que “cuando no debe procederse de oficio, será necesario querrela o petición de parte para iniciar el sumario”. Pero de acuerdo con el artículo 356 del Código Penal, bien puede procederse “contra el

responsable...”del delito de rapto por solicitud de quien compruebe un interés legítimo en la “protección y defensa de la persona ofendida” y en el informativo aparece comprobado que la querellante es la madre del la menor Peña Padilla, y es obvio ese interés de su progenitora en esos fines que el precepto aludido anota.

Y como se trata, en el caso del delito de rapto, de infracción que, por sus efectos permanente se ha consumado en lugares distintos, la competencia para conocer le corresponde al Juzgado 1º Penal del Circuito de Santa Marta, atendido que en jurisdicción de ese despacho se inició el proceso y también fue allá donde se encarceló preventivamente al sindicado.

Esto se desprende de la norma que trae el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, sobre “competencia a prevención”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, abril veintiséis 26 de mil novecientos setenta y cuatro, Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

TEMA III. CORRUPCION DE MENORES

El corromper, significa el hecho la sustracción de la tutela jurídica constituída para él en relación Con la función sexual de la cual es incapaz. La corrupción admite diversos grados de intensidad.

En una reciente decisión de esta Sala se hicieron precisiones sobre el alcance de las hipótesis previstas en el segundo inciso del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, relativas a los conceptos de error de hecho y de derecho, que por su claridad e importancia conviene transcribir así:

Concepto de Error de Hecho: “Tres son las formas posibles del error de hecho: 1) El sentenciador ignora la existencia de una prueba que, si la hubiese valorado, habría definido el proceso en sentido diferente; 2) El sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderante conclusiva; y 3) El sentenciador distorsiona o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio de forma que su interpretación por él vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido”.

Concepto del Error de Derecho: “Son dos las versiones del error de derecho en la apreciación de las pruebas: 1) El sentenciador admite y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso, irregularmente, con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción; y 2) El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador”.

En desarrollo de las premisas anteriores, se lee en la referida sentencia, que “el error de hecho manifiesto recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona. El error de derecho en cambio, toca directamente con la norma que regula la forma de su aducción al proceso, o le fija su mérito legal de convicción. En su primera hipótesis, el error de derecho consiste en que el sentenciador aprecia un hecho real del proceso al que el legislador niega todo valor por haber sido aportado a él sin la observancia de sus requisitos procedimentales. En segunda, el sentenciador otorga a un hecho real del proceso bien aducido a él, un valor diferente del que le ha sido precisado legalmente” (Casación de primero de septiembre de 1977, Magistrado Doctor Velásco Guerrero).

Aplicar al caso en examen las precisiones anteriores, resulta tarea fácil. Se afirma, por el demandante, la existencia de un error de derecho en la segunda de las modalidades indicadas o sea en la resultante de un exceso en valoración de la prueba del que le ha fijado el legislador a la misma. En el caso sub examine se trataría de un exceso, en la valoración por el ad quem de los testimonios de la denunciante y el de su hermana, como también del que le otorgó al examen médico-legal, de acuerdo con el cual, en el caso de la menor S.M. se estaba en presencia de un himen dilatado o complaciente que seguramente imposibilitó la demostración plena por ese aspecto, de acoplamiento sexual con el sindicado.

Sin embargo, no dijo el recurrente cual es el valor probatorio que la ley otorga a la prueba testimonial o a la practicada por peritos cuyo rebasamiento constituye el indicado error de derecho.

Y, naturalmente, no podía el censor indicar el valor probatorio que la ley otorga a la prueba testimonial, por la simple razón de que, como

claramente lo indica el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal “al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas sobre la crítica del testimonio, etc.”. Es decir, que como ha sido expuesto en forma tan reiterada, la ley procedimental colombiana abandono el sistema de la tarifa legal de las pruebas y concedió amplio margen al fallador para su apreciación, lo cual significa que en materia de prueba testimonial, no es posible que se presente la hipótesis planteada por el demandante, porque ello implicaría un enfrentamiento entre el criterio del fallador que al analizar el mérito probatorio de la prueba, ha llegado a un determinado convencimiento, con el criterio del censor, que al hacer el análisis de la misma puede llegar a conclusiones diversas.

Igual discurso merece la censura que se hace al dictamen médico-legal ya que de acuerdo a lo estatuido por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen no es por sí plena prueba y su valor lo deja el legislador a la apreciación del juez, con la sola condición de que su aceptación o rechazo sean motivados.

Mucho menos se daría la otra hipótesis del error de derecho que no ha sido planteada en la demanda, y relativa a las irregularidades o formalidades previstas en la misma ley para la aducción de la prueba al proceso.

Pero aún cuando la demanda adolece de la falla fundamental anotada téngase en cuenta, sin embargo, que el Tribunal en la sentencia recurrida hace un análisis muy certero sobre las razones por las cuales determinó otorgar el valor preeminente a las pruebas de cargo sobre las cuales apoya la sentencia, así:

“ El Tribunal reitera sus argumentaciones expuestas en el auto calificadorio del mérito del sumario –se lee en la sentencia- es decir cuando se confirmó el pliego de cargos elevado a quo. Ciertamente la menor Silvia Helena rindió una versión que es digna de credibilidad... debiendo por ende aceptarse la ejecución del acto sexual en la menor por parte del abogado V.. Justamente la forma como la menor perjudicada expuso en una de sus ampliaciones de denuncia la realización del acto sexual, en su primera ocasión, con V., así como los actos libidinosos que aquél ejecutara con anterioridad al coito, demuestran en la ofendida la veracidad de su dicho, sin titubeos de

ninguna clase, su exposición clara y no contradictoria; lo que fortalece aún más la credibilidad que esta Corporación y el a quo han dado a su dicho”. Y, más luego; “otro punto de importancia del otro proceso es el señalamiento efectuado por S.H. en cuanto a que el encartado tiene unos lunares en la parte alta de la espalda, hecho este que no fue controvertido por V. en el expediente”, etc..

De modo que, no resulta en forma alguna jurídico, montar una hipótesis de error de derecho, como lo quieren el demandante y el procurador para enfrentar el criterio del fallador con el de la parte, relativo a la valoración que uno y otros dan a la prueba aportada al proceso, a la que, como se dijo, no otorga valor probatorio específico la ley.

Sin embargo de lo anterior, resulta muy pertinente comentar algunas de las afirmaciones del censor relativas a la interpretación de los textos legales sobre el delito imputado a su representado.

Es incuestionable que la reforma introducida por el Decreto 522 de 1971 al artículo 326 del Código Penal varió el contenido de la disposición original, pero seguramente no con los alcances que le atribuye el memorialista. La primitiva norma evidentemente, no se refería al efecto de la corrupción lograda a través del acceso carnal con la menor colocada como parte integrante del elemento material de la infracción (conducta), sin embargo de lo cual, debe considerarse que habiendo distribuido la materia delictiva el Código en la parte especial con fundamento en la consideración del INTERES JURIDICO tutelado y no en el respectivo artículo, sino en el correspondiente Título, dividido a su vez, en Capítulos, y refiriéndose el V, precisamente a la “corrupción de menores”, no podía ser otro el interés jurídico tutelado que el que versa sobre la integridad física y moral de la ofendida relacionada con la actividad sexual. Y si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 325 del Código Penal, el resultado corruptor, y por consiguiente, la consumación del ilícito se entendía perfeccionado con el hecho de ejecutar “actos eróticos sexuales”, que no necesariamente se concretarán en el acceso carnal, con mucha mayor razón debería entenderse que el resultado corruptor se había logrado, cuando el acto erótico-sexual se cumplía con el acceso carnal, que era la previsión contenida en el artículo 326 ibidem, por la simple razón, más de lógica

que de derecho, de que la conjunción carnal constituye fisiológicamente el acto libidinoso por excelencia.

Resultaría absurda la interpretación que se diera al texto legal, antes de la reforma, si se afirmara que cuando mediante actos eróticos sexuales, diversos del acceso carnal se perfeccionaba el delito de corrupción de menores, porque se habría logrado la corrupción de la menor, no así cuando en cambio de actos libidinosos el agente efectivamente hubiera realizado el coito con la menor, por cuanto que ese acto no resultaba idóneo para lograr el mismo efecto que consuma el reato, o sea la corrupción.

“Que, sea también la conjunción carnal un acto libidinoso escribe MARIO MANFREDINI, no sólo en el sentido considerado por nosotros como suficiente a integrar el elemento del delito, sino también en el significado de ser capaz de una corrupción moral, es cuestión sobre la cual existe conformidad de criterios; y es cuestión de mirar las cosas en la realidad, porque es obvio que la conjunción carnal es acto fisiológico cuando es realizado con intención biológica; pero es siempre acto libidinoso cuando se usa para la satisfacción pura y simple del deseo sexual; y es acto libidinoso cuando se ha realizado aisladamente, diremos así, del fin biológico. De todos modos es la puerta a la actividad sexual, es el medio por el cual la sexualidad se despierta en su más alto grado” (M.Manfredini, Trattato di diritto Penale, 2ª ed. Vol. IX, p. 194).

Pero en donde mayor énfasis ha puesto el censor para demostrar la inexistencia del delito de corrupción de menores en el caso de autos, es en el relativo a la prueba, a la demostración de la corrupción como efecto de la conducta realizada por el procesado, aceptando, desde luego, que éste yació con la menor. Es claro que el delito de acuerdo con la nueva normación introducida por el Decreto 522, ha sido configurado como delito de resultado, de daño, y no de mero peligro presunto o concreto. Es claro también que debe existir, como sucede en todos los delitos materiales, un nexo o relación de causalidad entre la conducta y el resultado o efecto que consuma reato.

Lo fundamental en este caso es determinar si para la existencia del ilícito, hay necesidad de demostrar fehacientemente que existió la corrupción como efecto o resultado de la conducta del agente.

Y, en caso de que esa demostración sea necesaria, deberá indicarse por cuales medios ha de lograrse, todo esto por la simple razón de que el concepto corrupción no es objetivo, real, palpable por los sentidos, por lo menos no, en la generalidad de los casos por no tratarse de un evento o resultado naturalístico, sino jurídico-social, que como lo afirma algún autor, por tal debe entenderse “el estado fisiopsíquico en que se encuentra una persona menor a causa del intempestivo y anormal resurgimiento de los instintos sexuales y de la consiguiente necesidad de satisfacerlos”. Estado de corrupción que el mismo autor dice, puede manifestarse también “en una perturbación moral, en el sentido de que en el individuo debe existir la conciencia, aún rudimentaria y confusa de la naturaleza y valor de la perturbación física, y con ella la determinada voluntad de satisfacer, de modo normal o anormal, completo o incompleto, es estímulo sexual” (Mario Dondina “Corruzione di minoreni, en Novissimo digesto italiano”, Vol. IV, p. 906).

Se sostiene en la demanda la inexistencia del resultado corrupción y por lo mismo la del delito, por cuanto la menor “sale exenta de todo maleficio que hubiera podido contaminarla y en vez de encontrarse en un estado humillante por el efecto del vicio, goza de sus atributos personales de libertad y de dignidad. Esas condiciones biológicas y psíquicas que acompañan a quien ha perdido su autodeterminación en cuestiones sexuales, unida al rebajamiento en prácticas tan anormales, no sólo no tuvieron ocurrencia, sino que no podían tenerla, dada las calidades morales en la presunta víctima”. Que de otra parte, “la conjunción carnal, caso de darse por establecida, no derivó hacia perversas costumbres, ni abatió las concepciones de la ofendida respecto de la normalidad en la copulación”.

Es decir, que en el sentido del escritor para que se consume el delito de corrupción de menores, definido y sancionado en el artículo 326 del Código Penal, es necesario, indispensable, que la menor luego de las prácticas corruptoras, y como resultado de las mismas, haya terminado indefectiblemente, por lo menos en la prostitución. Si la menor, como lo quiere el censor, por sus frenos morales, por su formación personal y de hogar, por su cultura o por cualquier otra razón no se dejó contaminar psicológica y moralmente de las prácticas corruptoras del agente no se habrá dado el delito de corrupción de menores.

Pero como el casacionista entiende que la forma gramatical como está concebida la nueva disposición fue traída del Código Italiano de 1989, es conveniente citar a uno de los comentaristas de dicho estatuto que sobre este preciso tema enseña. Así escribe Pasquale Tuozzi:

CORRUPCIÓN: Este es otro elemento que completa el delito en examen. Pero en qué debe consistir la corrupción? Luego de hacer el comentario a la relación Zanardelli sobre el tema, y la opción de diversos autores y de la jurisprudencia italiana de la época dice: “Impallomeni en su código ilustrado observó bien que la corrupción no debe ser una simple perversión ideal, sino una perversión de los sentidos. Pero estas palabras deben ser entendidas también en el sentido de que la corrupción no puede consistir en una abstracción, sino en algo real, por lo que justamente hubo de afirmar la Cámara de Diputados que un acto fugaz, solamente lesivo del pudor no puede considerarse como corrupción. Pero, entonces ésta debe ser precisamente de hecho”.

“Debe haberse revelado en acciones lascivas posteriores del menor, las cuales demuestren que éste se ha corrompido? Deberá aportarse al proceso la prueba de estas acciones para que quede demostrado que el menor se ha prostituído? El requerir la prueba de la sobrevenida y efectiva corrupción es una exageración no requerida por la índole del delito, puesto que no debe hacerse el proceso a la víctima sino a quien la ha convertido en tal. La corrupción debe ser sólo un efecto de los actos libidinosos, un efecto que es recogido por el menor, constreñido a asistir o a aparecer lascivas, las que naturalmente genera en él nuevos apetitos de naturaleza lujuriosa. Pero de este producirse no es debida la prueba, basta con que los actos libidinosos realizado por el imputado sean verdaderamente tales, es decir, sean capaces de hacer germinar en el ánimo del menor tales apetitos, para que el delito se complete. La corrupción puede ser por tanto solamente moral, y no ocurre que también sea física, ni de la misma corrupción moral deberá aportarse la prueba. Ella es un factor que el juez recaba de los actos atribuidos y probados a cargo del corruptor. “(I delitti contro il byon costume e l’ordine delle famiglie”. En enciclopedia dirigida por E. Pessina, t. IX. P. 243 ss.).

En el mismo sentido se pronuncia en ya citado MANFREDINI cuando escribe que “al efecto que se requiere de la acción del culpable, es el de que corrompa al menor. El corromper, para nosotros, significa el hecho de la sustracción del menor de la tutela jurídica constituida para él en relación con la función sexual de la cual es incapaz: por tal situación él se encuentra en estado de corrupción jurídica: es frente al derecho penal sexual, mandado a mal. En efecto, se es verdad que el derecho separa de la moral, debe entenderse que aquí no podía la ley preocuparse de la deshonestidad o menos como elemento demostrativo del delito: tales peligros están comprendidos en la defensa pero no representan elementos jurídicos. En cambio parece más seguro que el hecho que se toma como referencia para la sanción es la antijuricidad específica de la acción reprimida: y esta antijuricidad no puede encontrarse desde el punto de vista de la necesidad penal, que en la deficiencia de las garantías por las cuales se evidencia la ya recordada idoneidad del menor “ Por lo mismo, insiste el autor”, es evidente la imposibilidad práctica de una prueba de la contaminación de la conciencia, o de un desconocimiento precedentes de ciertas lascivias...etc.” (op. CIT. P. 196).

Por ello también, debe afirmarse que en tratándose de delitos de corrupción de menores, como ha sido reconocido por la jurisprudencia extranjera, la circunstancia de que se trata de menor ya corrompido, lo excluye el delito, pudiendo perfectamente una mayor corrupción arrastrar a la perdición de todo sentido moral al impúber, que, apenas iniciado en el mal podía enmendarse y reintegrarse a la vida honesta.

Es indiscutible por tanto, que el fenómeno de la corrupción como aptitud moral y psicofísica del menor, admite diversos grados de intensidad, y que, por consiguiente, cuando por ejemplo, se pretenda afirmar la inexistencia del ilícito por ausencia del objeto jurídico de la tutela penal, habría que demostrarse que el menor estaba suficientemente corrompido siendo por tanto inoperante la tutela penal. Corrupción que se concretaría en un gradual proceso de desviación de los sanos principios éticos, que en un determinado momento histórico disciplinan el orden moral referido al ejercicio de las funciones sexuales.

No cualquier experiencia sexual será fundamento para afirmar que el menor está moralmente corrompido, siendo necesariamente que éste haya logrado aquel estado de insensibilidad, de indiferencia a los reclamos de la conciencia que lo coloquen en situación de realizar sin repulsión aquellas acciones que por su deshonestidad suscitan en la colectividad un sentimiento de repugnancia.

Situación que no es precisamente la de la menor, como parece sospecharlo el Procurador cuando afirma que la menor, “estaba ampliamente ilustrada sobre la naturaleza y consecuencia del acto sexual: conocía en detalles pormenores del mismo y sabía a que se exponía al unirse carnalmente con el denunciante”, por lo que, sería sujeto no idóneo para la configuración del reato. (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, noviembre diecisiete de mil novecientos setenta y siete, Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón)

COMENTARIOS

La cualificación natural del sujeto pasivo: hombre o mujer menor de catorce años sigue siendo circunstancia objetiva que excluye cualquier valoración de la conducta sexual anterior de la víctima; así, los conocimientos y experiencia respecto de la vida y prácticas sexuales, sus costumbres licenciosas o promiscuas, sólo pueden ser tenidas en cuenta para la individualización de la pena, según los principios de los artículos 61 (C.P. de 1980), 60 y 61 (C.P. de 2000), según sea la norma aplicable al respectivo caso.

Nuestro sistema continua adscrito a la presunción de derecho de la incapacidad para la libre disposición sexual en todo ser humano menor de catorce años. Este tema ha sido objeto de frecuente discusión doctrinal, llegando a afirmarse que tal inflexible inferencia "es infundada porque aleja las condiciones críticas sobre el desarrollo físico y la mentalidad de la víctima. Y demuestra también su inconsistencia con las variaciones arbitrarias de los códigos sobre "la edad de la razón sexual". Más avanzado que los legisladores y tratadistas del presente fue Groizard cuando afirmó que: "la niña menor de doce años que consiente, no puede decirse que obra sin voluntad, ni mucho menos que es cohibida por ninguna fuerza física".(PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. V, p. 65).

Con serios argumentos de orden criminológico, la doctrina actual sigue manifestando su inconformidad con la fijación normativa de límites que, si bien son objetivos, se tornan inflexibles y por ello irracionales, como en el presente caso, ya que por dichas características, quien realiza acto sexual con persona que el día anterior haya cumplido los catorce años, mediando su consentimiento, no adecúa su conducta al tipo penal, mientras que si lo hace la víspera será plenamente inculpinable, sin que exista el más mínimo argumento lógico o sociológico para la diversidad de consecuencias.

Hemos afirmado que los anteriores planteamientos tienen una innegable trascendencia práctica y aconsejan que la determinación objetiva de límites de edad, como el presente, sea complementada con la exigencia del análisis pericial, que dictamine la real inmadurez psicológica del sujeto pasivo, en referencia estricta al momento del hecho, pues todo el proceso de derivación del punible se debe realizar en relación al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Desafortunadamente, estos planteamientos no fueron objeto del más mínimo estudio en la redacción de los proyectos y en el “miope” procedimiento de aprobación del nuevo Código sustancial.

Ahora bien, si el medio utilizado es la violencia, no se tipificará la conducta según la presente disposición, sino que se configurará delito de acceso carnal violento (arts. 298 C.P. de 1980 y 205 C.P. de 2000); si el sujeto pasivo es menor de doce años surgirá la agravante prevista en el artículo 298 inc. 2º (C.P. de 1980) y, si es menor de diez años la consagrada en el artículo 306 # 5 Id. La nueva normatividad sólo comprende como circunstancia agravante para los delitos de “violación” y “actos sexuales abusivos”, en relación con límites de minoría de edad, que la acción haya sido realizada sobre menor de doce años (art. 211 Nº 4 Id.), con lo que la situación derivada de la imposición de estos topes de orden naturalístico, quedará de la siguiente manera: si se realiza acceso carnal en menor de doce años mediando violencia, tendremos delito de acceso carnal violento agravado; si el coito se verifica en menor de catorce años por medios violentos, tendremos acceso carnal violento en su forma simple; si se ejecuta en menor de catorce años pero mayor de doce sin que haya violencia, tendremos adecuación al presente tipo que a su vez se agravará si el sujeto pasivo es menor de doce años. Por lo anterior, y sin fundamento criminológico que permita la diferenciación, queda sin inculpinación especial el acceso carnal violento con menor de catorce

años y mayor de doce, evento en el cual nuestro sistema abandona la protección absoluta de dichos menores que en apariencia proclama la presente norma.

Los anteriores criterios son aplicables, también, si la acción se realiza habiendo puesto a la víctima en incapacidad de resistir, en estado de inconciencia o en condiciones de inferioridad síquica, pues en tales hipótesis el delito tipificado será el descrito en los artículos 300 C.P. de 1980 y 210 C.P. de 2000 derivándose solo agravación frente a menores de diez y doce años respectivamente.

TEMA IV. DELITOS CONTRA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES, CORRUPCION DE MENORES

Estas, como se verá, tienen que ser muy breves, porque:

a) La argumentación del recurrente resulta indiscutiblemente acertada. Cada reflexión suya afirma una tesis irrefutable contra la cual sólo se puede mencionar el capricho o la tosudez judiciales, abroquelados en las palabras sueltas de una disposición, que no alcanzan a conformar una idea atendible. Está el fiscal en la línea de la mejor interpretación y logra exponer criterios de justicia. Del lado opuesto sólo se da, se repite, dañino apego a la letra de una disposición, criterio que menoscaba la justicia por faltarle la benéfica inspiración del sentido común, que hace del Código un estatuto armónico, ajeno a crear situaciones absurdas o contradictorias.

De haberse podido tomar una determinación en el marco de estos conceptos, no se remitiría a duda que la casación se habría impuesto con base en las razones del recurrente;

b) El delito de corrupción de menores en la singular modalidad que consagraba el artículo 326 del derogado Código Penal, no se ha mantenido como hecho punible en el nuevo estatuto – Decretos 100, 141 y 172 de 1980 - . ;

c) El Código Penal puesto recientemente en vigencia (enero 29 de 1981), es concluyente al respecto. En su artículo 307, que extiende su efecto a los delitos de violación, estupro, actos sexuales abusivos (en

estos últimos está lo que sobrevive como corrupción – artículo 305 -), ordena: “Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores, contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal”.

Esto indica, a las claras, que en esta clase de delitos, exceptuándose el proxenetismo, no hay base legal para iniciar proceso, o para continuarlo si éste se ha iniciado, cuando a una conducta como las indicadas, sigue un matrimonio con validez jurídica en el país, debiéndose, en el primer paso, rechazar la iniciación del sumario, y, en el segundo, darle inmediata finalización.

La solución del nuevo ordenamiento es más profunda y definitiva que la del derogado artículo 322. En éste la conducta conservaba todas sus características delictuosas y apenas concedía la posibilidad de una exención de pena; aquél la despoja de tales atributos al negarle eficacia para originar el surgimiento de una averiguación.

En el estado actual del proceso, conforme a lo anotado, debe darse aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual se cuenta con el concepto favorable de la Delegada.

Al respecto conviene transcribir lo que recientemente dijo esta Sala: “El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal establece, entre las varias hipótesis de improcedibilidad o imposibilidad del ejercicio de la acción penal, la referente a que ésta no pudiere proseguirse, lo cual se presenta, entre otros casos, cuando fallece el procesado, pues ese hecho extingue la acción penal (artículo 76 del Código Penal).

El pronunciamiento sobre la causal de improcedibilidad y la consecuente cesación de toda la actuación puede hacerse en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud de parte, previo concepto del Ministerio Público, y siempre que aquélla aparezca plenamente y comprobada. Esa decisión que debe ser consultada, le corresponde al juez, esto es, al funcionario del conocimiento, no al que es meramente instructor. Se exige por tanto, tener competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto que constituye la relación jurídico-procesal que se discute.

Ahora bien, como respecto de un determinado caso pueden tener competencia, en sus correspondientes momentos procesales, el juez de primera instancia, el de segunda y la propia Corte por intermedio de su Sala Penal cuando se interpone el recurso de casación, cabe dilucidar si la decisión que se toma con base en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal corresponde privativamente al juez competente de la primera instancia o si puede adoptarse por el de segunda, o, en su caso, por la Corte si la causal se presenta o alega durante la tramitación del recurso extraordinario, como ocurre en el proceso que motiva este análisis.

La jurisprudencia, en la que ha predominado el criterio de que la determinación incumbe al juez del conocimiento, ha mostrado variantes respecto de si puede y debe tomarla el de segunda cuando el asunto está bajo su competencia.

En auto de 15 de diciembre de 1953 (Gaceta Judicial, Tomo LXXIX página 368), sostuvo la Corte la exclusividad de esa competencia en el juez de primera instancia, al no haber resuelto acerca de la declaratoria de prescripción para deferir el pronunciamiento al funcionario de instancia. Así se desprende de la siguiente transcripción: “Pero se advierte que la acción penal se halla prescrita, pues los hechos denunciados tuvieron lugar con anterioridad al mes de octubre de 1949, por lo cual el auto de sobreseimiento consultado habrá de revocarse por la Sala con la finalidad distinta de que el Tribunal a quo decida, por ser de su incumbencia, sobre la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal por ese concepto” (subrayas fuera de texto).

En cambio, en pronunciamiento del año de 1962, atribuyó esa competencia al funcionario de segunda instancia. En él se expresó: “Por lo demás, nada implica que tal decisión se haya tomado en la segunda instancia, porque como muy bien lo dice el Tribunal ad quem, ello, ´en manera alguna da a tal proveído el carácter de calidad de sentencia principal, ya que esta superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, como quiera que ella puede dictarse´ en cualquier estado del proceso”. Tan condicional de este recurso, sometido a una rigurosa técnica regido por unas causales taxativas y librado del ámbito que le fija el propio recurrente al indicar los motivos de impugnación de la sentencia, de tal forma que la Corte no puede ocuparse de causales distintas de aquellas que hayan sido

expresamente alegadas por las partes (artículo 581 del Código de Procedimiento Penal), con la sola excepción que ha venido a establecerse, por vía jurisprudencial, de conocer oficiosamente de la nulidad cuando es ostensible y de carácter absoluto.

“Debe, por tanto, resolverse acerca de la aplicación, artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en cualquier estado del proceso en que se presentare o alegare una cualquiera de las hipótesis de improcedibilidad que él consagra, ya ha de hacer quien tenga en ese momento a su conocimiento el negocio.

“Cosecuentemente con las anteriores consideraciones, la Corte debe dar aplicación, en el caso que se analiza, al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, pues existe aún proceso, ya que éste se proyecta sobre la etapa de la casación cuando la sentencia es impugnada por este medio extraordinario, y por cuanto se ha presentado un hecho, debidamente comprobado, de los que, al tenor de dicha norma, extinguen la acción penall...”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mayo 20 de 1981, Magistrado Ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez)

COMENTARIOS

La libertad sexual es la facultad del ser humano de autodeterminar y auto regular su vida sexual; está unida naturalmente a las finalidades específicas de la sexualidad humana y al concepto de dignidad que gravita sobre todo hombre. Así, la libertad sexual no se ha de entender como posibilidad ilimitada de disposición del propio cuerpo; este derecho humano presenta determinaciones y límites naturales. La libertad sexual es facultad y derecho de elegir aceptar, rechazar y autodeterminar el propio comportamiento sexual, con necesaria sujeción a los conceptos éticos de la comunidad y al respecto a los derechos ajenos correlativos.

El alcance del anterior concepto determinaría la inclusión en el ordenamiento penal de conductas como la prostitución, la pornografía, la homosexualidad, y aún la relación heterosexual contranatural y la autosatisfacción sexual; la razón de su no incriminación no radica en una concepción diferente de lo que es la libertad sexual, sino en la aceptación por parte de nuestro legislador, del criterio liberalizante según el cual esas conductas, si bien degradan la naturaleza, dignidad y finalidad de la

vida sexual, no conllevan alarma social, ni perturban el orden externo de la comunidad y, frente al consentimiento validamente expresado, no lesionan derechos ajenos, con lo cual se quedan en la esfera interna del sujeto, en el íntimo mal uso de su libertad, esfera en la cual no puede inmiscuirse el derecho penal como ciencia dogmática y objetiva.

En sentido estricto nuestro ordenamiento entiende la libertad sexual como facultad de autodeterminación -voluntaria, intencional y consciente de la persona frente a los actos y relaciones inherentes a su vida sexual. Se protege en forma directa la determinación sexual de todo ser humano, la cual no puede ser violentada (acceso y actos sexuales violentos), ni anulada o viciada (acto sexual o acceso carnal con persona en incapacidad de resistir). Se presume la invalidez del consentimiento expresado por persona menor de catorce años o por quien se encuentre en estado de inconciencia por causa física o síquica .

La redacción original de la nominación del bien jurídico protegido (c.P. de 1980 original) incluía el pudor sexual, que consideramos sigue siendo concepto integrante, como interés protegido, dentro de la actividad sexual de toda persona; por lo anterior estudiamos el alcance de esta especificación del objeto jurídico tutelado. Se identifica con el recato y la vergüenza. Es un valor innato, que hace orientar el comportamiento sexual de toda persona, según principios de delicadeza y respeto por el propio cuerpo y los propios órganos sexuales. El pudor es un movimiento natural que hace que se rechace lo obsceno con sentimiento de repugnancia y se proteja la propia intimidad corporal. Es reflejo de la sublimidad de las formas e instintos sexuales; es un valor necesario de conservar e incrementar en la comunidad. El pudor es tendencia natural del ser humano a obrar en cuanto a las acciones de su cuerpo y de su sexo, de una manera limpia, pulcra y ordenada, con sujeción a los fines, funciones y naturaleza de su aparato reproductor de su impulso sexual.

De acuerdo al anterior criterio, muchas serían las conductas a incriminar como atentatorias del pudor sexual, pero el ordenamiento penal no se puede convertir en un catálogo moral orientado por principios relativos y subjetivos. Las legislaciones amplían o restringen los límites de prohibición tomando como guía tendencias doctrinales predominantes y los inevitables movimientos sociales que generan pendularmente de aceptación o rechazo a conductas consideradas en sentido estricto como impúdicas.

Doctrinalmente se ha dado a conceptos como el pudor, la honra, la autoestima, etc. un valor relativo, dependiente de cambios históricos y sociales, de "mudanzas" en la forma y contenido de las relaciones interpersonales; a esta valoración contribuyen argumentos históricos que ejemplifican la mutabilidad de los comportamientos llamados impúdicos, y la misma evolución de las sanciones sociales y penales atribuidas a los mismos. Todas las conductas descritas en el presente título son comportamientos sexuales anormales, deshonestos, denigrantes de la sexualidad humana, entendida en su más sublime sentido, y por ende inmorales, con lo cual son ofensas contra el pudor sexual, bien jurídico digno de tutela que va íntimamente unido a la libertad sexual que es sin duda el objeto jurídico prevalente en el presente título.

TE,MA V. VIOLACIÓN. ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del C.P.), la conducta se reprime exclusivamente por el "abuso" de la inferioridad o incapacidad en que la Ley presume que se encuentra el menor, pero cuando éste se resiste en cualquier forma, a ser accedido carnalmente el tipo legal que corresponde es el de Acceso Carnal Violento del artículo 298.

El artículo 305 del C.P. señala tres modalidades de la conducta, que puede revestir este delito. La última de las cuales requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual con anticipación al natural despertar de su libido.

Esta Sala, que ya ha tenido oportunidad de exponer su doctrina sobre este asunto (fallo de 4 de agosto de 1987, Magistrado Ponente doctor Jaime Giraldo Angel, con salvamento de voto del doctor Lisandro Martínez Zúñiga), se reafirma en ella.

En efecto, cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del C.P.), la conducta se reprime exclusivamente por el "abuso" de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cual se aprovecha el

sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor no presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

En cambio, cuando el menor de catorce años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia, mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo. Por esta causa la pena para el acceso carnal violento es de dos (2) a ocho (8) años de prisión (art. 298), mientras que el acceso carnal abusivo con menor de catorce años se reprime con prisión de uno (1) a seis (6) años. No resulta lógico pensar que se sancione con mayor rigor la violencia ejercitada sobre quien legalmente está en la plenitud de su madurez física o psíquica, que la desplegada sobre personas que por su edad, no ha alcanzado este grado de desarrollo físico ni espiritual. Por lo demás téngase en cuenta en cuenta que cuando el legislador describe el delito de acceso carnal violento, no hace reserva o distinción alguna sobre la edad de la víctima.

En este orden de ideas es pertinente agregar que cuando por la escasísima edad de la víctima, ésta no se encuentra en capacidad física de resistirse, ni en mínima parte, a la realización de unos actos sexuales cuya naturaleza ni siquiera comprende, la norma aplicable es el artículo 304 del Código Penal.

Si se aplica al anterior doctrina al asunto debatido en este proceso, la conclusión es clara: F.S., desplegó fuerza para vencer la resistencia que la pequeña B.Y. oponía a su cumplida pretensión de someterla al acceso carnal, y por ello no hubo error alguno al escogerse el tipo legal en que se encuadró su conducta: acceso carnal violento (art. 298).

Por lo demás, es conveniente anotar que aun cuando en la casi inmotivada sentencia de segunda instancia, específicamente nada se dijo sobre la forma de violencia usada por el procesado ni sobre la prueba que demostraba su existencia, esta omisión, criticable desde

luego, queda suplida con las referencias concretas que en el auto de proceder y en la sentencia de primera instancia, se hicieron sobre este particular aspecto. No sobra recordar que tanto en el aspecto jurídico como en el probatorio, todo lo expresado en el auto de proceder se entiende incorporado al fallo de primera instancia en la medida en que expresamente no hubiera sido contradicho por los resultados del término probatorio de la causa, o explícitamente excluidos en la sentencia, la cual, a su vez, forma una unidad con la de segunda instancia, en todo aquello que no la contradiga o que expresamente se deseche, sin que sea, por tanto, necesaria su repetición o remisión directa. Así lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación (Sentencia de 20 de agosto de 1986, Magistrado Ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez y de 28 de abril de 1987, entre otras).

Expresa referencia al testimonio de la víctima se hizo tanto en el auto de proceder como en la sentencia de primera instancia, y de acuerdo con él es claro que F.S. se valió de la fuerza para lograr sus criminales propósitos: “él me dijo que fuera a la casa de Chabela, que él me daba plata, que me daba cincuenta pesos y que me dejara hacer groserías yo le dije que no porque mi mamá me pegaba, entonces me cogió de la mano a la fuerza y yo gritaba y le decía que me soltara y él no me soltó..” y al narrar el momento culminante del delito, expresó la menor. “él me quitó el vestido y me quitó lo calzones y todo... y se me montó encima y me hizo groserías y yo grité y él me tapó la boca y él me metió el chichí y me dolió.. y él me dijo que si le contaba a mi mamá que me mataba...”. Si se tiene en cuenta la escasa edad de la pequeña víctima – menor de 8 años -, no se requería para vencer su resistencia de una fuerza superior a la que desplegó el procesado. Por todo esto, se insiste, no hubo error alguno al considerar este acta como una violación. No prospera, pues este primer aspecto del cargo.

DE LA CORRUPCIÓN

Según el artículo 305 del Código Penal,, tres son las modalidades de la conducta que puede revestir este delito:

- a) Realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años;
- b) Realizar esta misma clase de actos, en presencia de menor;

c) Inducir al menor a prácticas sexuales.

La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su líbido.

De acuerdo con el auto de proceder, la conducta realizada por F.S. y calificada de corruptora, consistió en “haberle tomado fotos (a la niña Martínez Sanabria) una de ellas desnuda y mostrarle las fotos de otras niñas desnudas y en posiciones grotescas lo mismo que las de él desnudo en diferentes poses y no estado natural de desnudos” 8fl 87). Esta conducta, desde luego que no puede ser encuadrada dentro de las dos primeras modalidades que contempla el artículo 305 del Código Penal, pues por acto sexual, diverso del acceso carnal, es preciso entender una actividad o movimiento físico encaminado a provocar la concupiscencia de otro o a satisfacer la del propio agente, y la exhibición de unas fotografías, cualquiera que sea su contenido, no puede calificarse como acto sexual realizado con el menor o en su presencia.

Pero obviamente que la actividad que se comenta si puede ser un medio, muy eficaz por cierto, para iniciar al menor en prácticas sexuales y obtener así su corrupción, como sucedió en el caso subjuice, teniéndose en cuenta, claro esta, la finalidad que el agente busca con la exhibición de las imágenes y el contenido de éstas. Desde luego que ante el avance de la técnica es posible realizar, valiéndose de los medios modernos, como el video, actos sexuales aunque el sujeto no esté físicamente practicándolos, pero que si aparecen en las imágenes y que pueden tener el mismo significado y efecto que un acto sexual practicado en presencia de menor. Vale tanto realizarlo frente a él, que exhibírsele mediante un medio técnico que muestra la imagen en movimiento y que resulta, por tanto, equivalente a su realización personal.

En consecuencia, el fallo impugnado no se casará, pues para la Sala es claro que obligar a una menor a desvestirse y posar desnuda, es algo que atenta contra su libertad y pudor sexuales; lo mismo puede afirmarse del hecho que hacerle ver unas fotografías de contenido impúdico. Y Si todo esto se realizó, con la manifiesta finalidad de despertar precozmente su desarrollo sexual, es indudable que la conducta es corruptora y encuentra exacta tipificación en el artículo 305 del Código Penal, cuando reprime el hecho de corromper a un menor de catorce años, induciéndolo prematuramente y por cualquier medio a practicar actividades sexuales. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente. Doctor Guillermo Duque Ruíz, ocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.)

COMENTARIOS

El tipo de actos sexuales con menor de catorce años se conserva como de mera conducta respecto de la acción de inducir, para cuyo perfeccionamiento no se exige que el menor realice alguna forma de actividad sexual. Entre tanto para la realización de actos sexuales, se continúa exigiendo la producción de determinados eventos en el orden naturalístico. Doctrinalmente se ha determinado la necesidad de la efectiva producción del resultado corruptor como fruto del actuar del agente.(cfr. PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, t. V, p. 65). Desde el punto de vista estricto tal concepción es inaceptable, pero se perdió la oportunidad de reforma para zanjar definitivamente la discusión doctrinal y jurisprudencial que en ocasiones ha exigido que el sujeto pasivo no haya tenido vida sexual o erótica con anterioridad a la comisión del reato. El presente tipo describe conductas objetivas que no suponen valoraciones diferentes a la edad del sujeto pasivo para su tipicidad, por lo cual no es necesario que sea o no virgen al momento de la realización de la acción, lleve o no vida promiscua o licenciosa, tenga o no cabal conocimiento y experiencia de la vida y prácticas sexuales, criterio adoptado ahora en forma mayoritaria y plenamente valido desde el punto de vista dogmático. (Cfr. BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Delitos Sexuales, p. 172).

El sujeto pasivo del tipo presenta cualificación objetiva natural; menor de catorce años, hombre o mujer, con todos los problemas que trae el fijar parámetros de edad inflexibles e inamovibles, que no son complementados

por criterios de orden psicológico y sociológico, tal como lo reseñamos a propósito del artículo anterior.

Hemos considerado que las circunstancias de cualificación moral del sujeto pasivo se deben tener en cuenta para la individualización de la pena al tenor del artículo 61 C.P. de 1980, artículos 60 y 61 C.P. de 2000, más no para la tipicidad del hecho, no obstante, la precisión normativa al respecto hubiere sido la más aconsejable. Se aclara que en ambos Estatutos los actos realizados en presencia del menor pueden ser de naturaleza homosexual, heterosexual y aún consistir en acciones de zoofilia o necrofilia, y deben comprender las acciones libidinosas o de acceso carnal realizadas por el agente con un tercero, o los actos realizados por el agente sobre su propio cuerpo.

La inducción a prácticas sexuales realizadas sobre el sujeto pasivo también ameritaba una precisión normativa, que posiblemente no fue estudiada por nuestro rápido legislador, ya que en la amplia expresión utilizada por la norma cualesquier medio es idóneo; llegando a incriminar el mal ejemplo, la palabra, o la simple sugerencia, que a nuestro modo de ver deben quedar en el plano contravencional.

No obstante las diversas precisiones que exige el tipo, el aspecto de punibilidad ha sido el único aspecto modificado por la ley 360 de 1997 y por el Código de 2000; la primera fijó el tope punitivo entre dos y cinco años de prisión, mientras el segundo lo determina entre tres y cinco, pretendiendo en este aspecto ser coherente con la concepción criminológica, proclamada en los albores del positivismo, según la cual las penas corporales de corta duración son ineficaces. La punibilidad proveniente estaba determinada entre uno y cuatro años de prisión.

La ley 679 de 2000 adiciona el inciso segundo del artículo 209 C.P. dirigiendo su atención a establecer, en la dosimetría penal, elementos de punibilidad para las prácticas del mercado virtual de infranet e internet, bajo fibra óptica y espectro satelital, sobre actos sexuales, diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años. Lo anterior permite desarrollar el control punitivo sobre quines desarrollen actividades reguladoras y de servicio por suscripción de redes o de certificación globales de información, por el uso de sus redes virtuales, en caso de permitir que las mismas o equipos sean

utilizados frente a las acciones descritas en el inciso primero de la norma.

TEMA VI. ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR DE CATORCE AÑOS. ERROR DE TIPO

Es necesario dentro del proceso recaudar y analizar los medios probatorios allegados en cuanto a demostrar cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales.

Debe la Corporación resaltar su discrepancia con el Colaborador Fiscal cuando éste anota falta de técnica en la impugnación, al predicar de ella que bajo la nominación de un solo cargo se desarrollan dos. En realidad, ni siquiera nominalmente el demandante alega la existencia de un cargo, sino que alude a que la causal impetrada es única, y ello es cierto puesto que invoca el apartado segundo del motivo primero y dentro de él desarrolla dos cargos, uno por la existencia de un error de derecho y otro por la presencia de un error de hecho.

Considera el Colaborador Fiscal que no es aceptable la existencia del pretendido error de derecho que alega el casacionista, en primer lugar, porque en realidad de verdad al dictamen médico-legal no se le dio en la sentencia recurrida el valor de plena prueba sino de “un gran valor” y la verdad es que le asiste la razón al Fiscal de la Corporación, cuando sostiene que el juzgador de instancia no le otorgó al peritazgo el valor de plena prueba, sino que analizados los otros medios de convicción, le asignó una calidad de mayor importancia a esta prueba técnica, para efectos de rechazar los otros.

Debe recordarse en relación a esta problemática que bajo ninguna perspectiva está descartada la posibilidad que la sentencia pueda tener como única fundamentación una prueba determinada aunque la verdad es que ello no es lo corriente, porque casi siempre el haz probatorio está integrado por un acervo plural de prueba; pero dicha generalidad no descarta la posibilidad que la sentencia pudiera tener su fundamento en una prueba única.

En relación al problema debatido es claro que el dictamen médico-legal nos da una probabilidad sobre la edad posible de la menor, esto es la edad aproximada que contaba en el momento de los hechos, pero dicho dictamen no prueba que el procesado tuviera el conocimiento en ese instante que esa era la edad real de la menor en el momento del ayuntamiento sexual, porque como se va a demostrar mas adelante, otra era la convicción que tenía el procesado, certeza que había obtenido por otros medios probatorios.

Debe igualmente recordarse la certeza de la cita que hace el casacionista en relación al peritazgo, en cuanto a su capacidad probatoria en el concepto del tratadista sobre el tema doctor César Augusto Giraldo, quien con base en su experiencia científica siempre da un conocimiento aproximativo de la edad y que difícilmente podría obtenerse la convicción y la certeza que se exigen como fundamentos sustentatorios de una sentencia.

Con acierto el impugnante, en concepto que es compartido por el Colaborador Fiscal, destaca cómo el sentenciador se abstuvo de apreciar el valor probatorio de pruebas existentes en el proceso y válidamente practicadas y cómo igualmente estimó equivocadamente otras; omisión que evidentemente es relevante para la decisión penal que debía tomarse, razón por la cual el Fiscal de la Corporación solicita se acceda a la petición de casar la sentencia.

La historia familiar que ha sido objeto de investigación en este proceso, es la que cotidianamente ocurre en las vastas zonas deprimidas de nuestras ciudades; donde en peligrosa promiscuidad viven multitud de personas, en espacios muy reducidos o compartiendo un mismo edificio; personas de manera regular de muy escasa cultura, como en el caso presente, situaciones que necesariamente dan lugar a relaciones sexuales que encuadran dentro de los marcos del Código Penal o que se acercan peligrosamente a sus disposiciones, es lo que aquí ocurrió. Una madre soltera, que vive en relaciones concubinarias con otra persona, existiendo previamente una hija en los albores de su pubertad, que por razones de su trabajo se ven en la obligación de dejarla en las residencias donde habita, donde entra en contacto con personas de mayor edad, y que por motivo de la subcultura en que se vive se adentra en el conocimiento de los sexual por vías torcidas y de clara inmoralidad; que ubican a la persona tan precoz y torcidamente iniciada con una cultura sexual que dista mucho de la realidad

fisiológica y aún más, de los valores morales y culturales propios de una niña que apenas se inicia en su vida sexual.

Está probado que al quedar la menor sola en su habitación de las residencias donde tenía establecido su domicilio, esta en él hasta altas horas de la noche, con al parecer otro pretendiente que precedió al actualmente procesado; y posteriormente a ingresar reiteradamente a la alcoba del sindicato, situación que llevó a una de las habitantes del edificio a advertirle a la madre que era conveniente que no la dejara sola y que motivó que la estuviera llevando como compañía al lugar de trabajo, sitio donde igualmente era visitada por el procesado y como advierte la madre, pudo allí observar “que la niña se recostaba mucho en él y yo la regañaba”.

Lugares y zona deprimidos no sólo en lo urbanístico, sino en lo moral, porque pese a la escasa edad de la ofendida existen pruebas de prácticas sexuales anormales y de una más anormal cultura sexual, que se infieren de la diligencia de careo con el procesado cuando acepta:”...yo sí quería hacer el amor con él, me propuso hacer el amor, yo acepté hacer el amor con él salíamos juntos, yo no me lo dejé hacer el daño del lado de adelante porque mi mamá me ha dicho que no me deje hacer el daño del lado de adelante, porque las niñas tienen unas tiritas ahí y si me hubiera reventado las tiritas me hubiera muerto, las niñas lo de adelante lo tienen delicado...”(fl. 38). Terrible reconocimiento, que lleva necesariamente a la conclusión en una autorización tácita de la madre de la aceptación de relaciones sexuales contra natura.

O lo que afirma el procesado, en el sentido de haber sido prevenido por la menor del cuidado que debía tener de llevar mujeres de la calle, porque “puede que esté enferma y me enferme a mí, eso me decía ella a mí, yo me pregunto qué hace una señorita viviendo en una residencia donde se ven tantas cosas” (fl. 22); o la otra afirmación hecha por él mismo al sostener que “antes de vacilar yo con élla, ésta vacilaba con otro hombre, con respecto a eso hay una persona que se llama Nicolás ese si la bejorriaba a ella, o se la hacía emocionar, eso me lo contaba la propia mamá, la hija, y un señor...” (fl. 21). Se comprueba entonces que pese a la menor edad de la ofendida tenía unos extraños conceptos y prácticas sexuales no propios de una persona de su desarrollo puberil, que de hecho son circunstancias que ha de tenerse en cuenta para

analizar la conducta del procesado, porque es evidente que tales conocimientos y prácticas de manera normal son predicables de individuos de una mayor edad que la que pericialmente se le señaló a la menor y que por tanto ha debido influir en el error en que ocurrió el procesado en cuanto a la verdadera edad de la menor.

Es evidente que el sentenciador omitió la consideración de variadas pruebas que existían en el proceso, válidamente practicadas y con las cuales se hubiese podido llegar a decisión diversa de la que ahora es motivo de impugnación, pues es la propia madre quien en la denuncia sostiene que su hija tiene quince años, afirmación que reitera días después al momento de la ratificación de la queja.

La menor en el momento de su declaración afirma “tengo 15 años de edad”

El sentenciador para rechazar las argumentaciones de la defensa dice que no es cierto que el procesado estuviera equivocado sobre la edad de la víctima porque considera que ello “no está demostrado y que contrariamente nunca ni sindicado ni víctima hablaron antes de sus escarceos sexuales de la edad de uno y de otro...” y la Sala ahora discrepa de la afirmación que hace el Tribunal de instancia, porque en ninguna parte del proceso, por ninguno de sus intervinientes se hace esa afirmación, es decir, que los protagonistas investigados nunca hablaron sobre la edad de la menor, y sí por el contrario existen medios probatorios que llevarían a conclusión contraria por simple y elemental inferencia lógica; y no podría llegarse a decisión diversa si resaltamos apartes del careo cuando la menor afirma: “...Y. quieres vivir conmigo, yo le dije todavía no, espera que yo tenga los 16 años...” y un poco más adelante: “...Yo le dije te esperaré también que tenga 17 ó 18 años” (a fl. 37 vto.); afirmaciones que necesariamente llevan al intérprete a concluir que el tema de la edad sí se tocó, puesto que al decirle que esperara determinado tiempo, era porque necesariamente le había manifestado la edad que tenía en ese momento; y esta conclusión se produce igualmente por afirmaciones del propio procesado cuando afirma: “Cómo le voy a hacer daño a una joven de quince (15) años habiendo tanto mujer en la calle” (fl. 21), porque si sabía cuál era la edad de la menor era porque ésta o su madre se lo había así manifestado.

Todos estos medios de convicción fueron omitidos en sus consideraciones por el sentenciador, de allí que con acierto, impugnante y Fiscal, sostengan la existencia de un error de hecho trascendente en la decisión que finalmente se tomó.

Pero hubo igualmente interpretación equivocada de otras pruebas; y a tal conclusión se debe arriba si se tiene en cuenta cómo el sentenciador de instancia maneja el testimonio de la madre, de manera absolutamente parcial, en cuanto ella insistía ante el procesado que su hija aún era una niña, que analizado de esta manera, sectorizadamente, se puede llegar a decisiones contrarias a las que se podría llegar si se hace un análisis total del testimonio al que se hace referencia en el fallo impugnado. En la parte pertinente de la sentencia se dice: “...precisamente cuando el encartado le hizo proposiciones amorosas a la ofendida o a su señora madre, ésta siempre le reclamó, que ella era una niña y que aún no estaba para eso “; pero olvida el Tribunal en su análisis destacar dentro de esa misma declaración la afirmación de la denunciante cuando sostiene que su hija tiene 15 años.

Es entendible que para una madre sus hijos, aún los de mayoría de edad, siempre tendrá la tendencia a seguir considerándolos como niños y ello es aún más explicable, si se trata de personas jóvenes, 15 años; pero lo lamentable de la decisión del Tribunal es que si bien es explicable que la menor esté de esa misma manera considerada por su madres, no estaba bien dejar de comentar la afirmación de que tal niña tenía 15 años porque bien se sabe que en el caso específico que se juzga tal edad tiene una profunda relevancia penal, tanta que de ella depende la existencia plena o no del delito por el cual se le formuló acusación al procesado.

Analizados los elementos probatorios consignados en precedencia, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales de subcultura en que vivían y en que actuaron los protagonistas de los sucesos investigados, y por los hechos y circunstancias que se han evidenciado con los medios probatorios analizados que el sentenciado incurrió en un error de tipo, en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que ésta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual. En las condiciones anteriores

se da la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 40 del Código Penal y se habrá de revocar la providencia condenatoria, para en su lugar dictar sentencia de absolución a favor del procesado José de Jesús Parra Santa, ordenándose como lógica consecuencia la revocación del auto de detención, la cancelación de las órdenes de captura y la devolución de la caución prestada para obtener la libertad que se le concedió durante la instrucción del proceso.

Debe destacarse finalmente que los medios probatorios antes analizados, no debían de tener como finalidad fundamental demostrar la edad que tenía la menor en el momento de los hechos, aunque también es un objeto de la prueba dentro este tipo de procesos, sino que básicamente era indispensable recaudar y analizar los medios probatorios allegados que demostrarán cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales motivo investigación, porque es perfectamente posible que por ejemplo con el dictamen médico-legal se haya probado la edad real y probable de la menor en el momento de los hechos investigados, pero con los otros medios probatorios omitidos en su análisis o sólo apreciados parcialmente se tenían los medios de convicción suficientes para llegar a tener el conocimiento sobre la edad que el procesado creía fundadamente que la menor tenía en el momento de las relaciones sexuales y estos eran evidentemente aspectos trascendentes y desde los cuales se han debido analizar por la instancia la totalidad de los medios probatorios allegados, porque de dicho análisis debía rechazar el error de tipo pretendido por no haberse incurrido en error en cuanto a la edad verdadera de la menor o aceptar la causal de inculpabilidad, precisamente, porque el procesado contó con los medios de conocimiento suficientes para creer que la edad de la menor era superior a la que realmente tenía y obviamente para rechazar la existencia del delito por ausencia de uno de los elementos: la culpabilidad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, veintiocho de febrero de mil novecientos noventa, Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.)

TEMA VII. ACCESO CARNAL

El legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diverso de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiese sido puesto en “incapacidad de

resistir”y, es de elemental comprensión para el intérprete de la ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones psicológicas o de situaciones meramente psicológicas pero siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar.

Pues bien; de cara al texto de la norma que tipifica y sanciona la conducta del sentenciado (artículo 300 del C.P.), debe decirse que la petición carece del fundamento indispensable que impela a la Corte a conceder el recurso con miras al desarrollo jurisprudencial sugerido.

El precepto deja ver con plena objetividad, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que el legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diverso de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiese sido expuesto en “incapacidad de resistir” y, es de elemental comprensión para el intérprete de la ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones psicológicas o de situaciones meramente psicológicas pero siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar.

El texto de la norma, reza:

“Artículo 300.- Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir, o en estado de inconciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual, incurrirá en prision...”

Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será...”, y no ofreciendo, como se ha dicho, dificultades interpretativas, la polémica que procura el actor se diluye por completo aún considerada la circunstancia invocada por él de hallarse la ofendida, por razón de inadvertida ingestión de la sustancia que revela el proceso, consciente del atropello de que era objeto, pues que dicha circunstancia lo único que hace es evidenciar la magnitud de la incapacidad de resistir a que fue sometida por el sentenciado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Penal, veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia)

TEMA VIII. INIMPUTABILIDAD. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Es evidente que artículo 358 del Código de Procedimiento Penal determina como un deber imperativo de los funcionarios jurisdiccionales, el adelantar la investigación integral, es no sólo los medios de convicción que pudieran llevar a la demostración del hecho ilícito y la responsabilidad del procesado, sino también aquellas que pudieran servir para probar la inexistencia de la infracción o la irresponsabilidad del procesado.

Pero este deber imperativo no hace relación a la obligación que pudiera tener el Juez de practicar todas las pruebas pedidas o insinuadas por las partes, o todas las que pudieran practicarse oficiosamente deducidas de los elementos probatorios existentes en el proceso. No, la obligación de la investigación integral alude a la necesidad de practicar aquellas pruebas conducentes, esto es, hábiles probatoriamente hablando, en relación con los hechos fundamentales que son motivo de investigación. La norma ha de entenderse así, porque si se aceptase un alcance diverso a la misma, se estaría haciendo al Juez esclavo de las peticiones caprichosas de las partes, o de otras, con finalidades eminentemente torcidas para demorar el proceso o para desviar el interés investigativo del funcionario de lo central o protagónico a lo accesorio e intrascendente.

La interpretación que con precedencia se da a la norma que se comenta es acorde igualmente con la realidad del proceso penal, en cuanto a que de la existencia del mismo surgen multitud de pruebas que se derivan de otras practicadas, pero que el Juez no tendría la obligación de practicar porque no tienen una mayor incidencia en lo que se investiga y porque igualmente no van a ser trascendentes en la decisión que finalmente se va a tomar. Lo contrario sería el llevar obligatoriamente al Juez a la práctica de pruebas que si bien surgen de otras existentes en el proceso, pero que por su poca o ninguna importancia en relación a los hechos investigados no deben ser practicadas, puesto que lo único que lograrían sería hacer perder más tiempo a la actividad

judicial, demorar el proceso y agigantarlo injustificadamente desde el punto de vista material.

Aclarado conceptualmente el alcance que debe darse al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal se deben analizar cuales fueron las pruebas solicitadas por la defensa y si su no ejecución afectó realmente el derecho de defensa del procesado.

La primera de las pruebas no practicadas fue la solicitud en el sentido de que se inquiriera a la Policía Judicial en relación a una publicación del periódico “El Caleño” según la cual se había designado a una patrulla especial de la Policía para capturar a un individuo que había violado a varias niñas. Esta publicación tuvo fecha del 19 de agosto de 1988. Afirma el casacionista que la petición probatoria fue reiterada en el período probatorio de la causa.

Considera la Sala que con la no práctica de la prueba que se comenta, no se violó el derecho de defensa, pues claramente se concluye de la noticia que fue allegada al proceso, que se trata de un “nuevo psicópata”, situación que no es de extrañar, sobre todo en una ciudad que se acerca a los dos millones de habitantes. No había entonces porqué pensar que se trataba del mismo que por este proceso se encontraba en la cárcel o de los varios más que estaban detenidos y procesados por delitos similares.

Si al hecho anterior se le agrega que la filiación del psicópata al que se alude la noticia hace referencia a una persona “medio amonada” es claro concluir que se trata de persona distinta. A la misma conclusión se llega, si se analiza la dinámica criminal con que actúa el de la noticia, que es bien diversa del que está siendo procesado, porque el de la noticia actúa con un afilado cuchillo; a este procesado no se le hace tal imputación. Se identifica como miembro del M-19 que busca una persona para enviar un boletín y pregunta por la virginidad de la presunta víctima y actuaba en zonas distintas de la ciudad. Como se puede observar a simple vista, se trata de una forma de accionar delictiva totalmente diferente al que desarrolla la persona que ha sido investigada por este proceso.

En las condiciones anteriores es evidente concluir que la prueba no practicada no tuvo incidencia en el fallo final que es objeto de

impugnación y que por tanto no puede pensarse en la existencia de la nulidad predicada por la defensa.

Demanda igualmente el impugnante que no se hubiera tenido en cuenta el dictamen psiquiátrico, que lo señala como una persona normal desde el punto de vista mental; pero el casacionista parte presupuestos falsos, esto es que establecida la normalidad psíquica dictaminada psiquiátricamente ha debido llevar al juzgador a descartarlo como posible sujeto activo de los delitos sexuales investigados y es un presupuesto falso, porque no necesariamente este tipo de delincuentes debe ser anormales y prueba de la afirmación que hace la Sala es corroborada con las citas que en tal sentido hace el recurrente, puesto que el citado Di Tullio afirma: “Una vez más larga y vasta experiencia señala, en efecto que en los criminales sexuales se encuentran frecuentemente disfunciones hormonales y neropsíquicas...”; y más adelante en citas posteriores: “Resultó, en efecto, de dicho estudio, que en la anamnesis de los criminales sexuales se encuentra casi siempre una infancia irregular y en su personalidad existen, con grandísima frecuencia, fenómenos de inmadurez y de hipoevolución, lo mismo emotiva que sexual, a los cuales, frecuentemente acompañan perturbaciones psíquicas... los que cometen delitos sexuales, en la gran mayoría de los casos, presentan no sólo anomalías de la vida sexual sino también otras anomalías...”.

El autor citado es quien nos lleva precisamente a conclusiones contrarias a las que pretende el impugnante, puesto que establece claramente que si bien son frecuentes este tipo de anomalías en los delincuentes sexuales, pueden darse manifestaciones de esta delincuencia en personas que carecen de las mismas. Y si esa es la conclusión, evidentemente que el juzgador de instancia no incurrió en irregularidad constitutiva de nulidad como lo pretende el casacionista.

Debe destacar la Sala cómo en la demanda se habla de existencia de una nulidad por no haberse practicada oportunamente pruebas solicitadas, pero en el capítulo destinado a la “incidencia de la prueba omitida en la situación del imputado” la dedica a analizar los dictámenes psiquiátricos sobre la normalidad del procesado que habiendo sido pruebas legalmente practicadas, no caben dentro de la fundamentación de la nulidad alegada, porque si con ello lo que pretende demostrar es que la prueba no fue tomada en cuenta o fue

tergiversada por el juzgador, es evidente que el ataque lo ha debido dirigir al amparo de otra causal y no de la nulidad, puesto que estaríamos ante un vicio in iudicando y no de uno in procedendo.

Igualmente en el mismo capítulo critica la forma de practicar los reconocimientos en los que fuera identificado el procesado, pero igualmente conviene destacar por la Sala que si lo que el impugnante trata de demostrar es la existencia de un error en la práctica de algunas pruebas, no era la causal de la nulidad por donde debía enfocarse el ataque, sino que ha debido ubicarlo dentro de la causal primera de casación.

El debido proceso como garantía de todas las partes y de los intereses públicos que en él se debaten, exige la de unos términos y períodos probatorios o de impugnación que deben ser respetados por todas las partes y si bien es cierto que el juzgador de instancia no ordenó la práctica de una prueba solicitada por el propio procesado, debe destacarse que por auto de nueve de septiembre se había señalado fecha para la realización de la diligencia de audiencia pública para el veintiséis del mismo mes y en ella, la práctica de algunas pruebas solicitadas por el defensor del procesado. Si se tiene en cuenta que el memorial en que se solicita la prueba negada, llega el veintiuno de septiembre se ha de reconocer que era extemporánea y que por tanto la prueba desde el punto de vista lega estuvo bien denegada por el juzgador de instancia por lo cual tampoco aquí habría causal de nulidad y entonces deberán ser denegadas las pretensiones de la demanda.

Al amparo de la causal primera de casación, el impugnante formula tres cargos que serán analizados de manera separada. El primer cargo lo hace consistir en haberse incurrido por el sentenciador en un falso juicio de identidad, porque a la prueba de los reconocimientos efectuados por las menores se les dio un alcance objetivo que no tiene o se le otorga por exceso un sentido que no tiene.

Para la demostración del citado cargo, hace una personal crítica del testimonio de las menores y mediante la cita de un tratadista de pruebas, pretende demostrar que las emociones intensas, entre ellas el miedo, afectan la capacidad de percepción; pero más adelante, dentro de la demostración del mismo cargo, sostiene que los reconocimientos

fueron ilegalmente practicados y que por tanto no pueden ser tenidos en cuenta. Claramente se observan aquí los errores de técnica en que incurre el impugnante, porque sobre una misma prueba está alegando al mismo tiempo la existencia de un error de hecho, por tergiversación de su alcance o expresión fáctica; y la existencia de un error de derecho por haberse apreciado una prueba

que viola sus propios ritos de formación. La ausencia de técnica es igualmente destacada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando afirma: “Mezcla el falso juicio de legalidad del error de derecho con los de existencia y de identidad que son propios del error esencial de hecho, al punto de alegar los dos errores sobre una misma prueba, cuando, como lo enseña la filosofía, los predicados de existencia y no existencia sobre un mismo objeto son excluyentes”.

El segundo cargo lo hace consistir en una violación indirecta de la ley por error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad, porque al hecho que recoge la prueba se le da un alcance objetivo que no tiene o no se le otorga por exceso un sentido que no corresponde a su contenido fáctico.

Nuevamente critica aquí los reconocimientos realizados por las dos menores O.L. Y C.R., porque considera que no está demostrado que la persona que ellas vieron inicialmente y cuando fue imposible su captura hubiera sido la misma que posteriormente lo fue y que lleva al juzgador de instancia a afirmar que haberlo visto con anterioridad sirvió para que lo pudieran reconocer; pero a renglón seguido como lo hizo en el cargo anterior, entra a criticar la forma de realización del reconocimiento callejero a que fue sometido sin observarse los ritos señalados en la norma procesal. Es claro que incurre nuevamente en errores de técnica, como igualmente lo predica el Delegado, puesto que sobre la misma prueba afirma la existencia de un error de hecho y de derecho y que necesariamente habrán de llevar al rechazo de las pretensiones de la demanda.

El tercer cargo lo hace consistir en haber incurrido el sentenciador en un error esencial de hecho al no otorgarle contenido probatorio a varios elementos de convicción allegados al proceso, indicativos de la buena personalidad del procesado, de su ausencia de alteraciones psíquicas y de su ubicación en lugares distintos al de los hechos en las fechas en que se sucedieron.

Como se había analizado con anterioridad el hecho de que el dictamen psiquiátrico hubiese demostrado normalidad psíquica, no quiere decir ello, que necesariamente el juzgador por tal circunstancia tuviera que descartar como autor al actual procesado, porque la experiencia demuestra que también los normales pueden cometer delitos sexuales.

Predica la misma existencia de error de hecho al no haber tenido en cuenta el testimonio de varias menores a las que les enseña en sus casas y que hablan de su buen comportamiento; pero es evidente que es motivo de impugnación, porque es bien sabido que de manera regular la declaración de conducta es parcial y eminentemente negativa, es decir declara sobre lo que le consta, que no le ha visto actividades irregulares y es bien sabido que de manera general no se busca ni la luz del día, ni la presencia de testigos para realizar actividades delictivas. Y en este punto es importante destacar que el procesado escoge entre sus víctimas a niñas desconocidas que no lo puedan identificar y fuera de lo común sería la pretensión del impugnante al demandar que ese mismo comportamiento ilícito lo hubiera tenido en casa de sus alumnas, donde era plenamente conocido e identificado, puesto que había sido contratado para enseñar. Entonces se ha de concluir que las mencionadas pruebas no tienen la trascendentalidad que le asigna el impugnante.

Demanda igualmente el casacionista que no se hubieran tenido en cuenta las constancias de la universidad demostrativas de su asistencia el día de los hechos en que resultó afectada la menor O.P., al igual que varios testimonios de los profesores en relación con las menores C.R..

La situación probatoria que se pretende omitida fue debidamente analizada en la sentencia de primera instancia cuando se dijo: “El acusado W.A., ha negado de una u otra forma ser el autor de los hechos que se endilgan, y en este caso particular trató de demostrar que el día y hora de los hechos, se encontraba tomando clases en la universidad, y aunque si se logró establecer, que el acusado era estudiante de VI semestre de Biología en la universidad, en el período de marzo a julio de 1987, y que el 26 de marzo de ese mismo año, se dictaron en su curso clases de cinco y media a siete y media, no se confirmó su presencia por falta de control de asistencia en el lapso de tiempo que la ofendida se agotó el hecho”.

Análisis probatorio de rechazo se realizó sobre el mismo medio en la sentencia de segunda instancia cuando se dijo: “De otra parte lo pretendido por la defensa de haberse demostrado que el 26 de marzo de 1987 el procesado se encontraba asistiendo a clases en la Universidad, ello en principio puede ser cierto, pero lo que sostuvo la ofendida J.P. era que los hechos habían ocurrido el 26 de marzo de 1987 en adelante y en estas circunstancias el sindicato no ha podido desvirtuar el señalamiento que se le formula. El hecho, como lo puntualiza el señor Fiscal Segundo de la Corporación, de que sus compañeros puedan afirmar que nunca han sabido, de que el acusado haya faltado a clase, es una forma muy general y dilatada de probar una situación ante un señalamiento concreto, más cuando entre el sitio en que se sucedió el hecho y la Universidad, sólo dista unas pocas cuadras que factiblemente se pueden recorrer en unos minutos lo que tampoco hace imposible por este aspecto la responsabilidad del sindicato”.

En las anteriores circunstancias no puede aceptarse la afirmación de la demanda de que estas pruebas fueron omitidas en su consideración, porque está fehacientemente probado que sí fueron analizadas y no se les dio la credibilidad que el impugnante pretende, pero evidentemente en tales condiciones el ataque está indebidamente formulado desde el punto de vista técnico.

Sostiene la existencia de un error de hecho al no haberse apreciado los testimonios de I.C., y de E.L., ni un documento comercial aportado que demuestra que para el día 30 de agosto de 1987 estaba en un sitio diferente al de los hechos.

La afirmación que se hace en relación con el testimonio de E.L. no es cierta, porque dicho testimonio fue analizado y rechazado en la sentencia de primera instancia cuando se afirmó: “...como tampoco puede darle credibilidad al testimonio de E.L., en su testimonio que rindiera en una de las sesiones de la audiencia pública, porque claramente expuso que fue inducido por el procesado P.G. a recordar la fecha del presunto viaje que realizarán en conjunto al Lago Calima. No hay modo de creerle a este ‘testigos’ dados los enormes lazos de amistad que los unen, y por ello, fácilmente pudo ser inducido por el

primero para que creyese como verídica la fecha que aquél le suministraba, o para alterar la verdad en su favor”.

Lo anterior demuestra entonces que la prueba sí fue tenida en cuenta, pero no se le dio valor probatorio, por una serie de consideraciones, que es posible que no sean compartidas por el casacionista, pero que convierte en incorrecto su ataque porque se trata simplemente de una diversa forma de analizar y otorgar valor probatorio a un medio de convicción.

Afirma el recurrente que se desconoció el contenido del testimonio de I.C., y si bien es cierto que en las instancias no se hizo un análisis particularizado del mismo, ello no afecta lo finalmente decidido por los juzgadores, porque la declaración omitida es la de una compañera de estudio que relata su relación con ese amigo, especialmente su deseo de hacer un viaje conjunto al Lago Calima, pero sin poder precisar sobre las actividades que realizara el día de los hechos, porque cuando el investigador la concreta y la interroga para que diga qué hizo el procesado el 30 de agosto de 1987 contesta: “Pues en vista de que yo viajé el viernes por la noche y sólo regresé a los veinte días y ellos se iban el sábado por la mañana entonces yo no comenté con él qué hizo exactamente ese día, pero E. debe saber si ellos se fueron o no”.

Es decir que para efectos de demostrar que el procesado se encontraba en un sitio diferente al de los hechos, el testimonio omitido no es relevante, puesto que en este sentido la testigo no hace ninguna afirmación, sino que por el contrario confiesa desconocer qué ha podido hacer su amigo ese día.

Se afirma igualmente que se desconoció un documento comercial, que efectivamente fue anexado al expediente y que demuestra que en el Almacén Creacionesse hizo una compra el 27 de agosto de 1987 y si bien es cierto que en las instancia no se hizo ningún análisis en relación con este documento, también lo es, que tampoco es relevante, puesto que ni aunque la compra se hubiese hecho el mismo 30 estaría sirviendo como medio de demostración de que el procesado se encontraba en un sitio diferente del de la ocurrencia de los hechos.

De lo anterior se debe resaltar que el ataque o es equivocado, o lo dirige por vía diversa del que la técnica lo exige, porque como bien lo destaca

el Colaborador Fiscal en relación con este último cargo, el casacionista “se olvida del deber que impone la técnica de casación, consistente en la necesidad de concretar cuál era la importancia de las pruebas desconocidas, en qué medida variaban los hechos considerados, cuál su relación con las demás, y en especial, qué fuerza probatoria como para desvirtuar los medios que apoyaron y sustentaron el fallo”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dos de marzo de mil novecientos noventa, Magistrado Ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.)