



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO.

Magistrado Ponente

SP2544-2024

Radicación N. ª 58834

Acta No. 224

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor de **GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ** contra la sentencia proferida del 4 de junio de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual revocó la absolución emitida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado 27 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá y lo condenó como

autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años, agravados*.

II. HECHOS

GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ y *Jenny Patricia Vargas* vivían junto con su hija en común y la adolescente SBV, hijastra del acusado y de 13 años de edad para el tiempo de los hechos, en un apartamento ubicado en el Conjunto Residencial Senderos de Panema, ubicado en la carrera 93D n° 26-38 de Bogotá.

Para la noche del 18 de mayo de 2012 se encontraban las dos menores solas en el inmueble. Dormían en la cama de sus progenitores, mientras su mamá departía fuera de la casa con unos compañeros de trabajo y MARROQUÍN HERNÁNDEZ bebía licor en un establecimiento con su papá y otros amigos.

Alrededor de la medianoche, la joven SBV, quien se había quedado dormida con su ropa puesta, despertó al sentir que estaba siendo tocada en la vagina; fue entonces cuando se percató que su padrastro, GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ, la había desarropado, le quitó el pantalón y la ropa interior, y con el dedo estaba manipulando su área genital. La menor reaccionó empujándolo. Se desplazó corriendo hacia la portería del complejo residencial en busca de ayuda y refiriéndose a la escena de abuso sexual.

De inmediato, recibió apoyo de una vigilante del conjunto residencial, quien procedió a llamar a la tía de la víctima y a los agentes de policía del CAI de Patio Bonito.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 19 de marzo de 2014, ante el Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se formuló imputación a **GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ** como autor de *actos sexuales abusivos con menor de catorce años*, agravado¹. El imputado no aceptó los cargos endilgados. De otra parte, no se le impuso medida de aseguramiento.

2. El 21 de abril de 2014², la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de MARROQUÍN HERNÁNDEZ. La fase de juzgamiento correspondió por reparto al Juzgado 27 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá.

3. El 18 de junio de 2014³, se celebró la audiencia de formulación de acusación y el 4 de febrero de 2015⁴, se desarrolló la audiencia preparatoria.

4. El juicio oral se desarrolló en cinco sesiones: 30 de noviembre de 2015⁵, 4 de agosto de 2016, 29 de junio de 2018, 22 de enero y 3 de septiembre de 2019.

¹ Por la circunstancia prevista en el art. 211-5 del Código Penal.

² Folio 41 – 44 C.O

³ Folio 48 – 49 C.O

⁴ Folios 61-68 ibidem

⁵ Folios 111-112 ibídem

5. El 18 de septiembre de 2019, el Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, profirió sentencia absolutoria a favor de MARROQUÍN HERNÁNDEZ, al considerar que “*hay una insuficiencia probatoria en materia de dolo*”⁶ en las pruebas vertidas en el juicio oral.

6. Contra esa decisión, el representante del ente acusador, interpuso recurso de apelación, activando la competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

7. El 4 de junio de 2020, del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, profirió sentencia condenatoria en contra de GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años con circunstancia de agravación*. Le impuso las penas de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. No le concedió subrogado penal alguno.

El defensor, del procesado formuló el recurso de impugnación especial contra la primera condena emitida en segunda instancia.

⁶ Pág. 26 de Sentencia de 1° Instancia.

IV. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA

1. Sentencia de primera instancia

El 18 de septiembre de 2019, el Juzgado 27 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá absolvió a GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ, al considerar que no se cumplen las exigencias del artículo 381 del C.P.P., ya que, aunque no se discute el acontecer objetivo de la conducta constitutiva de la imputación fáctica, descarta la tipicidad subjetiva por ausencia de dolo, ya que, dijo, MARROQUÍN HERNÁNDEZ no tuvo la intención de atentar contra la libertad sexual de la menor, pues creyó que se trataba de su esposa.

Anunció que, atendiendo el mandato contenido en el artículo 381 del C.P.P., sólo es viable la emisión de sentencia condenatoria cuando de las pruebas recaudadas en el juicio oral se llegue a un nivel de conocimiento que supere toda duda razonable acerca de la existencia material de la conducta punible y de la responsabilidad del encartado en su comisión.

Entonces, que en el evento de no encontrarse reunidos los requisitos, sería imperativo para el Juzgador la expedición de un fallo absolutorio, bien por la demostración que el procesado no ha cometido la conducta delictual o por la aplicabilidad del principio in dubio pro reo, consagrado en el artículo 7° inciso 2°, del Estatuto Penal.

Los fundamentos en que soportó su decisión son:

i) Reseñó⁷ que el relato de la menor en el juicio, fue claro, detallado en todo lo sucedido. En su intervención la menor mostró un comportamiento tranquilo, habló claro y vocalizó. Agregó que lo mencionado por la testigo – víctima⁸- no es merecedor de reproche orientado a la dubitación en su testimonio, pues hizo referencia importante a que conocía al procesado y narró claramente los hechos materia de investigación.

Claramente, la victima hizo una narración detallada de lo ocurrido, en cuanto a que su padrastro tocó sus partes íntimas en las circunstancias que se describieron como hechos jurídicamente relevantes. Calificó el testimonio como claro y circunscrito porque *«señaló cada detalle específico de lo sucedido»*.

ii) Señaló que de los testigos, Paola Vargas (tía de la menor), Policial Omar Barón Barragán, Jenny Patricia (madre de la menor), Héctor Cipriano Marroquín (padre del procesado), Mayerly Estrada Vásquez (Psicóloga), se percibe que los deponentes son creíbles y coherentes respecto de los hechos.

iii) De los hechos atribuidos al procesado no existe discusión entre las partes, dado que se entiende probado

⁷ Pág. 16 sentencia 1ª instancia.

⁸ Audiencia de Juicio Oral del 30 de noviembre del 2015

procesalmente, que la menor SBV en la fecha de los hechos, se encontraba con su hermana menor durmiendo en la alcoba de su madre y padrastro; cuando este último ingresó a la habitación y toco a la menor en sus partes íntimas, procediendo está a salir corriendo de la vivienda para llegar a la portería donde llamaron a Paola Vargas y la Policía, quienes al llegar al lugar, realizaron la captura. Dicho de otra manera «*si existieron los tocamientos en las partes íntimas de la menor de edad de iniciales S.B.V*»⁹».

iv) Sin embargo, descartó el juicio de adecuación típica por ausencia de dolo, con fundamento en que:

*De acuerdo con los testigos vertidos en juicio oral como lo son el de la misma menor S.B.V., de Paola Vargas Gil (tía de la menor y denunciante) de Omar Barón Barragán (policía captor), de Jenny Patricia Vargas Gil (madre de la menor), de Héctor Cipriano (padre del procesado), de Mayerly Estrada Vásquez (Psicóloga) y de las estipulaciones, es claro que existen circunstancias que permiten señalar que el señor GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ sabía que el comportamiento se encontraba prohibido, sin embargo no existió la intención de tocar a la menor, para predicar eso dolo, a fin cumplir con ese elemento de la tipicidad subjetiva*¹⁰.

Enseguida señaló que no hay prueba que acredite que el acusado sabía que en realidad estaba tocando a la menor SBV, por lo que no podría serle atribuido un comportamiento a título de dolo¹¹ «*ya que los tocamientos realizados por el encartado a la menor fueron en un estado de alicoramiento y*

⁹ Pág. 22 y 23 sentencia de 1ª instancia.

¹⁰ Pág. 24 y 25 sentencia de 1ª instancia.

¹¹ Pág. 25 de 1º instancia

pensando que era su esposa quien se encontraba en la cama (...).»

En virtud de ello, afirmó que la conducta *«ni desde la perspectiva objetiva, ni en su parte subjetiva, puede estimarse típica»*¹², particularmente, porque no existe prueba de la cual se pueda inferir razonadamente que MARROQUÍN HERNÁNDEZ conocía que estaba tocando a la menor de edad y que además quería obtener provecho.

2. Sentencia de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá determinó que GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ es responsable de los delitos de *actos sexuales con menor de 14 años en circunstancias de agravación*, a título de autor.

En criterio del fallador *«no existe duda alguna respecto a los hechos acaecidos en la madrugada del 19 de mayo de 2012, cuando la menor S.B.V. fue tocada en sus partes íntimas por su padrastro GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ.»*

Recordó que, el punto central de discusión radica en establecer si se desvirtúa la intención dolosa del acusado, porque ante las circunstancias concretas pudo hallarse en un error relevante e invencible, *«en el entendido de que la*

¹² Pág. 25 de 1º instancia

persona a quien tocaba era su esposa; ello, por el estado de beodez en que se encontraba.»

Sin embargo, expreso que el análisis ponderado de la prueba no permitía «reconocer dicha confusión¹³» porque la víctima, a quien con toda razón el juez brindó plena credibilidad y verosimilitud, despejó esa inquietud durante su testimonio en forma simple y categórica. Incluso, advirtió que:

... el a quo se ubicó en el fenómeno del error de tipo de que trata el numeral 10 del artículo 32 del estatuto penal, porque consideró que el sujeto sí quiso realizar la conducta, pero que ésta se dirigía hacia otra persona, de modo que habría errado en un elemento objetivo descriptivo de la conminación típica, por lo cual resultó palpando el área genital de su hijastra adolescente bajo la creencia de que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de conminación penal, porque no era ella la destinataria de la acción lúbrica.

Agrega que, la discusión dogmática, se haría necesaria si la decisión no fuera mucho más sencilla. Surge cuando el *a quo* se apoya en el error de tipo, concerniente al dolo, en un elemento propio del análisis de la culpabilidad, como es la posibilidad de una inimputabilidad transitoria sin secuelas, por ingesta etílica; mixtura más propia de un dolo valorado, entendido en el concepto propio de la escuela clásica, que lo tiene como forma de culpabilidad y examina en esta categoría todos los aspectos subjetivos de la acción.

¹³ Pág. 8 Sentencia 2ª instancia.

Pero reprocha que si el *a quo* «quería discutir era que el procesado carecía transitoriamente de capacidad de comprensión de sus actos», hubiera sido necesario rastrear aspectos procesales como la expresa enunciación del punto desde la acusación, además de valorar los elementos probatorios pertinentes.

Manifestó¹⁴ que, para soslayar ese debate y su mayor trascendencia, el *a quo*, «enfaticó el estado de embriaguez del sujeto, pero se acompañó de otros matices, como la costumbre del acusado de acercarse sexualmente a su mujer en tales condiciones, así como la ubicación de la niña en la cama matrimonial, para contextualizar el pregonado error.»

Empero, hizo notar que el propio juez descartó en su análisis un estado de embriaguez aguda en MARROQUÍN HERNÁNDEZ que lo llevara a incurrir en esa confusión, ya que los testigos, en lugar de apreciar en él fenómenos de somnolencia, disartria, amnesia lagunar, verborrea o incoordinación motriz, únicamente le notaron aliento alcohólico¹⁵.

Adujo que lo anterior, sería suficiente para preguntarse por la corrección de la conclusión judicial del *a quo* según la cual la beodez del procesado «concurrió a determinar una distracción tan grave y evidente, esto último, por la complejidad

¹⁴ Pág. 9 Sentencia 2ª instancia.

¹⁵ Pág. 9 Sentencia 2ª instancia. Récord: 00:27:13, Audiencia de Juicio Oral del 29 jun 2016 - PT Omar Barón Barragán: "Personalmente al tomarle los datos, al señor Germán Marroquín Hernández, al solicitarle su cédula de Identificación, se nota, se puede notar el aliento a alcohol".

de la niña quien vestía jean e interiores, de los cuales la despojo y que en esa ocasión debió ver su cuerpo y porque según el propio fallador, no es que estuviese demasiado ebrio.»

Pero dejó claro que el acusado sabía a quién estaba tocando indebidamente, y reconocía que no era su mujer, simple y llanamente porque tenía presente que ella no se encontraba en la casa en esos momentos, particularmente, a partir de lo narrado por la víctima, a cuyo testimonio se le brindó plena credibilidad. Por tanto, dijo, no existe razón para desaprobala. Incluso, destacó que el testimonio fue escuchado por el *a quo*, al punto que lo reseñó en su sentencia, pero no le otorgó ninguna importancia en el análisis.

Por ende, concluyó, *«que a pesar de hallarse alicorado, MARROQUÍN HERNÁNDEZ tenía conciencia de sí y de sus actos, por lo que, al acercarse a la cama, desarropar y desvestir a la niña, ubicar su área genital y manipularla, necesariamente la vio y pudo percatarse de quién era.»* Pero, además, *«ante la sorpresa por la agresión ésta preguntó inmediatamente por su mamá, y el procesado respondió lo que en ese momento sabía y de lo cual era consciente: ella no estaba en la casa».*

Por ello verificó satisfecha la tipicidad de la conducta en sus facetas objetivas y subjetivas, reconoció además que el acusado vulneró sin justa causa el bien jurídicamente tutelado; tenía conciencia de la antijuridicidad de su acción y le era exigible un comportamiento ajustado a derecho, por

lo que lo declaró responsable penalmente por el delito de *actos sexuales abusivo con menor de 14 años agravado*.

V. LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL

La defensa técnica de GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ manifestó que el fallo atacado no alcanza la certeza racional exigida con respecto a los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento. Reprochó que la decisión se fundó única y exclusivamente en el testimonio de la menor.

Reconoció que no es objeto de controversia que la menor víctima fue tocada en sus partes íntimas por su padrastro MARROQUÍN HERNÁNDEZ, pero lo que surge es la «*existencia de un error esencial en el agente sobre un elemento objetivo del tipo penal que desnaturaliza el dolo de la conducta*».

Manifiesta que, lo considerado por el Tribunal respecto a que efectivamente no se desvirtúa la intención dolosa del procesado no es de recibo, como tampoco lo es que no cabe reconocer la confusión de la víctima, a quien le dio plena credibilidad y verosimilitud. En verdad, a juicio del recurrente, no es cierto que el *a quo* le haya dado plena credibilidad a la testigo, para lo cual cita un fragmento de la decisión de primera instancia.

Incluso, cuestiona si se demostró que (i) la víctima estaba despierta o dormida; (ii) si estaba acostada en la cama

debajo de las cobijas, y (iii) si sólo estaba prendida la luz del televisor, siendo ese el escenario donde se presenta la agresión, su defendido no tenía por qué saber que era su hijastra quien se acomodó en la cama de su compañera sentimental.

Es más, según la declaración de la madre de la menor, era costumbre que éste, cuando consumía licor, llegara a buscarla con ánimo libidinoso.

Del mismo modo, el testimonio del primer respondiente da cuenta de la evidente ingesta de alcohol del procesado, quien, recuerda, le sintió aliento a alcohol. Crítica, que el policial no le hubiera tomado prueba de alcoholemia a MARROQUÍN HERNÁNDEZ, porque por esa vía es imposible determinar su grado de intoxicación, de ahí que deba tomar fuerza probatoria lo dicho por la víctima en punto de que lo empujó, lo mando al suelo y él se quedó ahí.

Añade que, tampoco es de recibo lo enunciado por el Tribunal cuando trae a colación la complexión de la niña *«porque ella vestía Jean e interiores, de los cuales la despojo, y en esa ocasión debió ver su cuerpo»*. Ese, dice, es un hecho cuestionable y no es válido el raciocinio del tribunal sobre ese punto, cuando advirtió, del relato de la víctima, que MARROQUÍN HERNÁNDEZ *«tenía presente que ella no se encontraba en la casa en esos momentos»* porque lo que debió verificarse fue la enemistad entre la víctima y GERMAN ARTURO MARROQUIN HERNANDEZ, para acreditar, por esa vía, un error esencial sobre el elemento de tipo penal, esto es,

la confusión que se dio para el día de los hechos entre la esposa y su hijastra.

Solicita por esas razones que se absuelva a su defendido en tanto no se rebatió la presunción de inocencia que lo cobija.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Según lo dispuesto en el artículo 235-2 de la Constitución (modificado por el A.L. 01/2018) y el contenido de la decisión CSJ AP1263-2019 del 3 de abril de 2019, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver las impugnaciones de las primeras sentencias condenatorias proferidas, entre otros, por los Tribunales Superiores, como fue la emitida en este caso por el del Distrito Judicial de Bogotá.

En estricta sujeción del principio de limitación que está atado a la impugnación especial, dada su naturaleza, la Sala se centrará en analizar los aspectos sobre los cuales se fundan los reparos del recurrente.

Además, de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura y a aquellos en los que, de manera oficiosa, le resulte necesario intervenir.

Del asunto en concreto

De entrada, es del caso indicar que como lo señalaron las instancias y el recurrente, no se discute el acaecimiento de los hechos ocurridos en la madrugada del 19 de mayo del 2012, esto es, que GERMAN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ tocó a la menor víctima en su zona íntima.

Ahora bien, lo que reprocha el impugnante de la sentencia del Tribunal, es que desconoció la “*confusión*” que proyectó el acusado al efectuar los tocamientos sexuales a la menor SBV, creyendo en medio de su supuesto estado de alicoramamiento, que en verdad era su esposa a quien tocaba de manera lasciva. Eso, a juicio del impugnante, acarreó un error esencial en el tipo penal como mecanismo exculpatorio, tal y como lo entendió la primera instancia.

También critica que se calificó como creíble el testimonio de la menor, pero ella, según el recurrente, tenía un ánimo inculpativo con intenciones de dañar la relación sentimental de su madre con el acusado.

Corresponde entonces a la Sala determinar si en este asunto, el supuesto estado de alicoramamiento es invencible para predicar de él la aplicación del error del tipo por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (*descriptiva o normativa*), y si el testimonio de la menor y la supuesta falta de credibilidad que pregona el impugnante, es suficiente para derribar la decisión de condena adoptada en la segunda instancia.

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala abordará: (i) la estructura típica del tipo penal de actos sexuales abusivos con menor de 14 años; (ii) el error de tipo; (iii) la solución del caso concreto.

i) La estructura típica del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años.

Ese delito, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, modificado por la ley 1236 de 2008, se describe así: *«El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años».*

La conducta anterior resulta agravada de una tercera parte a la mitad de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 211 de la misma codificación modificado por la Ley 1257 de 2008, que señala:

La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o unión libre.

La jurisprudencia ha referido, de manera pacífica, que el supuesto del hecho allí descrito se puede materializar a través de tres conductas alternativas a saber (i) realizar con

un menor de 14 años actos sexuales diversos del acceso carnal; (ii) ejecutarlos en su presencia, o; *iii*) inducirle a prácticas sexuales (CSJ SP1867-2021, reiterada en CSJ SP2920-2021).

De ahí, esta corporación ha expresado sobre el acto sexual como toda conducta que se dirige:

«(...) a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles (...), y se consuman mediante la relación corporal (...). (CSJ AP de julio 27 de 2009, rad. 31715, reiterado en la SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640 y AP250-2024 14 feb, rad. 63613).

En lo referente a la concreción de cada una de esas conductas alternativas, la doctrina de esta Corporación ha explicado:

«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 sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.» (CSJ SP1867-2021, reiterada en CSJ SP2920-2021)

ii) Error de tipo.

En el error de tipo, el autor desconoce el alcance de sus actos en la medida en que, supone erróneamente la ausencia de circunstancias constitutivas del tipo penal, que si están

presentes en la realidad objetiva donde se desarrolló su acción. Por consiguiente, tal error se configura cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un tipo y por lo mismo, excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad.¹⁶

Tal instituto se regula en el numeral 10° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000 que señala:

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad.

Si el error fuere vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

La Sala de Casación Penal ha indicado¹⁷ que esta categoría jurídica hace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal con independencia de que estas tengan carácter factico de naturaleza descriptiva (*cosa, cuerpo, causalidad*), o normativa, de esencia comprensiva (*ajenidad, documento, funcionario*).

¹⁶ CSJ SP 30 de jun 2021 Rad.49686

¹⁷ CSJ SP, 10 abr.2013, Rad.40116 reiterado SP 106-2023, 22 mar. Rad. 59403

Asimismo, la jurisprudencia sobre el **error de tipo**, ha dicho que excluye el dolo merced a la falta de conocimientos sobre alguno o algunos de los elementos del tipo penal, deviniendo un comportamiento atípico, lo cual se resume en estas líneas:

“se configura cuando el agente de manera equivocada se representa la realidad, desconoce alguno o todos los elementos del tipo, y como ese falso conocimiento o falta del mismo conduce a excluir el dolo, por consiguiente, se debe tener el comportamiento como atípico, a menos que esté legalmente prevista la forma conductual culposa”. (CSJ de 14 de diciembre de 2020, rad. 33492)

En el mismo sentido, ha señalado la Corte:

El error de tipo se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado ‘error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación’. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. De ello se desprende que el error invencible, entendido como la errada interpretación que no es posible superar, ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar¹⁸. (CSJ 25 de enero de 2012, rad. 36294). (Destaca la Sala)

iii) Solución del Caso

La impugnación sostiene que el “agudo grado” de alicoramiento generó en el procesado un error esencial, pues

¹⁸ Sentencia del 11 de marzo de 2009, radicación No 25.355, entre otros.

llevó a cabo los tocamientos sexuales a la manera de la práctica habitual que tenía con su esposa luego de haber ingerido licor. De ahí que pensara el acusado que los realizaba en la humanidad de su esposa y no en el de su hijastra.

Convendría entonces entrar a determinar, frente al acervo probatorio, el grado de embriaguez que reportaba el acusado para el 19 de mayo de 2012, cuando ocurrieron los actos de naturaleza sexual contra la menor víctima.

Para empezar, se destaca que, al procesado, en la noche de los sucesos, no se le practicó prueba de alcoholemia, por lo cual no se determinó dentro del proceso, de manera técnica¹⁹ su grado de embriaguez.

No obstante, desde la primera instancia se descartó un elevado estado de alicoramiento para el día de los sucesos, particularmente, porque no presentaba descoordinación motora severa, sueño incontrolable (somnialecia), dificultad para hablar (disartria), recuerdos intermitentes (amnesia lagunar), e incoherencias en la expresión del pensamiento y/o verborrea. Así se pudo establecer a partir del relato ofrecido por los testigos de cargo, en cuanto coincidieron en que MARROQUÍN HERNÁNDEZ contaba sólo con aliento a alcohol.

¹⁹ Resolución No. 001183 del 14 de dic. 2005, Reglamento Técnico Forense para la Determinación Clínica del Estado de Embriaguez Aguda del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Versión 02, dic. 2015.

De igual manera, la testigo de descargo Mayerly Estrada Vásquez, psicóloga forense, testificó que la intoxicación aguda (embriaguez) presenta una serie de síntomas de como el pensamiento de una persona que consume alcohol se hace más lento, evidencia euforia, descoordinación en sus movimientos, deterioro en la memoria reciente, inestabilidad emocional, irritabilidad, verborrea, disminución de la consciencia, temblor, vomito entre otras.

Aunque la perito aseveró como probabilidad que MARROQUÍN HERNÁNDEZ pudo haberse confundido por su estado al pensar que quien se encontraba en su cama era su esposa y no su hijastra, en el contrainterrogatorio formulado por la delegada fiscal afirmó²⁰ que «no se puede determinar el grado de alcoholemia».

De igual manera, ninguno de los testigos de cargo percibió que MARROQUÍN HERNÁNDEZ revelara alguna sintomatología como la descrita. Las versiones ofrecidas por aquellos que tuvieron interacción con el procesado se refirieron, únicamente, a signos de aliento alcohólico.

En efecto, el policía que fungió como primer respondiente, Omar Barón Barragán²¹, indicó que cerca de las 12:45 de la madrugada – instantes después que el acusado ingresara al apartamento y tocara a su hijastra en su zona íntima – atendió el llamado de auxilio y advirtió, al entablar conversación con el acusado, que éste presentaba

²⁰ Récord 01:37:29 Audiencia de juicio oral del 29 de junio de 2018

²¹ Récord 00:15:51 Audiencia de juicio oral del 29 de junio de 2018.

aliento alcohólico sin alguna otra circunstancia especial, precisó que el procesado se identificó, exhibió su cédula y datos ante el requerimiento policial²² pero no aludió a comportamientos incoherentes, erráticos o de exaltación que dieran cuenta de un estado de alicoramiento de tal magnitud que le impidieran a MARROQUÍN HERNÁNDEZ comprender su realidad circundante.

A su vez, Paola Vargas²³, tía de la menor víctima, dijo que al momento de atender la emergencia por el llamado de auxilio de la menor ofendida, que el acusado tenía aliento alcohólico. Tampoco se refirió a situaciones particulares que denotaran una alteración momentánea en los sentidos del acusado, como producto de la ingesta etílica.

Del mismo modo, indicó que, al momento de encontrarse con la menor en la portería del conjunto residencial, esta se encontraba con la vigilante y que la víctima le había manifestado que²⁴:

*... él había llegado tomado, ella estaba acostada en la cama de la mamá con la hermanita, y que el señor Germán había ingresado tomado, se acostó en la cama, cuando ella se despertó, **él le estaba tocando las partes íntimas y que le manifestó, que si quería tener algo con él.** La niña inmediatamente se levantó salió corriendo, le conto al papá del señor Germán, quien se estaba quedando en el apartamento y también estaba tomado y no le creyó, por lo tanto, la niña salió corriendo del apartamento a buscar ayuda a la vigilante del conjunto. (Destaca la Sala)*

²² Récord 00:27:12 Audiencia de juicio oral del 29 de jun de 2018.

²³ Récord 00:07:00 Audiencia de juicio oral del 30 de nov de 2015.

²⁴ Récord 00:07:59 Audiencia de juicio oral del 30 de nov de 2015 - Pág. 17 de sentencia 1ª instancia.

Lo anterior, se corrobora también con el relato de Héctor Cipriano Marroquín Saavedra, padre de MARROQUÍN HERNÁNDEZ, pues de su narración se puede deducir que el acusado no se encontraba en un estado de alicoramiento severo que no le permitiera autodeterminarse, pues no aludió a un comportamiento del acusado producto de intoxicación aguda de licor, al punto que relató que luego de estar bebiendo cerveza y aguardiente en el centro con su hijo, a eso de las 12:00 o 1:00 de la mañana, llegaron al apartamento y subieron las escaleras caminando, el procesado abrió la puerta del apartamento e ingresaron sin contratiempo alguno que haya sido generado por el estado de embriaguez.

En consecuencia, la libre apreciación de las pruebas recaudadas dentro del trámite permite entender que el acusado no se encontraba en un grado de embriaguez de tal magnitud que le confundiera a tal modo de no advertir que quienes se hallaban en la cama matrimonial eran su hija e hijastra y no su esposa.

Es más, cabe decir que la habitación no se encontraba en oscuridad total. La menor víctima fue consistente al referir que el televisor estaba encendido y por esa vía, si el acusado no estaba alicorado a tal punto de perder la consciencia, fácil se muestra que pudo verificar quiénes eran las personas que verdaderamente descansaban en el lecho, máxime si se aproximó a tener contacto con una de ellas.

En adición, la dinámica del hecho supone un contacto ciertamente íntimo con el sujeto pasivo de la acción lasciva que le permitía percibir que se trataba de una persona distinta a su compañera. Su acción supuso la ejecución de varias actividades, como la de introducirse entre las cobijas de la cama, efectuar un acercamiento, palpar el cuerpo de la menor, su ropa de vestir y la ropa íntima, y realizar maniobras para desabrochar el jean y bajar el mismo y la ropa interior.

En línea con lo anterior, ha de considerarse la activa agresión, pues, esta implicó desabrochar el jean de la menor, ejecutar la maniobra de bajar esa prenda hasta las rodillas, quitarle la ropa íntima a la menor y manipular su zona genital, evolución que en el estado de conciencia en que se encontraba MARROQUÍN HERNÁNDEZ, le permitía conocer contra quién estaba ejecutando estos actos.

Ahora bien, el testimonio de la víctima desvirtúa aún más la hipótesis de un estado de alicoramiento a tal grado que nublara la consciencia del acusado. La menor relató de manera clara, coherente y precisa lo sucedido así:

*... cuando me desperté vi al señor German Marroquín estaba a mi lado, tenía camiseta rosada pero no pantalones al lado estaba mi hermanita y **el me estaba tocando las partes de la vagina con la mano, entonces yo le pregunté donde estaba mi mama y el me dijo que aún no había llegado, el me preguntó que si quería y yo le dije que no, que que le pasaba y lo empujé.** (Destaca la Sala)*

La defensa critica el testimonio de la menor SBV, particularmente al advertir que no es creíble que se hallara en un sueño profundo, particularmente porque la menor escuchó la puerta cuando alguien ingresó al apartamento y posteriormente se despertó sobresaltada cuando tenía los pantalones abajo y la ropa interior, en medio de los tocamientos lascivos.

Por esa vía, pregona el impugnante como mendaz que la menor haya preguntado al acusado por su progenitora y que éste le haya dicho que no había llegado aún, circunstancia de la cual pretende demostrar que MARROQUÍN HERNÁNDEZ no sabía que su esposa no se encontraba en la casa.

Sin embargo, resulta reprochable la crítica que formula la defensa. No solo propone, sin fundamento, que el relato de la menor es mendaz, sino que, además, parece sugerir la existencia de *consentimiento* de la menor víctima en el tocamiento, postura que de suyo carece de respaldo probatorio alguno y que, incluso, pretende revictimizar a la víctima del delito.

También es desatinada la proposición de la defensa en punto de una supuesta coincidencia entre la complexión física de madre e hija que llevara al acusado a confundirse como lo hizo. No solo por la diferencia de edad entre una y otra sino porque, además, ningún medio de convicción se incorporó al debate que permitiera dilucidar ese aspecto.

En el mismo sentido, habrá de tenerse en cuenta que para la data de los hechos – 19 de mayo de 2012 - la menor tenía una edad de 13 años, y que el momento en que rindió su declaración tenía 16 años – 30 de noviembre de 2015 - por lo que ya habían transcurrido más de 3 años, de lo que se puede predicar que por el paso del tiempo la menor había sufrido un proceso de crecimiento y maduración en su cuerpo, personalidad y fisionomía femenina, descartando la posibilidad de hacer esa comparación a través de un mero ejercicio de observación en cabeza del juzgador.

En cuanto a esta valoración, habrá que precisarse que el *a quo* no tuvo en cuenta la edad de la menor, el contexto en que fue cometida la agresión sexual, la irrupción del adulto en su sueño con una manipulación libidínosa en su zona genital, desconociendo la obligación de efectuar una ponderación diferenciada del testimonio de las menores víctimas de delitos sexuales, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia nacional.

En ese sentido, la Corte ha establecido²⁵ una línea respecto de la cual las contradicciones de los testimonios de las menores víctimas de abusos sexuales no menoscaban *per se* su credibilidad. Lo principal es que exista congruencia sobre aspectos esenciales del testimonio, tales como los actos sexuales a que fue sometido, el lugar donde ocurrieron los hechos y la entidad del autor del injusto, materialidad que en el presente asunto no tiene discusión alguna.

²⁵ CSJ SP de 26 de ene 2006, rad. 23706, y SP de 5 nov de 2008, rad. entre otras.

Adicionalmente, el testimonio de la víctima es suficiente por sí mismo una vez depurado en su credibilidad, intrínseca y extrínseca, sin necesidad de pruebas periciales adicionales²⁶.

En estas condiciones, la Corte observa que lo vertido en juicio por la menor se ofrece creíble, en tanto, narró de manera clara, espontánea y sincera las circunstancias en las cuales operó el vejamen realizado por MARROQUÍN HERNÁNDEZ, que detalló en sus características destacadas, sin que en desarrollo del relato se aprecie ánimo protervo o pretensión alguna de causar daño injustificado al procesado.

En orden de lo anterior, quedan sin sustento los motivos que fundamentan la impugnación especial en punto de la falta de credibilidad de la testigo. Se busca desacreditar su dicho por circunstancias milimétricas en la exposición de la menor, soslayando el criterio diferencial que debe imponerse en la valoración del testimonio de los menores, pues no puede apreciarse a través del mismo lente en que se valora el testimonio de los adultos. De otro lado, la supuesta contradicción, además de no existir, no socava la tesis inculpatoria de la Fiscalía.

No se olvide que la acción se desarrolla a la media noche, en medio de un sueño al lado de su hermana menor, con la luz del televisor sobre ellas, luego que la menor

²⁶ CSJ SP rad.35080 de 11 mayo de 2011.

atendiera la jornada académica de su colegio y que tuvo a cargo el cuidado de su hermana, le preparó de comer, en atención a que su mamá no se encontraba.

Para todos los efectos, el hecho de que la menor SBV. dormía profundamente o no es una circunstancia accesoria que no rompe con la credibilidad sustancial de su relato, pues lo fundamental es que, a la media noche, la menor reposaba en el calor del lecho materno junto con su hermanita, con apenas la luz del televisor, cuando ingresó su padrastro y, consciente de su proceder, se deslizó entre las cobijas, sorteando los obstáculos de la vestimenta de la menor para tocar lascivamente su zona íntima, aprovechando la ausencia de la madre.

Es que, las instancias son coincidentes en dar crédito al hecho de que la madre no se encontraba en el domicilio familiar, por eso no sorprende que la menor, al despertar durante los tocamientos efectuados por el acusado – de los que no hay duda ninguna pues estos son aceptados por la defensa – pregunta por su mamá y éste le responde que no había llegado²⁷ lo que, destaca ahora la Sala, implica un nivel de consciencia suficiente para entender, no solo la realidad que rodeaba a MARROQUÍN HERNÁNDEZ sino, además, la acción contraria a derecho que estaba ejecutando en contra de su hijastra y descarta, así mismo, la materialización del error de tipo alegado en la estrategia defensiva.

27 Folio 15 de la sentencia de primera instancia.

Por esa vía, es dable pensar que el hecho de que la víctima indagara por su madre sea una reacción natural, pues, se recuerda, se durmió esperando que arribara al hogar y pensó que se trataba de ella cuando escuchó la puerta del inmueble. No obstante, se incorporó en medio de una escena de agresión sexual. Ese hecho muestra razonable entender que buscara el respaldo de su progenitora, con mayor razón si el abusador era su padrastro, con quien tenía relación distante en atención a que éste, como dijo la menor, agredía físicamente a su progenitora.

Ahora bien, el señalamiento sobre que la menor busca trastocar la relación de su madre con el acá procesado no tiene influencia en demeritar su credibilidad, si se considera que incluso la defensa ha aceptado la existencia de los tocamientos, y que después del suceso la madre de la menor haya decidido continuar su relación no menoscaba su relato, pues esta situación fue posterior a los hechos objeto de debate.

En todo caso, la cuestión sobre la respuesta del padrastro sobre que la madre no se encontraba en la casa al momento de despertarse la menor, tampoco reviste ninguna trascendencia exculpatoria, por cuanto el grado de embriaguez que tenía MARROQUÍN HERNÁNDEZ le permitió advertir que quien descansaba en la cama era su hijastra, no su esposa, por lo que el aspecto subjetivo del tipo se encuentra acreditado.

Dicho esto, la imputación al tipo subjetivo, presupone la concurrencia de los requisitos del tipo objetivo, asunto que en el caso no se discute, de la misma manera a partir de los medios de prueba practicados en juicio es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo *de las concretas circunstancias que hayan rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado.*²⁸

En síntesis, tras ser examinado el acervo probatorio de la sentencia impugnada, se advierte que el testimonio rendido en juicio por la menor SBV, en conjunto con las demás pruebas allegadas al proceso, muestra satisfecho el estándar previsto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para que, por esa vía, se ratifique la responsabilidad penal declarada por primera vez en segunda instancia frente a MARROQUÍN HERNÁNDEZ, razón suficiente para confirmar la condena.

En consecuencia, la decisión que se impone es confirmar la sentencia impugnada.

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

VII. RESUELVE

²⁸ CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 32872 reiterada CSJ AP4292-2014, rad. 38668 de 30 de julio 2014.

CONFIRMAR en garantía de la doble conformidad judicial de la primera condena emitida en segunda instancia, el fallo condenatorio proferido el 4 de junio de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá contra **GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ** por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala

024

52



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



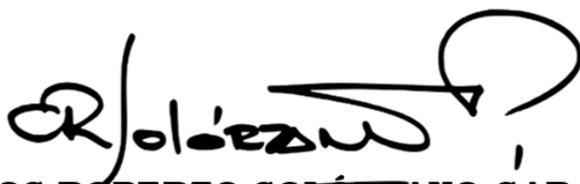
GERSON CHAVERRA CASTRO



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Sala Casación @ 2024

CUI: 11001600001920120600601
Radicado n°. 58834
Impugnación especial - Ley 906 de 2004
GERMÁN ARTURO MARROQUÍN HERNÁNDEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: A48C72E282C40302316BE66EEB39632542016C18B01065D7552B072FB4E3292D

Documento generado en 2024-09-23

Sala Casación Penal@ 2024