LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

SP15513-2014
Radicación n° 34049
(Aprobado Acta No. 385)

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de VRR, contra el fallo del 24 de noviembre de 2009 proferido por el Tribunal Superior de (…), mediante el cual confirmó el emitido el 19 de diciembre de 2008 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad,

que lo condenó a doce (12) años y seis (6) meses de prisión, como autor responsable del delito de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo de hechos punibles.

HECHOS

Antes del 3 de junio de 2004, en la finca (…)l del municipio de (…),VRR junto con su nieta Y.V.R.M. de diez (10) años, fueron enviados por su esposa y abuela LRM a traer yuca. En el camino, su abuelo aprovechó el anochecer para tumbarla en un barranco, amarrarla con una soga, bajarle sus pantalones y enseguida *"él me metió el pene en la vagina"*. Después de este hecho, cuando visitaba la casa de sus abuelos, la menor era sometida al mismo trato sexual por el implicado.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 14 de octubre de 2004, la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito dispuso la apertura de la instrucción y la vinculación mediante indagatoria de VRR.

El 25 de octubre del año siguiente, el procesado es oído en indagatoria y la Fiscalía profirió medida de aseguramiento por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años, revocada luego por aplicación favorable del artículo 15 de la ley 906 de 2004.

El 12 de marzo de 2007, la Fiscalía Dieciséis Seccional de (…), emitió resolución de acusación en contra de VRR por el delito de acceso carnal violento, en concurso homogéneo y sucesivo de hechos punibles; al mismo tiempo decretó su detención preventiva.

El juicio correspondió adelantarlo al Juez Primero Penal del Circuito de (…). Finalizada la audiencia pública declaró responsable penalmente a VRR del concurso de hechos punibles imputados en la acusación, sentencia que impugnada por su defensor fue confirmada por el Tribunal Superior de esa ciudad, siendo recurrida en casación por su apoderado.

DE LA DEMANDA

Con sustento en la causal primera del artículo 207 de la ley 600 de 2000 se aduce la violación indirecta de la ley por errores de hecho por falsos juicios de identidad.

1. El reproche lo estructura en la contemplación material del dictamen médico legal, al entender el casacionista que el himen íntegro no dilatable de la menor descarta el acceso carnal violento descrito en el artículo 205 del Código Penal, porque la ley habla de *"penetración"*.

En su opinión se trata de un caso de maltrato infantil agudo y crónico, del cual no puede deducirse la conducta imputada al acusado.

LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

2. El casacionista reproduce las versiones de la menor recogidas por su profesora, la psico-orientadora de la alcaldía municipal de (…), la médica legista, la psicóloga del ICBF y la Fiscalía, para advertir que en todas habló de abuso sexual y de *"penetración vaginal"*, lo cual es imposible frente a lo dictaminado por la legista.

Considera que en esas condiciones su testimonio no es creíble, al constatarse que no ha sido desflorada, la menor no está diciendo la verdad sino fantaseando, luego la presunción de inocencia del procesado no ha sido desvirtuada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En relación con el primer cargo, el Delegado considera que las instancias le hicieron producir a la prueba pericial efectos que no se desprenden de su contenido literal, al concluir en la existencia de acceso carnal mediante penetración por vía vaginal.

Sin embargo refiere que la solución no es la planteada en la demanda, porque en el dictamen se describe que la menor al momento del examen presentaba *"eritema paragenital"* y *"fisura a las 12 del meridiano del reloj"*, lesiones compatibles con maniobras sexuales a ese nivel.

Estima con apoyo en doctrina relacionada con el abuso sexual infantil y la "prohibición de tocar", que la sentencia

debe ser casada parcialmente para que en su lugar se condene al acusado por acto sexual abusivo con menor, sin que la falta de coherencia entre la acusación y la sentencia imponga la anulación de lo actuado, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia en esos casos.

En cuanto al segundo cargo expresa que el demandante no tiene razón, porque aun cuando la menor incurre en algunas imprecisiones respecto al alcance de los tocamientos, las mismas no anulan su testimonio ya que de todas maneras son constitutivos de comportamientos libidinosos.

Con fundamento en instrumentos legales que protegen la integridad física de los menores, la Constitución Política, el Código de la Infancia y la Adolescencia, las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos y los Derechos del Niño, y los Pactos Internacionales de Derechos Políticos y Civiles, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresa que al testimonio de la niña no puede negarse credibilidad absoluta.

CONSIDERACIONES

1. En relación con el cargo primero de la demanda, en el que denuncia un error de hecho por falso juicio de identidad, la Sala advierte que los juzgadores no traicionan el contenido literal del examen médico legal al que fuera sometida la

menor Y.V.R.M a principios de junio de 2004, luego de haberle contado a una de sus profesoras los vejámenes sexuales a los cuales venía siendo sometida por algunos de sus parientes, entre ellos su abuelo VRR.

El demandante limita su breve discurso a resaltar que el reconocimiento médico legal de la menor establece que presentaba un himen íntegro no dilatable, mientras el Delegado a partir de lo dictaminado en él considera estructurado el error, en cuyo caso la conducta transmutaría a actos sexuales abusivos.

Ambos parten de un supuesto equivocado: si no hay desfloración en la mujer, no hay acceso carnal, tema respecto del cual no plantearon discusión alguna al dar por supuesto tal hecho.

Desde 1936, los Códigos Penales que han regido en el país optaron por un criterio lato o extenso respecto del alcance del término acceso carnal, en el entendido que dentro de dicho concepto cabe la penetración del miembro viril en alguno de los esfínteres de la víctima y últimamente por vía oral.

Con ocasión del Código Penal de 2000, se precisa que el acceso carnal además comprende la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, conductas que de suyo generaban controversia al entenderse que por ejemplo la introducción de los dedos en

alguno de esos esfínteres no eran actos constitutivos de acceso carnal sino de actos sexuales diversos a él, violentos o abusivos si mediara o no el consentimiento del sujeto pasivo de la acción.

El artículo 212 del Estatuto Punitivo utiliza el vocablo penetración, que en su entendimiento es acción y efecto de penetrar, cuyo significado no es distinto, según el diccionario, dicho de un cuerpo, a introducirse en otro.

Ahora bien, la ley no distingue si la introducción del miembro viril, de la otra parte del cuerpo humano o del objeto ha de ser completa o incompleta.

El tema realmente no es nuevo. La doctrina está de acuerdo en señalar que la penetración incompleta estructura el acceso carnal, en los tipos penales que lo requieren para su configuración.

En cita que trae Humberto Barrera Domínguez[1], la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 21 de 1925 había sostenido que <*es necesario probar que hubo introducción, más o menos completa, del miembro viril*>, tesis reiterada en el fallo de casación de octubre 22 de 2003, radicación 16368, según el cual <*El acceso carnal ha sido concebido como aquella intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima, lo que implica, al menos, que dicha introducción sea parcial para que se configure el delito*>.

[1] Delitos Sexuales, segunda edición 1987, pág. 79.

En el mismo sentido, tampoco se reclama en el caso de atentados sexuales contra la mujer por vía vaginal su desfloración, para dar por establecido el acceso carnal.

Penetración y desfloración no son términos equivalentes, pero tampoco excluyentes. En principio, siempre que se determine desfloración, sea reciente o antigua, es porque ha existido penetración. Por el contrario, toda penetración no produce necesariamente desfloración. Esto último puede ocurrir en presencia de un himen no dilatable, complaciente o isabelino, o porque la penetración ha sido parcial.

Para José Ignacio Garona en cita que de él hace Lisandro Martínez Zúñiga, en su texto Derecho Penal Sexual, acceso carnal es la *"Penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito, o acto que lo reemplace, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no su desfloración, que se llegue o no a la seminatio (eyaculación) y, en consecuencia que haya o no goce genésico"*.

Autores nacionales como Luis Carlos Pérez, Antonio Vicente Arenas, Pedro Pacheco Osorio y el mismo Martínez Zúñiga, coinciden en que la penetración o introducción puede ser incompleta o parcial, que no se requiere la desfloración de la víctima y mucho menos que el acto alcance su perfección fisiológica. En todo caso, es necesario que haya un comienzo de penetración por mínima que sea para que se

considere consumado el delito, sin que el mismo constituya tentativa de violación.

La Sala ha expresado que cuando no hay desfloración, la conclusión inevitable no es la ausencia de penetración, porque en ese caso la prueba pericial debe apreciarse con el conjunto probatorio y no asumirse como única.

Así ha dicho que

«El hecho de que el galeno del Instituto Nacional de Medicina Legal, al valorar a la adolescente, encontrara que no había desfloración por presentar ésta himen integro no dilatable, no necesariamente obliga a concluirse que no hubo penetración, pues una tal deducción, primero, evidencia desconocimiento de la anotomía femenina, y segundo, se fundamenta en una apreciación aislada e insular de la declaración del referido experto»[2].

Ahora bien. El medio más adecuado para establecer el acceso carnal es el reconocimiento médico legal de la víctima. Aunque este pueda considerarse como la prueba más idónea, no es la única en la medida que los elementos constitutivos de la conducta punible, pueden demostrarse con cualquier medio probatorio, y en materia de delitos sexuales, la ley no exige prueba especial.

En ninguna de las sentencias se afirma que la menor haya sido desflorada, de modo que el reparo carece de sustento.

---

[2] CSJ, AI 10 jul. 2012, rad. 38921.

Por el contrario, el a quo reproduce la pericia en su parte conclusiva *"la paciente no ha presentado desfloración"* y más adelante precisa que la forense a pesar de dictaminar que no presentaba *"desgarro de himen"*, la presencia de un *"eritema y lesiones a nivel genital y paragenital"* resultan compatibles con la versión de la menor, para dar por establecido que fue accedida carnalmente.

Para el Tribunal de la valoración psicológica y el examen médico legal practicados, <*se desprende, que la menor presentaba fisura a las 12 del meridiano del reloj, encontrando lesiones en la región paragenital y genital compatibles con maniobras a ese nivel*>; razones por las cuales dio por probada la materialidad de la conducta de acceso carnal violento.

Aun cuando resulta pertinente aclarar que la fisura desde la medicina significa grieta en el ano, connotación que la legista atribuye en el dictamen a la observación de esa zona del cuerpo de la menor, lo determinante en el asunto es el hallazgo de lesiones en región paragenital y genital.

Esto es, que Y.V.R.M además de presentar lesiones en el área paragenital integrada por los muslos, nalgas o parte baja de la pared anterior del abdomen, la legista no precisa en cuál de ellas, también las tenía en su zona genital.

Este hecho compagina con la versión de la menor, en la cual relata que luego de ser derribada, amarrada con una soga y bajados sus interiores, su agresor <*sacó el pene y lo metió a mi (sic)… El me metió el pene en la vagina… Él me escarriló las piernas [abrió o las separó]… sentí el dolor cuando entró el pene*>, es decir no refiere actos de tocamientos o manoseos de sus partes íntimas, sino un acceso carnal por parte de su abuelo.

De ahí que la conclusión de la legista sea coherente con ella, porque si la paciente no presentaba desfloración, <*sin embargo las lesiones encontradas en región paragenital y genital son compatibles con maniobras a este nivel*>, esto es, por lo menos hubo un comienzo de penetración constitutivo de la conducta por la cual ha sido hallado responsable el acusado.

Lo anterior explica que al examen presentara un himen íntegro no dilatable, sin muestras de desgarro, careciendo de toda importancia la ausencia de espermatozoides en el flujo vaginal de la menor, ya que la consumación del acceso carnal que se estructura con la sola penetración del miembro viril total o parcial no puede ser confundida con su agotamiento, en razón a que el tipo penal no exige su perfección fisiológica <*seminatio*> para configurar la conducta descrita en él.

El reparo no prospera.

2. En el segundo cargo por falso juicio de identidad en la contemplación material del testimonio de Y.V.R.M, el demandante limita su actividad a reproducir apartes de las cuatro (4) versiones ante distintas personas y autoridades, para señalar que el mismo resulta fantasioso, incongruente, alejado de la realidad, ambiguo y carente de credibilidad, porque el examen genital no revela hallazgo de las conductas ejecutadas en ella.

En su opinión la declaración no merece la verosimilitud que el Tribunal le reconoce, pues de ser ciertas las agresiones sexuales de las cuales habla, tendrían que evidenciarse en la revisión sexológica lo cual no ha ocurrido, en la medida que la perito encontró un himen íntegro no dilatable, lo cual significa que no ha sido desflorada.

Sin duda alguna, el cuestionamiento mira al valor suasorio dado a la versión y no a su tergiversación bajo alguna de las modalidades constitutivas del falso juicio de identidad, razón suficiente para su desestimación ante la pretensión del demandante de revivir la discusión probatoria agotada en las instancias.

No obstante debe señalarse como en su oportunidad lo hicieran los juzgadores, el respaldo que en la valoración psicológica y en el dictamen forense encuentra el testimonio de la menor, al advertirse en la primera <*que los abusos sexuales de los que fue objeto la menor Y.V.R.M le han*

dejado secuelas trascendentales, originándole disfunción emocional y comportamental> y en el segundo, que el <*comportamiento retraído es indicativo de maltrato infantil agudo y crónico*>.

Si se tiene en cuenta además que en el reconocimiento médico se determinaron lesiones en la región paragenital y genital, todo lo cual no es mencionado en el reparo, ningún error debe atribuirse al Tribunal cuando considera creíble la declaración de la víctima, pues esas evidencias muestran que la menor no vive en un mundo de fantasías sino de duras realidades que han incidido en su comportamiento.

Desde luego, se reitera, la no desfloración dadas las características del himen, no es símbolo inequívoco de ineficiencia de la relación carnal, de manera que no es viable concluir que la damnificada falta a la verdad.

Es cierto que también alude a distintos actos atribuibles a otros miembros de su familia, originando la compulsación de copias para la averiguación pertinente, lo cual de modo alguno la muestra incoherente y ambigua en todo aquello que compromete al acusado.

En últimas, se trata de un alegato circular sobre el mismo hecho: la no desfloración indica falseamiento del dictamen y de la versión de la ofendida; primero, porque penetración equivale a desfloración y segundo, la

LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

penetración del miembro viril debe ser total para que sea punible.

En el desarrollo del segundo de los cargos resulta evidente la equivocación del casacionista. En consecuencia no hay lugar a su prosperidad.

RESUELVE

No Casar el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, de acuerdo con los cargos formulados en la demanda a nombre del acusado VRR.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA
IMPEDIDO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria