

Álvarez Urrego, María Fernanda, "Consideraciones respecto a la actividad probatoria, la casación de oficio y el error de tipo en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años. A propósito de la sentencia del 23 de mayo del 2018 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 46992 (SP1783-2018). M.P. Patricia Salazar Cuéllar", *Nuevo Foro Penal*, 91, (2018).

Consideraciones respecto a la actividad probatoria, la casación de oficio y el error de tipo en el acceso carnal abusivo con menor de 14 años. A propósito de la sentencia del 23 de mayo del 2018 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 46992 (SP1783-2018).

M.P. Patricia Salazar Cuéllar

Considerations with respect to the probative activity, the ex officio appeal and mistake concerning an element of the statutory offense definition in the abusive carnal access with a minor under 14 years old. Sentence of May 23th, 2018 of the Supreme Court of Justice, filed 46992 (SP1783-2018).

Patricia Salazar Cuéllar

MARÍA FERNANDA ÁLVAREZ URREGO¹

1. Hechos

YNCT, una menor de solo 12 años, asistía frecuentemente en compañía de sus amigas a la discoteca Skape en Arauca. En una de las visitas que realizó a dicha discoteca conoció a Deiver Audiel Ojeda Ojeda, un hombre mayor de edad con quien sostuvo relaciones sexuales sirviéndose de su desarrollo físico para afirmar

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT y de Ciencia Política de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Contacto: mfalvarezu@eafit.edu.co

que tenía 17 años y lograr que él no conociera su verdadera edad. La menor quedó embarazada como consecuencia de una de las relaciones sexuales sostenidas con Deiver Ojeda. Así, el 28 de noviembre de 2010, la menor fue ingresada por su madre al Hospital San Vicente de Arauca a causa de un fuerte dolor de estómago que, posterior a la práctica de algunos exámenes médicos, se determinó que se trataba de una interrupción voluntaria del embarazo incompleta, es decir, la práctica de un aborto sin culminar que requirió un legrado obstétrico.

Una vez terminado el legrado obstétrico, YNCT le confiesa a su madre el nombre de quien sería el padre de su hijo, de manera que es informado de la situación por la madre de la menor. Deiver Ojeda, señalado por YNCT, decide visitarla y asistir al hospital. Allí se entera de la verdadera edad de la menor y, al mismo tiempo, ella le indica su molestia al verlo y su deseo no hacerlo más. En sus declaraciones, la madre de la menor expresa que conocía la relación que existía entre YNCT y el taxista Deiver Ojeda, pues a través de rumores comenzó a sospechar de quien, hasta ese momento, solo parecía transportarla. Incluso, en alguna de sus visitas, decidió advertirle que su hija era menor de edad y no consideraba prudente que mantuvieran este tipo de encuentros; sin embargo, no especificó la edad de la menor, por lo que Deiver continuó con la idea errónea que suponía que YNCT tendría 17 años y no 12.

2. Actividad procesal

La Fiscalía, en conjunto con el ICBF, comienzan la investigación acusando a Deiver Ojeda por la realización del delito consagrado en el artículo 208 del Código Penal colombiano, junto a la circunstancia de agravación punitiva del numeral 6 del artículo 211. Como consecuencia de lo anterior, se libra una orden de captura en contra de Deiver Ojeda el día 20 de marzo de 2012. En desarrollo del correspondiente proceso penal, el Juzgado 2 Penal del Circuito de Arauca, dicta el 22 de mayo de 2015 fallo de carácter absolutorio.

Ante la decisión que eximía de responsabilidad penal a Deiver Ojeda, la Fiscalía interpuso un recurso de apelación, por cuya respuesta se revocó el fallo y declaró la responsabilidad penal del acusado. El delito imputado por el Tribunal Superior de Arauca, instancia que conoció del proceso en segunda instancia, fue el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal), adicionando la agravante del embarazo de la víctima (numeral 6 del artículo 211), lo que concluyó en la asignación de una pena privativa de la libertad de 16 años y 6 meses, sin beneficio o subrogado penal alguno.

Por razón de la inconformidad con la decisión del Tribunal de segunda instancia, la defensa del Deiver Ojeda decidió recurrir al recurso extraordinario de casación, el mismo que se surtió por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP1783-2018.

2.1 Argumentos del recurrente

En el recurso extraordinario de casación interpuesto por el recurrente se alega la presentación de la segunda causal de casación en atención a la vulneración de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política y el artículo 10 y 457 de la Ley 906 de 2004.

La defensa de Deiver Ojeda propone en el recurso extraordinario de casación la existencia de una motivación incompleta en la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia; en consecuencia, alega la vulneración del derecho de defensa. Adicionalmente, el demandante argumenta un rechazo del juez para aplicar el principio de *in dubio pro reo*, afirmando la ausencia de fundamento en la actividad probatoria y la valoración errónea de algunos de los medios de prueba. Respecto a la actividad probatoria realizada por el juez expresa que: “se fundamenta en hilvanaciones o conjeturas que probatoriamente no están soportadas y solamente están en la mente del juzgador de Segunda Instancia por una inadecuada valoración probatoria”². En este sentido, plantea que la valoración errónea implica errores de hecho por falsos juicios de existencia cuando asume la responsabilidad penal del acusado en virtud del testimonio de Leidy Tatiana Bacca Guzmán; de la misma manera menciona los falsos juicios de identidad refiriéndose a una modificación de la prueba a través de la influencia de criterios subjetivos; y, finalmente, alega un falso raciocinio, soportado en la interpretación del primer testimonio de YNCT que defendía la ausencia de responsabilidad del acusado.

2.2 Argumentos de la fiscalía

La Fiscalía solicita no casar el fallo, pues considera que el demandante sólo enuncia la vulneración de garantías constitucionales, sin establecer en qué se fundamentaron; es decir, sin determinar qué dio lugar a ello. De manera que su argumento principal se desarrolla a través de la identificación de algunos errores

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2018). Sentencia SP1783-2018. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

argumentativos y de sustentación en el recurso extraordinario de casación, lo que implica vaguedad en las afirmaciones y dificultad en su efectiva verificación. Adicionalmente, la Fiscalía se refiere a la ausencia de determinación e identificación del medio de prueba sobre el que se presentó el error de hecho y todas las implicaciones que el recurrente derivó de él. En consecuencia, expresa:

“Las censuras referidas a errores de hecho en las diversas modalidades, no solo carecen de lógica formal en cuanto no determinó en cada caso sobre qué medio probatorio se produjo el yerro de valoración, ni en cuál de las modalidades; sino que se trata de afirmaciones sueltas, dirigidas a mostrar su inconformidad con la decisión del tribunal.”³

2.3 Intervención de la procuraduría

La delegada de la Procuraduría General de la Nación concuerda con los argumentos presentados por la Fiscalía y expresa que no debe concederse el recurso, pues encuentra una efectiva interpretación de las pruebas en conjunto y no identifica los errores planteados por el recurrente. En consecuencia, sostiene que el juez sometió a consideración el testimonio de la víctima quien, si bien se retractó, según análisis realizados posteriormente, lo hizo en virtud de proteger al acusado.

3. Consideraciones de la corte

3.1 Recurso de extraordinario de casación planteado por el recurrente

En primer lugar, la Corte reconoce la ausencia de fundamentación y los errores argumentativos presentes en el recurso; no obstante, los omite en virtud del cumplimiento del objetivo de la casación, por lo que procede a desarrollar un análisis de fondo.

3.1.1 Sobre la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa errores en la actividad probatoria

Respecto a la nulidad solicitada como consecuencia de la vulneración del derecho de defensa, la Sala declara su improcedencia, advirtiendo que dicha petición encuentra su único fundamento en una inconformidad con la valoración de las pruebas, lo que no implica la ausencia de ella como argumenta el recurrente. Las

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2018). Sentencia SP1783-2018. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

pruebas analizadas por el juez de segunda instancia (historia médica recuperada del hospital, testimonios, dictámenes periciales, etc.) constituyeron un medio suficiente para concluir que YNCT fue accedida carnalmente. De la misma manera, se obtuvieron documentos públicos de identificación para afirmar que, en el momento del acceso carnal, YNCT tenía 12 años de edad. Posteriormente se sometió a consideración el dictamen pericial que señala a Deiver como la persona con quien la menor sostuvo relaciones sexuales. Finalmente, el juez de segunda instancia expuso las razones que sustentaron las contradicciones encontradas en la versión presentada por la menor en el proceso, cuya única intención fue desvincular al acusado del juicio y evitar que padeciera la sanción jurídico-penal pertinente.

Bajo los argumentos expresados, la Corte niega la declaración de nulidad por vulneración del debido proceso y determina que la decisión del juez de segunda instancia supuso la elaboración de un proceso lógico debidamente fundamentado. Así, atendiendo a la primera causal de casación señalada por el recurrente, la Corte concluye que no hay motivos para casar.

Sin embargo, dicha corporación procede a realizar un análisis respecto a la posibilidad de intervenir ante un fallo emitido en sentido condenatorio por primera vez. Para el efecto comienza con enunciar la sentencia C-792 de 2014, en la que producto del juicio de constitucionalidad de los artículos 20, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, solicita al Congreso de la República regular la impugnación de sentencias que condenen por primera vez a una persona después de su proceso penal. En dicha decisión, se considera la necesidad de modificar las condiciones actuales de la impugnación a través de un acto reformativo de la Constitución, por lo que se expidió el Acto Legislativo 01 de 2018 que, si bien se pronunció al respecto de la situación y asigna competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para atender dichas solicitudes, no establece el proceso que debe desarrollarse para ello. Finalmente, referente a este aspecto, la Sala expresa que hacer uso de esta figura constituiría el ejercicio de funciones propias del legislativo; de manera que se acude a lo planteado a lo largo de su jurisprudencia, es decir, la consideración de los elementos jurídicos y fácticos del caso, en virtud de la protección de los derechos del condenado.

3.1.2 Sobre la violación indirecta de la ley

En consecuencia, pese a negar las solicitudes de nulidad realizadas por el abogado defensor, la Sala analiza tres aspectos importantes con el fin de identificar el conflicto planteado referente a la violación indirecta de la ley como fundamento para

la interposición del recurso extraordinario de casación. El primero, la consideración de pruebas realizadas con anterioridad o exterioridad al juicio en delitos sexuales que afectan específicamente a menores de edad; el segundo, los posibles medios de prueba de los que puede servirse la Fiscalía ante este tipo de delitos; y, finalmente, la identificación de estos factores en el caso concreto.

3.1.2.1 La consideración de pruebas de referencia

Referente al primer aspecto, para efectos de disminuir la victimización del menor, la Corte plantea la posibilidad de incluir al proceso medios de pruebas cuya práctica se efectuará con anterioridad o exterioridad al acto de juicio oral. El sustento de dicha excepción se encuentra en la afectación psicológica que puede generar en un menor ser víctima de un acceso carnal; lo que exige de parte de la labor judicial la implementación de medidas en favor de evitar una lesión mayor, en especial cuando esta podría ser el resultado de los actos probatorios del proceso penal. A las consideraciones realizadas, la Corte añade que, ante lo problemáticas que pueden presentarse en la utilización de este tipo de pruebas, debe excluirse la posibilidad de acudir a las características de quien la practicó para desvirtuarla o asignarle mayor relevancia en el proceso. La Ley 906 del 2004 ha determinado elementos que estructuran la prueba de referencia intentando limitar su aplicación sin afectar los derechos del menor; de manera que su regulación exige que consista en una declaración realizada fuera del juicio oral y que sirva para desvirtuar uno o varios elementos del delito y otros factores; todo esto bajo un primer condicionamiento referido a la imposibilidad de realizar la prueba durante el juicio. La prueba de referencia también tiene lugar en los supuestos en que el menor sea incoherente con sus declaraciones, es decir, que en principio hubiese afirmado unos hechos y, con posterioridad a ello, enunciara otros que contradijeran su versión inicial.

Adicionalmente, en atención a las características del caso en cuestión, respecto a esta actividad probatoria la Corte destaca la autonomía de la valoración judicial en cabeza de juez, pues el análisis por parte de expertos o peritos no supone la asignación de un juicio de verdad a la prueba. En consecuencia, las características de las personas que realizan la prueba son solo un elemento de valoración para el juez sin que, en sí mismas, constituyan la declaración de una autoridad que no pueda descartarse. Así las cosas, el proceso argumentativo de esta parte de la sentencia concluye en cuatro afirmaciones: en primer lugar, los testimonios de las víctimas presentados fuera del proceso, constituyen una prueba de referencia; en segundo lugar, la prueba será admitida en algunos supuestos específicos, entre ellos

en los que la víctima de delitos sexuales sea menor de edad; en tercer lugar, la realización de la prueba por parte de un profesional, no implica que se considere un dictamen pericial y la valoración de ella es función del juez independientemente de las calidades de quien la practique; finalmente, el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 determina las condiciones que debe cumplir la prueba pericial, de manera que si la Fiscalía plantea que la prueba de referencia debe constituir un dictamen de este tipo, debe adaptarse a dichos requisitos.

3.1.3 Los posibles medios de prueba en delitos sexuales

Respecto al segundo aspecto, cabe mencionar que todo el análisis de la prueba de referencia se produce en virtud de constituir uno de los medios de prueba que puede introducir la Fiscalía al proceso. Adicional a este medio de prueba que sustentó gran parte de las consideraciones de la Sala, se construye una fundamentación de la prueba anticipada que se presenta en razón de su no alteración, es decir, de su no modificación en el tiempo que transcurre entre el momento de los hechos y la práctica de pruebas en el proceso. En comparación con la prueba de referencia, la prueba anticipada supone una mayor formalidad; el artículo 284 y siguientes del Código de Procedimiento Penal plantea algunos requisitos como: la presencia del juez de control de garantías en su realización, la existencia de su solicitud por la Fiscalía, la defensa, el Ministerio Público o la víctima; la presentación de una fundamentación en los motivos sumados a la necesidad de su práctica; y finalmente, el desarrollo en audiencia pública acorde a su regulación.

3.1.3.1 La identificación de estos factores en el caso concreto

Ante el caso concreto, el análisis comienza con la sentencia condenatoria del juez de segunda instancia que se refirió a la prueba psicológica realizada a la víctima, a la declaración psicológica que expresa las motivaciones que tuvo la menor para retractarse de su testimonio inicial durante el juicio oral, la comparación de fundamentos y la seguridad percibida entre la primera y la segunda declaración. Así, la Corte concluye que respecto a la valoración de pruebas no se presenta algún tipo de causa que permita afirmar la nulidad de la providencia judicial emitida en segunda instancia.

De esta manera, la Sala procede a confirmar algunos de los hechos probados durante la actividad judicial. En primer lugar, el embarazo de la menor a sus 12 años y su reacción, que dio lugar al comienzo de una interrupción voluntaria del embarazo; en consecuencia, la necesidad de hospitalización y la ejecución de todas las medidas

pertinentes desde el ámbito médico para evitar un perjuicio mayor en la salud de la víctima. En este orden de ideas, durante su hospitalización, YNTC afirma que Deiver Ojeda es el hombre con quien sostuvo relaciones sexuales, lo que ocasionó que su madre optara por contactarlo e informarle lo acontecido. Sin embargo, ante la asistencia del acusado, la menor decidió rechazarlo. Posteriormente, atendiendo a la situación descrita, el hospital en conjunto con el ICBF informó a la Policía. Finalmente, durante el juicio oral, la menor negó sus declaraciones iniciales argumentando la inexistencia de un fundamento para mencionar a Deiver Ojeda, destacando una gran cantidad de sentimientos encontrados que dificultaron su capacidad de reacción y especificando que el nombre del acusado fue el primero que se le ocurrió.

3.2 Error de tipo

Los argumentos expuestos por la Corte se presentaron en favor de desvirtuar la hipótesis del recurrente, que buscaba la declaratoria de nulidad de la sentencia del juez de segunda instancia. De esta manera, la Sala opta por analizar un aspecto destacable a lo largo del proceso penal, tanto de primera como de segunda instancia, que omitió el juez cuyo fallo fue en sentido condenatorio: el error de tipo. Si bien algunos aspectos de la actuación de Deiver Ojeda corresponden con los elementos objetivos del tipo consagrado en el artículo 208 del Código Penal, el error sobre la edad de YNCT resulta evidente en cada uno de los testimonios, incluso los de la víctima y su madre. En este orden de ideas, es importante destacar que la realización de una conducta objetivamente típica no constituye en sí misma un actuar doloso, como parece asumir el tribunal de segunda instancia. Así, en la sentencia condenatoria, se presenta una interpretación que excluye las consideraciones del artículo 32 del Código Penal. Según las declaraciones realizadas por la menor, su apariencia y desarrollo físico no corresponden con su edad real, criterio que aprovechaba constantemente para ocultarla; esto, sumado a que YNCT le expresó a Deiver que tenía 17 años, y a que el lugar en el que se conocieron prohíbe el ingreso de menores de edad.

Es posible afirmar, entonces, que el juez de segunda instancia omitió el análisis correspondiente al error de tipo pues la utilización de los testimonios que lo evidenciaban estuvo encaminada a recrear un panorama general de las circunstancias bajo las cuales se presentaron los hechos, es decir, se emplearon solo con el fin de recrear datos fácticos concretos de lo sucedido. Sin embargo, las características del caso son idóneas para constituir un error de tipo, ya que el conocimiento real de la edad de YNCT, según ella y otros testigos, se produjo en el momento en que Deiver

Ojeda asistió al hospital. Al mismo tiempo, la Corte descarta la posibilidad de que exista un acuerdo en las declaraciones para favorecer al acusado, pues incluso la madre de la víctima expresó que, pese a su intento por separar a Deiver de YNCT enunciándole su minoría de edad, no especificó que se refería a 12 años, por lo que él continuó con la idea de que la menor tenía 17. Esto junto a la libertad que poseía la menor, reflejada en sus salidas de noche, configuró en el acusado una perspectiva errónea de la realidad.

En conclusión, si bien la conducta de Deiver Ojeda corresponde con los elementos objetivos del tipo penal consagrado en el artículo 208, el juez de segunda instancia omite las consideraciones respecto al conocimiento sobre la edad de la menor. Este conocimiento fue, con razones coherentes, ignorado por el acusado; de manera que, la idea concebida por el imputado era incompatible con la realidad constituyendo un error de tipo. El hecho de sostener relaciones sexuales con una menor no es suficiente para condenar a Deiver Ojeda, es necesario el componente subjetivo en su actuación y la afirmación del error de tipo excluye la posibilidad de alegar el dolo. Así, lo expresa la Sala:

“En síntesis, la falta de conocimiento de la edad de YNCT descarta que DEIVER AUDIEL OJEDA OJEDA hubiera cometido con dolo la conducta típica objetiva de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, requisito de configuración del tipo penal respecto del cual no se ocupó el fallador, dando por sentado, erradamente, que su culpabilidad deviene de haber sostenido relaciones sexuales con YNCT cuando esta tenía 12 años de edad.”⁴

4. Decisión final

Con fundamento en la ausencia del dolo por la constitución de un error de tipo en la actuación de Deiver Ojeda, la Sala decide casar oficiosamente la sentencia condenatoria del juez de segunda instancia; en consecuencia, lo absuelve del delito imputado, esto es el acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Así, ordena la libertad del procesado y comunica su decisión a las autoridades pertinentes.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2018). Sentencia SP1783-2018. [MP Patricia Salazar Cuéllar].