República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

SP666-2017
Radicación N°. 41948
(Aprobado acta N°. 17)

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el representante de la víctima M.F.T.C.[1], contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2013 por el Tribunal Superior de Bogotá, que modificó la dictada por el Juzgado Doce Penal

[1] En virtud de lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, se omite consignar el nombre de la menor víctima.

del Circuito de la misma ciudad y absolvió a **JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO** de los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravados, en concurso homogéneo y heterogéneo, y lo condenó como autor de los injustos de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, e incesto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El *A quo* resumió el aspecto fáctico de la siguiente manera:

> *Dio origen a la investigación la denuncia presentada por la señora Ángela María Cardona Sánchez el 3 de abril del año 2012, en la que relata que la menor M.F.T.C. hija de RICARDO TRIANA BARRETO, cuando apenas tenía 5 años de edad recibía por parte de su progenitor diversos tocamientos erótico-sexuales en su cuerpo, particularmente en sus partes íntimas (senos, vagina y cola); posteriormente en el año 2007 comienza a accederla carnalmente mediante penetraciones de pene en vagina, los que continuaron ocurriendo de manera habitual hasta cuando la víctima contaba con trece años de edad. Se aprecia que la menor se resistió a que su padre continuara con ésta actividad en el mes de diciembre de 2011, cuando contaba con 14 años cumplidos*[2].

2. El 27 de abril de 2012, ante el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura y formulación de imputación. No se decretó medida de aseguramiento y contra esa decisión la funcionaria instructora interpuso los recursos de reposición,

[2] Folio 133 de la Carpeta original.

que no prosperó, y en subsidio de apelación que le fue concedido[3].

El 5 de junio de ese año, el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito con funciones de conocimiento revocó la anterior determinación y, en su lugar, impuso a **TRIANA BARRETO** medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario[4].

3. El escrito de acusación se radicó el 13 de junio siguiente. Allí se precisó que si bien la víctima aludió que las agresiones sexuales iniciaron cuando ella tenía entre cinco y siete años de edad, los hechos de este proceso son los presuntamente ocurridos a partir del 1° de enero de 2005, porque los eventualmente acaecidos con anterioridad, deberán ser investigados bajo el procedimiento reglado en la Ley 600 de 2000[5].

La audiencia respectiva se llevó a cabo el día 28 del mismo mes y año ante el Juzgado Doce Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, por el concurso homogéneo y heterogéneo de delitos de acceso carnal violento agravado, acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto[6].

---

[3] Folio 12 Ib.
[4] Folios 27 y 28 Ib.
[5] Folios 29 a 35 Ib.
[6] Folios 44 y 45 Ib.

Celebrado el debate oral y público, el despacho profirió sentencia el 22 de febrero de 2013, en la que condenó a **JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO** como autor penalmente responsable de los delitos de *«acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, también en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo con el delito de incesto, éste también en concurso homogéneo y sucesivo»*. Le impuso, trescientos diez (310) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de diez (10) años y declaró que no se hacía acreedor a ningún subrogado o mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena[7].

4. El Tribunal Superior de Bogotá, al resolver el recurso de apelación incoado por la defensa del procesado, en providencia del 24 de mayo de 2013 modificó la decisión del *A quo*, en el sentido de absolver a **TRIANA BARRETO** de los cargos que por los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravados, en concurso homogéneo y heterogéneo, le formuló la Fiscalía, y declararlo autor responsable de los injustos de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, e incesto.

[7] Folios 118 a 133 Ib.

En consecuencia, le fijó la pena de ciento noventa y cinco (195) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años[8].

5. La Corte, en providencia del 10 de septiembre de 2014 inadmitió la demanda formulada a nombre del procesado y admitió el libelo presentado por el apoderado de la víctima[9], por lo cual se llevó a cabo la correspondiente audiencia de sustentación[10].

LA DEMANDA

El representante de la víctima M.F.T.C. formula un cargo con estribo en la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal y acusa la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial, porque dejó de valorar, tanto individualmente como en conjunto y bajo el principio de la sana crítica, la totalidad de las pruebas recopiladas e introducidas al juicio oral, las cuales probaron que, efectivamente, su representada fue accedida carnalmente por su progenitor y sometida a amenazas que la llevaron a no contar a su madre lo que estaba sucediendo.

Se refiere a las declaraciones de los profesionales que la Fiscalía llamó a interrogar, todos expertos en la atención de casos de abuso sexual sobre niños, donde dieron a conocer

[8] Folios 16 a 57 Cuaderno del Tribunal.
[9] Folios 6 a 24 Cuaderno de la Corte.
[10] Folios 54 y 55 Ib.

con claridad cada uno de los vejámenes vividos por la víctima, quien, al igual que su hermano, corroboró esos testimonios.

Para demostrar su aserto describe lo expuesto por la médica perito forense, MARTHA AGUDELO YEPES, la psicóloga forense, DERLY JOHANNA GARCÍA BEDOYA, el experto en entrevistas forenses, ROQUE TULIO DUARTE SÁNCHEZ, el relato de M.F.T.C. y del menor J.D.T.C.

Agrega que, contrario a lo expuesto por el *Ad quem,* todas las entrevistas realizadas por la Fiscalía fueron autenticadas y reconocidas por los testigos que asistieron al juicio oral y su contenido ratificado e incorporado en la forma exigida por la ley.

Ese juzgador también pasó por alto la regla contenida en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, porque tanto la víctima como su hermano señalaron en forma precisa y sin dubitación alguna, que efectivamente hubo penetración cuando era abusada por su padre y ello le causaba dolor e incomodidad.

Esos testimonios, unidos a la exposición de los peritos sobre la entrevista realizada a la niña, daban lugar a confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia, más cuando la médico forense fue enfática en afirmar que las penetraciones 'introito vaginal' no dejan huella, pues desaparecen en dos o tres días y que, de haber acontecido, hasta el himen no llegaron. Afirmación válida que, además,

impone al juzgador valerse de otros elementos aducidos al debate, conforme al principio de libertad probatoria.

En cuanto al elemento violencia, que el juez plural consideró no haber sido demostrado, aduce el actor que el testimonio de la misma ofendida da cuenta cómo su padre y agresor la amenazaba con golpearla a ella, a sus hermanitos o a su madre, e incluso, con atentar contra su novio, para que no contara lo que estaba sucediendo, y que configura violencia moral.

Solicita se case parcialmente la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, se confirme en su totalidad la dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito de conocimiento de Bogotá.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El apoderado de la víctima reitera los argumentos expuestos en el libelo.

2. El defensor del procesado, en su condición de no recurrente, solicita que no se case la sentencia, toda vez que el demandante no demostró el yerro del Tribunal por falso raciocinio. En su opinión, la sentencia recurrida contiene una valoración seria por lo cual solicita que se mantenga lo allí decidido.

3. El representante de la Fiscalía General de la Nación, dice, en concreto, que el juez plural erró al delimitar los

hechos al delito de actos sexuales, porque la perito que realizó el examen sexológico explicó claramente que el introito vaginal es una estructura anatómica interna a los genitales femeninos, con lo que sustenta el evento de una penetración que no alcanzó el himen. Conforme a las reglas de la sana crítica, dicha prueba no impide deducir que la menor fue accedida por el acusado, pues el artículo 212 del Código Penal no distingue si la introducción del miembro viril o de un objeto debe ser completa o incompleta y tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que la penetración, así sea parcial, constituye acceso carnal.

Agrega que el Tribunal se refirió al testimonio de la ofendida de manera superficial, sin atender que de manera explícita, afirmó que su padre le introdujo el pene en varias ocasiones, e igualmente lo detalló en las entrevistas que rindió ante los expertos.

El *Ad quem* dijo también que tales declaraciones previas no fueron aducidas al juicio, cuando lo cierto es que la Fiscalía sí las incorporó de la mano de los especialistas que las recibieron, pues fueron utilizadas para refrescar memoria y por ello las admitió como pruebas.

Así concluye que se debe casar parcialmente la sentencia, en el sentido de revocar la absolución por el delito de acceso carnal abusivo.

No opina lo mismo frente al reato de acceso carnal violento, puesto que solo se estableció que el acusado

amenazaba a la menor con hacerle daño a ella, a sus hermanos o a su madre si contaba lo sucedido. Es decir, que la fuerza moral ejercida por **TRIANA BARRETO** no estuvo encaminada a rendir su posición para poder accederla, sino a impedir que lo delatara.

Por este aspecto, solicita que no se case la sentencia.

4. La representante del Ministerio Público precisa que por tratarse de una menor de edad, en este caso se activan dos categorías especiales de protección de los derechos, tanto a nivel nacional, como de tratados internacionales, concretamente, las reglas de las Naciones Unidas para el juzgamiento con víctimas menores de edad, así como los principios y reglas establecidas para los casos de violencia sexual contra mujeres, sin discriminación de raza, credo o edad, y que se incorporen a todos los tratados internacionales suscritos por Colombia en defensa de la mujeres.

También advierte que según la sentencia de tutela 078 de 2010, el funcionario judicial debe abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra la víctima y de no tomar en consideración su situación de indefensión.

En el asunto concreto, agrega, el Tribunal olvidó que la prueba de la fuerza moral para coaccionar a una niña, es sustancialmente menor que la necesaria para doblegar la voluntad de un adulto, tanto así, que a tal constreñimiento o vicio moral solo se pudo sustraer la víctima cuando arribó a

los trece años de edad, en la que su desarrollo psicológico le permitía una mayor solvencia, además del apoyo que recibió en el grupo de oración al que asistía en su iglesia y el de su novio.

Descontextualizó ese juzgador el dicho de M.F.T.C., relativo al ambiente de violencia en el que vivió, donde el padre le pegaba a la madre y a sus hermanitos, y dañaba las cosas de la casa.

Entonces, razón le asistía a la niña para considerar que las amenazas del procesado, de pegarle a ella y, años después, de matar a su novio, contaban con la fuerza suficiente para doblegar su ánimo, lo cual configura la violencia psicológica, que no solo era actualizada al momento de los actos libidinosos, sino mantenida día a día sobre M.F.T.C.

En criterio de la Delegada de la Procuraduría, la prueba demuestra que los actos libidinosos a los que fue sometida la víctima, estuvieron enmarcados en una violencia psicológica.

De otra parte, el *Ad quem* desconoció que el hallazgo de himen entero de la ofendida, no es razón suficiente para concluir en la no ocurrencia de la conducta y fija, de manera equivocada, una tarifa sobre la profundidad de la penetración en la cavidad vaginal, que excede las exigencias legales de la descripción de la conducta, pues el introito es parte integrante del órgano genital femenino, conformado por la estructura de los labios mayores y menores, de suerte que,

si es la puerta de acceso a la cavidad vaginal, la introducción en ese espacio vestibular es a todas luces una penetración suficiente para tipificar la conducta punible.

Estima que el cargo está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES

1. Es cierto, como lo advierte la señora Procuradora Delegada, que en asuntos como el que es materia de estudio, donde la víctima es una menor de edad, se activan diversos instrumentos de protección pues, conforme al principio de prevalencia del interés superior, la solución que se adopte debe garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y la plena satisfacción de todos sus derechos, tal como lo dispone el ordenamiento patrio[11], los tratados internacionales[12], y la reiterada jurisprudencia constitucional[13].

2. Importa recordar que **JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO** fue condenado, en primera instancia, como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento agravado, acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, actos sexuales con menor de catorce años agravado e incesto.

---

[11] Así, los artículos 44 de la Constitución Nacional, y 6°, 8° y 9° de la Ley 1098 de 2006.
[12] La Convención sobre los Derechos del Niño- artículo 3°-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 y ratificada el 20 de febrero del mismo año; el acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 24-1; la Convención Americana de Derechos Humanos –artículo 19-; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño –Principio 2- y, también, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –artículo 25-2-.
[13] Cfr sentencias T-408 de 1995, T-514 de 1998 y T-979 de 2001, entre otras.

En su motivación, puntualizó que las conductas objeto de este proceso son las verificadas a partir del 1° de enero de 2005, es decir, cuando la menor contaba con ocho (8) años de edad, momento para el cual su progenitor venía sometiéndola a los tocamientos libidinosos que estructuran los actos sexuales con menor de catorce años, descritos en el canon 209 del Código Penal.

Los comportamientos punibles de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo se comenzaron a ejecutar desde los nueve (9) años y continuaron hasta los trece (13) años de edad de la víctima. El primero, previsto en el artículo 205 del Código Penal, estuvo determinado por la penetración vía vaginal del miembro viril, mediante amenazas de maltrato físico, no solo en ella, sino en sus hermanos o en su progenitora, generándole un sentimiento de miedo frente a su padre y su reacción ante cualquier comentario incriminante.

El segundo, contemplado en el canon 208 ibídem, en cuanto se pudo evidenciar que no hubo violencia en algunos eventos de los accesos carnales.

Por último, la situación descrita para el delito de incesto en el artículo 237 del mismo catálogo, esto es, el acceso carnal u otro acto sexual con un descendiente, encontró demostración con el registro civil de nacimiento aportado a las diligencias como soporte de una de las estipulaciones hechas entre las partes, referente a la edad de la víctima, en

cuanto da certeza del parentesco entre **TRIANA BARRETO** y M.F.T.C., así como la edad de ésta.

Por su parte, el Tribunal, en Sala mayoritaria[14], al resolver el recurso de apelación formulado por la defensa de **TRIANA BARRETO**, confirmó la condena proferida en primera instancia por los delitos de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, e incesto, mientras que revocó la de los accesos al inicio indicados, tras considerar que *«ninguna de las pruebas tiene entidad para demostrar, más allá de la duda razonable, que JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO haya utilizado la violencia para abusar de su hija M.F.T.C.; y tampoco para acreditar que los contactos sexuales reprochables avanzaron hasta la penetración del miembro viril, dedos u objetos, en alguna de las cavidades vaginal, anal u oral de la niña»*[15].

3. La Corte advierte desde ahora, que, efectivamente, como se anunció en el cargo, el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso raciocinio, toda vez que la decisión de absolver al procesado por los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, por aplicación del principio *in dubio pro reo,* es la consecuencia de haber valorado las pruebas debatidas en el juicio oral, por fuera del rigor conceptual de la sana crítica, que impone al funcionario judicial la carga de verificar y confrontar los diferentes contenidos materiales, atendiendo a específicos criterios objetivos, en orden a establecer la realidad de lo

[14] Uno de los integrantes salvó parcialmente el voto.
[15] Folio 31 Cuaderno del Tribunal.

acontecido, tal como lo tiene decantado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ AP 11 nov. 2009, rad. 32405):

> La Sala destaca, una vez más, cómo la sana crítica o persuasión racional es el sistema de valoración probatorio adoptado por el legislador colombiano de 2004[16] como se establece de lo reglado, entre otros por los artículos 308, 380, 7 y 381. Al respecto ha dicho:
>
> *"...La sana crítica impone al funcionario judicial valorar la prueba contrastándola con los restantes medios, y teniendo en cuenta la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos con los que se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y las singularidades que puedan incidir en el alcance de la prueba examinada.*
>
> *El examen probatorio, individual y de conjunto, además de los criterios señalados, acude a los supuestos lógicos, no contrarios con la ciencia, la técnica ni con las reglas de la experiencia, para inferir la solución jurídica que la situación examinada amerita.*
>
> *En consecuencia, el razonamiento para determinar en un proceso penal si un hecho dado ocurrió o no (facticidad), y, en la primer eventualidad, las posibilidades en que se ejecutó, solo puede apoyarse en premisas argumentativas que apliquen las reglas de la sana crítica, en los términos que vienen de explicarse, no a través de la personal o subjetiva forma de ver cada sujeto la realidad procesal examinada[17].*

3.1. En el asunto que se examina, el *Ad quem* expuso varias razones para descartar que el procesado utilizó la violencia para abusar de su descendiente pero, como se verá, ninguna encuentra soporte en la foliatura.

---

[16] Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 30 de marzo de 2006, radicación 24468.
[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación, 25 de mayo de 2005, radicación 21068.

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

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

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

> No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.
>
> Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Obsérvese al respecto, la clara descripción de esa situación por parte de M.F.T.C., ante los distintos expertos y también en el juicio oral.

Así, en la entrevista que rindió el 5 de abril de 2012, ante la psicóloga DERLY JOHANA GARCÍA BEDOYA, en lo relacionado con los hechos, se consignó lo siguiente:

> LA MENOR REFIERE QUE ESTO OCURRIÓ EN MÁS DE UNA OPORTUNIDAD DICE 2 VECES CUANDO TENÍA 7 AÑOS, MANIFIESTA QUE ESTOS EVENTOS LE DABAN MIEDO, Y SEÑALA SENTIR ESE MISMO MIEDO AL QUEDARSE SOLA CON SU PAPA Y POR ESO TRATABA DE EVITARLO. INDICA QUE SU PAPA LA TENÍA AMENAZADA (...)[18] Subraya la Sala.

En el informe técnico médico legal sexológico del 4 de abril del mismo año, se consignó la siguiente información, suministrada por M.F.T.C., a la doctora MARTHA AGUDELO YEPES:

> Refiere que la situación con el papá inició cuando ella tenía de 5 a 7 años, y que las últimas veces se dieron antes de la separación de los papas, que la penetró vaginalmente y eso sucedió varias veces y él decía que si contaba, mataba al novio de Ma Fernanda o golpeaba a la mamá. No quería decir esto delante de la mamá para no lastimarla. Refiere que esto también lo dijo en la entrevista en cámara. Se siente apoyada, el novio la respalda, también le ha servido mucho asistir a la iglesia. Cursa 10 grado[19] (subraya la Sala).

De igual manera, en la entrevista forense realizada el 17 de abril posterior, por el Investigador Criminalístico ROQUE JULIO DUARTE SÁNCHEZ, se apuntó:

> Del contenido de esta ampliación, respecto del referente de Abuso Sexual por parte de su Padre, a quien llama "ese señor" (...) afirma que le da pena contar lo ocurrido porque no quiere llamar la atención de la gente. De los hechos dice que los hechos siguieron ocurriendo de la misma manera, pero a veces le había

[18] Folio 78 de la Carpeta anexa.
[19] Folio 82 Ib.

introducido el pene, que la había penetrado; explica el término "penetración", lo describe como la introducción del pene en la vagina, que estos hechos tuvieron ocurrencia desde el año 2005 hasta el año pasado, cuando intentó hacer lo mismo, que él estaba borracho y le había dicho "No papi, ya no más, estoy cansada de esto".

Manifiesta que él la cogía, se ganaba la confianza, la trataba como "mi bebe". Le quitaba la ropa y le introducía su pene en la vagina, le tocaba el cuerpo; que esto lo hacía seguido cada vez que veía la oportunidad, cuando estaban solos.

Se le pregunta si estos hechos ocurrieron una, dos o más veces. Afirma que estos ocurrieron muchas veces, desde el año 2005 hasta el año pasado. Que no le contó a nadie porque se sentía sucia. Afirma que el Papá le pegaba a la Mamá con cosas materiales de la casa, dañaba el microondas y le pegaba a los hermanos, y que a ella la amenazaba con pegarle si llega a contar algo a la Mamá de lo que él le hacía[20].

Valga advertir, en este punto, que las aludidas entrevistas, según se constata en los audios correspondientes, se incorporaron al juicio oral a través de los profesionales que las efectuaron y fueron admitidas como pruebas de la Fiscalía. Por lo tanto, no le asiste razón al fallador de segundo grado, cuando, en uno de sus argumentos, refiere que el contenido textual e íntegro de las mismas no fue incorporado por ningún medio.

De otra parte, la ofendida, en el juicio oral también aludió de manera consistente al miedo que sentía hacia el

[20] Folio73 Ib.

procesado *–sentía asco y miedo porque un papá no le hace eso a su hija-* y al temor de que se tornara violento con ella:

> *...mi papá le pegaba muy duro a mis hermanos y me daba miedo que hiciera lo mismo conmigo y entonces era como mucho miedo a decirle a mi mamá lo que estaba pasando, por eso decidí no contar nada...*[21].

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

No obstante, el juez plural, sin ningún fundamento explicativo, le resta capacidad demostrativa a las aludidas manifestaciones de la víctima, en especial, a las razones por las cuales su padre le infundía temor, y solamente le parece espontáneo el aparte de un relato donde le menciona al investigador que aquél se ganaba su confianza y la trataba como a su bebe, para de allí excluir la violencia en el actuar

[21] CD Juicio oral, sesión del 21 de agosto de 2012, récord 33:13 a 33:30.

de **TRIANA BARRETO**, agregando a ello que, de haber existido, así lo hubiesen advertido en la familia, en la iglesia o en la escuela.

De esa manera, el fallador *Ad quem* se sustrae de sopesar en su integridad los distintos relatos de M.F.T.C., cuyas manifestaciones la Sala no advierte confusas ni sesgadas. Por el contrario, de manera consistente y uniforme suministró información precisa y suficiente en cuanto a la forma como era sometida por su papá, así como las circunstancias de todo orden en que ello ocurría y las manifestaciones amenazantes e intimidantes que el procesado profería en su contra.

3.3. El sentimiento de temor de la víctima, a causa del comportamiento agresivo del procesado, encuentra comprobación en el relato del menor J.D.T.C., al describir el episodio que presenció cuando su padre tomó por la fuerza a su hermana, quien le decía que no, y la accedió carnalmente y fue *«como si me hubieran dado una puñalada en el corazón»*[22]; que no le reclamó a **TRIANA BARRETO** por miedo, porque en esa época les pegaba muy duro.

3.4. En la misma dirección se expresó ÁNGELA MARÍA CARDONA SÁNCHEZ, madre de la ofendida, señalando que al requerir a su hija por haberle ocultado los agravios cometidos por el procesado, ésta le respondió que lo hizo porque su padre la amenazaba con golpearla si le llegaba a contar[23].

---

[22] Récord 01:08 Ib.
[23] Récord: 20:05 Ib.

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

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

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

> Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada *violencia física o material* y la *violencia moral*.
>
> La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de *acceso carnal violento*, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y *ex ante* que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima.

Por ejemplo, cuando el infractor, con el propósito manifiesto de acceder sexualmente a una persona en un lugar despoblado o solitario, le apunta en la cabeza un revólver que ésta no sabe que se encuentra descargado y le dice que si no obedece a sus exigencias le disparará, lo trascendente ante dicha situación no consiste en valorar que se presentó determinado tipo de violencia (que sería moral en este caso), sino que, desde el punto de vista de un espectador inteligente situado al momento de realizarse la acción, la misma resulta suficiente para obtener el resultado típico previsto en la norma (es decir, el acceso carnal sin el consentimiento o aquiescencia de la víctima).

Idéntica situación ocurriría en el evento de que, bajo las mismas condiciones, el sujeto agente no decidiera amenazar a la otra persona con un arma de fuego, sino que procediera a golpearla hasta vencer su resistencia, es decir, a someterla mediante el empleo de la fuerza física.

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe

> ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada *ex ante* sea la que determine su realización.

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

Adicionalmente, el juez plural se contradice en sus razonamientos porque, inicialmente, asegura que M.F.T.C. en ninguna de sus intervenciones describe que para realizar las maniobras abusivas, su padre la doblegara a través de la violencia o la intimidación, pero más adelante reconoce *«que en ciertos espacios de las entrevistas, cuyo contenido textual e integral no fue introducido por ningún medio, M.F.T.C, alude a*

manifestaciones violentas de su padre, especialmente contra la mamá y los hermanos de ella; e incluso llegó a afirmar que TRIANA BARRETO le pidió que no contara lo ocurrido, bajo amenaza de atentar contra ellos»[24].

En realidad, resulta incompatible con la evaluación racional que impone la sana crítica, fundamentar un determinado criterio con argumentos genéricos alejados de la realidad procesal, porque, se *itera*, si la psicóloga forense y el investigador criminalístico acudieron al juicio oral, reconocieron sus experticias y fueron interrogados sobre sus contenidos, entonces las entrevistas se entienden debidamente incorporadas y, por ende, se impone su análisis integral.

Lo mismo sucede cuando, a renglón seguido, refiere la Colegiatura que las situaciones de violencia están contenidas en las versiones suministradas por la ofendida en el año 2012, después que sus padres *«ya se han separado, en medio de un proceso traumático, que se refleja en el relato de la menor, quien nada precisó al respecto; pues, además, ningún esfuerzo hicieron los entrevistadores por ahondar sobre las supuestas manifestaciones violentas del implicado, ni para explicitar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que presuntamente sucedían»*[25].

De esa manera, insiste en restarle aptitud a importantes detalles del relato de M.F.T.C, el cual califica de

[24] Folio 43 Cuaderno del Tribunal.
[25] Folios 43 y 44 Ib.

insuficiente, sin motivo válido, siendo que, según se vio, ella ilustró sin dubitación, los pormenores que rodearon la arremetida libidinosa a que fue sometida durante varios años por su progenitor.

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

4. Dilucidada la presencia del factor violencia en la ejecución de los accesos, se procede al examen del otro aspecto expuesto en el libelo, referente a la falta de prueba demostrativa de que los contactos sexuales avanzaron hasta la penetración del miembro viril, dedos u objetos, en alguna de las cavidades vaginal, anal u oral de la ofendida, según lo discernió el Tribunal.

4.1. En efecto, la Sala mayoritaria, luego de analizar el examen físico de la víctima y el testimonio de la médica forense MARTHA AGUDELO YEPES, refirió que:

(...), el *acceso* por la vagina corresponde a introducir el pene, los dedos u otro objeto en esa región anatómica del cuerpo femenino. Entonces, si el introito es definido por la experta como una estructura anterior a la vagina, cuando se lleva el pene, los dedos u otro objeto hasta ese punto *(el introito)*, al parecer todavía no habrá *acceso carnal* propiamente tal, porque aún no se ha entrado en la vagina.

En modo conjetural y especulativo podría pensarse también en que el implicado era tan consciente de sus actos y le quedaba todavía algún motivo de inhibición o fuente de recato, que le permitía entender que no era correcto acceder carnalmente a su hija, o era muy arriesgado hacerlo *(el temor a un embarazo, como ejemplo imaginario)*; y por ello sólo realizó sobre ella la multiplicidad de tocamientos y maniobras sexuales que ella menciona[26].

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

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

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

[26] Folios 46 y 47 Cuaderno del Tribunal.

Resulta ilustrativo señalar que, según la ciencia médica, los órganos genitales externos están conformados por la vulva, el monte de venus, los labios mayores, el clítoris, los labios menores, *el vestíbulo*, el meato urinario, las glándulas de bartholino, el himen, la horquilla vulvar y el periné[27].

La *vagina*, es una estructura tubular o tubo fibromuscular (con una longitud de 7 a 9 cm), que se extiende desde el cuello del útero hasta el *vestíbulo vaginal* el cual corresponde a la región situada entre los labios menores[28].

El *vestíbulo de la vagina*, es un espacio comprendido entre los labios menores y contiene el *orificio vaginal –introito-* el meato uretral, el himen y la desembocadura de las glándulas vestibulares mayores y menores[29].

En ese marco conceptual, para el asunto que interesa dilucidar, el *introito* es la puerta de entrada de la vagina y, por consiguiente, hace parte de esta estructura anatómica.

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

---

[27] http:// docencia.udea.edu.co/citología/orga_inext.html.
[28] ROSS PAULINA, Histología, 8ª edición, Editorial Médica Panamericana, Pág. 860.
[29] http:// docencia.udea.edu.co/citología/orga_inext.html.

Al respecto, en CSJ. AP, 25 sep. 2013, se dijo lo siguiente:

> En ese sentido, corresponde aclarar de entrada, que la censura objeto de análisis está cimentada en un supuesto que es fruto de la particular apreciación que el demandante realiza de la sentencia impugnada, pues si bien en ella se hizo alusión a lo que debe entenderse por acceso carnal en los términos consagrados en el artículo 212 del Código Penal, ello se trajo con fines ilustrativos, en concreto para desvirtuar que fuera necesaria la presencia de la desfloración en orden a predicar el acceso, como lo insinuó la defensa en el recurso de apelación; de manera que concluida esa explicación, el *ad quem* sostuvo que en el caso de la especie esa discusión era irrelevante, pues la menor dio cuenta que el procesado le introducía el pene en la vagina.
>
> Además, conviene recordar que conforme lo tiene señalado esta Sala[30], basta la penetración parcial del miembro viril en la vagina, comprendida ésta en su estructura integral, mas no exclusivamente como el conducto vaginal como lo interpreta el demandante, para que se entienda consumado el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, postura que a su vez se ajusta a la doctrina más reconocida[31]

En fecha más reciente, (CSJ SP, 12 Nov. 2014, Rad. 34049) la Sala hizo una ilustrativa reseña doctrinal sobre el alcance de dicha noción, en los siguientes términos:

> Desde 1936, los Códigos Penales que han regido en el país optaron por un criterio lato o extenso respecto del alcance del término

[30] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de octubre de 2003, radicación No. 16368.
[31] FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Delitos sexuales*, Buenos Aires, 2ª Edición, Ediciones Arayú; quien a su vez cita en respaldo a *"F. CARRARA, t II, parte especial § 1514; E. GÓMEZ, t. III, p. 84; O. GONZÁLEZ ROURA, t. III, p. 105."*

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[32], 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*

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

menos, que dicha introducción sea parcial para que se configure el delito>.

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. <u>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</u> (subraya la Sala).

4.3. Con la misma orientación expuesta hasta este momento, se han pronunciado otros doctrinantes acerca del alcance del precepto 212 penal que se viene estudiando.

4.3.1. El tratadista CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA[33], comenta lo siguiente:

> La penetración del miembro viril por la vía anal, vaginal u oral, puede decirse, es la forma clásica o tradicional de comisión del delito. Para la configuración del verbo "penetrar", no es suficiente el tocamiento externo del miembro de (sic) las cavidades de la víctima, o su mero acercamiento o rozamiento; es preciso que ocurra de forma efectiva la penetración, sin que sea relevante la prolongación de esta en el tiempo o en el número de veces que ocurra; en otras palabras, para efectos del tipo penal basta la "introducción" total o parcial del miembro viril para que la conducta sea consumada.
>
> Un sector de la doctrina señala: "Cuando el pene franquea –por así decirlo- las aperturas vulvar o anal del sujeto pasivo adentrándose en ellas siquiera por breve tracto, se da un principio de penetración. Esta interpretación es exacta. Si no es así no hay delito de violación al menos en su forma consumada" (subraya la Sala).

4.3.2. MARIO ARBOLEDA VALLEJO[34], quien cita a JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, apunta:

> c) Si para la comprensión legal del acceso es indispensable el acoplamiento carnal de dos sujetos –forzador y forzado-, el simple

[33] CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA, Manual de Derecho Penal, parte especial, tomo I, Editorial Temis 2011, pág. 249.
[34] MARIO ARBOLEDA VALLEJO, Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado, 27 ed., Bogotá Editorial Leyer 2011, págs. 150 y 151.

acercamiento, la mera aproximación o el puro contacto externo del miembro con las partes pudendas de la víctima, no son bastantes para integrar la noción y la naturaleza de este delito. Sigue siendo esencial la penetración física del órgano masculino por orificio normal –*secundum natura*- o anormal –contra natura- de la persona elegida sin que haga falta la plenitud fisiológica del acto (*inmisio seminis*) o la íntegra copulación o la total posesión de la víctima y menos la eyaculación (*emissio seminis*). Tampoco importan las secuelas de la relación sexual violenta (desfloramiento, existencia de embarazo, posterior alumbramiento, lesiones causadas, etc.) a no ser que el legislador las erija en circunstancias de agravación punitiva. Naturalmente que se requiere algo más que el simple contacto genital y así es bastante la penetración parcial, incompleta, superficial o poco profunda del miembro viril, sea por oposición de la víctima o por causas de otro orden. Es suficiente el hecho de la introducción. Cuando el pene franquea –por así decirlo- las aperturas vulvar o anal del sujeto pasivo, adentrándose en ellas siquiera por un breve tracto, se da un principio de penetración. Esta interpretación es exacta. Si no es así, no hay delito de violación al menos en su forma consumada[35] (subraya la Sala).

4.4. Ese ha sido el entendimiento que, incluso, desde anteriores codificaciones se venía dando, pese a que en ellas no se halla prevista la definición de acceso carnal que trae la Ley 599 de 2000.

El profesor LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA[36], se expresa de esta manera:

---

[35] JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, Delitos contra la Libertad y el Pudor Sexuales, pág. 32.
[36] LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Derecho Penal Sexual, Editorial Temis, 1972, pág., 139.

Algunos sostienen que la cópula se consuma desde que el miembro penetra en el orificio vulvar: es el llamado *coito vestibular*. Otros, en cambio, exigen la introducción en la vagina. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en providencia del 23 de junio de 1953, habla de *vagina*. FRÍAS CABALLERO dedica varias páginas a enunciar distinciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. Estamos de acuerdo con él cuando, después de sus eruditas informaciones, concluye que "el delito se consuma con la simple introducción del órgano genital, aunque sea en grado mínimo, en el orificio vulvar". No es necesario, pues, coito vaginal. Basta el vestibular, siempre que en él haya comienzo de penetración. En sustancia, esta es también la tesis de ERNESTO URE y de ALDO FRANCHINI.

Aclaramos, sí, como lo hace FRÍAS, que se requiere comienzo de penetración, lo cual puede suceder aun en el coito vestibular. Así se despejan las dudas que asaltan a algunos, como el brasileño PAULA SANTOS: "Entendemos que no importaría para la caracterización del estupro, una cópula completa o incompleta, pero no vemos cómo se pueda considerar una cópula vestibular como conjunción, a pesar de que aparezca una gravidez como su sorprendente consecuencia". Precisamente ante la posibilidad de tal sorprendente pero no descartable consecuencia, la mayoría de la doctrina considera la penetración vestibular como acceso (subraya la Sala).

4.5. Por último, importa hacer referencia al análisis que realizó el doctrinante MANUEL CANCIO MELIÁ[37] acerca de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en el Código Penal Colombiano del año 2000.

[37] CANCIO MELIÁ, Manuel. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal Colombiano, Pág. 78.

Allí refiere que la expresión *vía vaginal*, consagrada en el precitado artículo 212, puede generar dificultades para una interpretación teleológica, como igual se ha planteado a nivel de la jurisprudencia española, en el sentido de dilucidar si el acceso carnal exige para su consumación, penetración en la vagina en sentido anatómico o basta con el llamado coito vestibular, que es la penetración en la esfera genital externa anterior al himen.

Estimó que la última es la única exégesis correcta:

> En este sentido, en lo que se refiere al "acceso carnal", la redacción del artículo C.P. Col., al hablar de la "*vía vaginal*" para referirse al coito heterosexual común, puede generar dificultades para una interpretación teleológica en cuanto a la *consumación*: en ocasiones se ha planteado en la jurisprudencia española la cuestión acerca de si la descripción "vía vaginal" introducida por la Ley Orgánica 3/1989 (en sustitución de yacimiento) en el delito de violación exige penetración en la vagina en sentido anatómico o basta, por el contrario, el llamado coito vestibular (penetración en la esfera externa anterior al himen). Parece claro que es ésta última interpretación la única correcta; es cierto que mediante tal penetración vestibular es muy poco probable un embarazo, que, por definición, no puede producirse ruptura del himen (elementos ambos que desde la perspectiva de la "honestidad" pudieran hacer pensar en la concurrencia de una mera tentativa) y que, como antes se ha dicho, la vagina no queda afectada en estos supuestos. Pero también está claro que no supone infracción al principio de legalidad la utilización de un concepto no estrictamente anatómico de "vía vaginal" y que, desde el punto de vista material, la afectación de la libertad sexual ya puede estar completa: ha habido una invasión de la esfera corporal íntima de la víctima (subraya la Sala).

A propósito de un eventual embarazo, como resultado de la especie de penetración comentada por los dos últimos doctrinantes, es bueno señalar que en sentencia del 9 de mayo de 2008, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de acceso carnal violento, se pudo establecer que el comportamiento sexual del condenado corresponde a lo que médicamente se denomina coito o penetración vestibular *«pues el embarazo de la menor en forma inequívoca indica que hubo una penetración mínima en el orificio vaginal seguida de la eyaculación del agresor, pues no de otra manera pudo tener lugar la concepción»*[38].

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

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

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

[38] Radicación 11001600001520060454 2.

Obsérvese:

6.1. En el informe técnico médico legal sexológico rendido por la experta MARTHA AGUDELO YEPES, obran las siguientes conclusiones:

> 1. No ha ocurrido penetración a través de himen, indicando que lo referido por M.F. pudo corresponder a una penetración hasta introito vaginal.
>
> 2. La penetración hasta introito vaginal puede darse sin o dejan (sic) ningún cambio anatómico a nivel genital por lo cual en el presente caso la investigación se debe basar en:
>
> a. El relato que proporcionó M.F
>
> b. La información que sobre los eventos sucedidos tienen las personas que se enteraron (ver denuncia)
>
> c. Los demás datos que pueda aportar la labor investigativa[39].

Al respecto, explicó en su testimonio lo siguiente:

> (...) bueno, teniendo en cuenta entonces que la maniobra es penetración vaginal, voy al examen genital, encuentro los genitales sin lesiones y un himen cuyas características son: festoneado...entrantes y salientes, íntegro o sea no está desflorado y no dilatable, esto quiere decir que al examen puedo por lo menos afirmar que no ha ocurrido penetración del miembro viril a través de la membrana himeneal, esto es lo que reflejo en mi conclusión, pero en la conclusión reflejo otra situación y es que si bien puedo afirmar que no ha ocurrido

[39] Folio 81 de la Carpeta anexa.

penetración a través de la membrana himeneal, no puedo descartar ni confirmar que la penetración que ella me refirió en el consultorio se haya podido dar en lo que médicamente, desde el punto de vista anatómico, se llama introito vaginal, que es la serie de estructuras que anteceden la entrada a la vagina que es el himen; por qué razón no puedo afirmar eso, porque este tipo de maniobra de introducción al introito, que es la cavidad interna de labios mayores y menores, no dejan cambios anatómicos. Debe tenerse en cuenta que además estoy haciendo el examen varios meses después de la época en que se supone se dieron las últimas situaciones con el padre, esas son mis conclusiones respecto a la maniobra referida versus los hallazgos que yo encuentro al examen físico. PREGUNTADO: el hecho de que no se reporte una penetración himeneal, como usted lo ha dicho, no significa que no se haya hecho una penetración vía vaginal? RESPONDE: si, no descarto que lo que la paciente refirió como penetración hubiera podido consistir en introducción del pene a través de lo que médicamente llamamos introito vaginal, no lo descarto, pero como ese tipo de maniobras no deja cambios visibles, por eso acoto, en este caso lo que se debe tener en cuenta es el relato de la paciente, vuelvo y redondeo, lógico que el examen permite afirmar que esa penetración, si la hubo, no alcanzó a comprometer el himen pero no puedo excluir las estructuras anteriores por lo que acabo de mencionar[40] (subraya la Sala).

Más adelante, cuando la Fiscal le cuestionó si esa especie de penetración introito vaginal deja huella, señaló:

Como mencioné, no; téngase presente que estoy haciendo el examen varios meses después, existiría la posibilidad de que (sic) manera muy reciente pudiera haber unas lesiones muy superficiales, como esta zona es una mucosa, por la fricción

[40] Récord 12:47 a 15:21.

> generada por la penetración a esta zona podrá generar lesiones superficiales y pequeñas que reparan en un lapso demasiado corto, de uno a tres días; si yo hago el examen tantos meses después, no encuentro absolutamente nada, razón por la cual en este caso se debe tener en cuenta es el relato de la paciente[41].

Lo anterior no indica que la médica forense esté descartando la ocurrencia del ilícito, sino que, se *itera,* los hallazgos no le permiten confirmarlo o desecharlo porque la penetración, si la hubo, no comprometió el himen. Es decir, no excluye la ocurrencia de la penetración **vía vaginal** a través de lo que médicamente se conoce como el *intrioto.*

Por manera que desacierta el juez de segundo grado al concluir que lo ejecutado por el procesado sobre la menor no pasó de ser tocamientos y maniobras sexuales pues, ante la situación expuesta por la experta, como bien lo recomendó ella misma, era ineludible acudir a las manifestaciones de la víctima, testigos y demás datos que sirvieran al esclarecimiento de los hechos, más aun cuando la libertad probatoria que rige en nuestro sistema admite que el injusto típico pueda demostrarse con otros elementos de juicio, sin que el dictamen médico legal sea el único que permita determinar la materialidad del acceso carnal.

Así lo entendió el fallador de primer grado al momento de examinar el testimonio de la experta AGUDELO YEPES:

[41] Récord 15:27 a 16:06.

> ...el solo hecho de que el himen de la menor no haya presentado lesión alguna, por el contrario se determine íntegro, lo cual deja en claro que ello no quiere decir que la penetración no haya existido, afirmación que encuentra pleno respaldo con lo expuesto por la Dra. Agudelo, lo cual en modo alguno desvirtúa las afirmaciones que efectuara la menor en cuanto a que los episodios de agresión de las (sic) cuales la hizo víctima su padre, estas maniobras que por el contrario a su realización en el límite físico señalado, pueden no dejar huella que las evidencie[42] (subraya la Sala).

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

Huelga insistir que M.F.T.C., en su testimonio[43], dio cuenta que su padre **TRIANA BARRETO** le tocaba los senos y la vagina, a veces le rozaba su zona genital con el pene; al avanzar los años, continuó lo mismo, introduciéndole el pene en su vagina, comportamiento que se prolongó hasta el año 2011, cuando decidió decirle que no más, pues ya estaba cansada de esa situación, que siempre entendió como un abuso. Precisó que esos episodios se daban en el baño o en la cama de su habitación, cuando se acostaban a ver televisión, no sin antes mandar a sus hermanos menores a jugar en la terraza o en la calle. También señaló haber sentido asco y dolor.

---

[42] Folios 127 y 128 de la Carpeta anexa.
[43] Récord 13:43 en adelante.

Manifestaciones que, como se viene diciendo, se encuentran plasmadas en las entrevistas realizadas por los funcionarios investigadores del Cuerpo Técnico de la Fiscalía, DERLY JOHANNA GARCÍA BEDOYA[44] y ROQUE JULIO DUARTE SÁNCHEZ[45].

En ellas, además, se mencionan otros aspectos de cardinal importancia.

Así, en la entrevista semiestructurada de la psicóloga forense, al relatar los hechos refiere algunos episodios particulares.

Uno de ellos, en el cuarto de sus papás, el procesado cerró las cortinas y le dijo que le iba a enseñar a hacer el amor, la dejó prácticamente desnuda y le introdujo el pene en la vagina, dijo que le dolía mucho.

En otra oportunidad, ella se encontraba bañándo y su padre le dijo que la ayudaba a enjabonar y la paró en la tasa del baño y ahí, mientras él se encontraba de pie, le introdujo el pene en la vagina.

En el referido informe la experta no observa alguna alteración psicológica en la menor, cuyas respuestas detalla en forma cronológica. En el aspecto afectivo, por momentos

[44] Folios 77 a 80 de la Carpeta anexa.
[45] Folios 72 a 76 Ib.

se encuentra marcadamente triste, llora al relatar los hechos y no le gusta hablar del tema[46].

En la entrevista forense, además de lo ya expuesto, obra como dato adicional, que su papá le prohibía salir, le decía que no le gustaba verla con otros niños; que la llevaba alzada para la pieza y la obligaba a realizar los actos que ha relatado; que los hechos ocurrieron muchas veces, que no le contó a nadie porque se sentía sucia[47].

El menor J.D.T.C., hermano de la víctima, manifestó haber presenciado una escena que no le gustó, concretamente, advirtió que su padre le introdujo el pene en la vagina a su hermana.

Esos relatos, encuentran plena conformidad con las versiones suministradas por la madre de la víctima, ANGELA MARÍA CARDONA SÁNCHEZ y DERLY JAZMÍN GUERRERO VACA, quien enteró a la primera de lo ocurrido con su hija, porque asistían al mismo grupo de oración y en una de las reuniones, en las que se trató el tema de los menores abusados, M.F.T.C. decidió contarle a su amiga sobre las agresiones que su progenitor le había venido causando.

7. Es evidente que el Tribunal, en su decisión, dejó de valorar todas estas circunstancias, pues apenas se remitió a algunos fragmentos de las entrevistas efectuadas a M.F.T.C. por los investigadores de la Fiscalía, así como a ciertas

[46] Folios 77 y 78 Ib.
[47] Folio 73 Ib.

manifestaciones hechas en su testimonio y a los relatos de la madre y hermano de ésta, para concluir, tanto en la ausencia de la violencia física o psíquica para doblegar a su hija, como en la falta de claridad *«para confirmar o descartar la penetración por vía vaginal constitutiva del acceso»*[48].

De haber apreciado la totalidad de las pruebas, confrontándolas y sopesándolas entre sí, habría concluido, como se dejó visto, que ninguna duda o vacío probatorio emerge en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.

8. Consecuente con lo anterior, se procederá a casar parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, se confirmará la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito de esta ciudad, por cuyo medio condenó a **JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO**, como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211- 2, 4 y 5), acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado (artículos 208 y 211- 2 y 5), actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211- 2 y 5) e incesto (artículo 237), todos en concurso homogéneo y heterogéneo.

Ahora bien, como se constata que el fallador, al igual que la Fiscalía, dio aplicación a la circunstancia prevista en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, se hace necesario excluirla porque al concursar con el delito de

[48] Folio 47 Cuaderno del Tribunal.

incesto se vulnera el principio de *non bis in ídem*, tal como lo viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 34133, CSJ SP, 5 sep. 2012, 38164, CSJ SP 31 oct. 2012, rad. 33657 y CSJ SP, 10 dic. 2014, rad. 39993).

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

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

En efecto, el juez de primera instancia condenó a **TRIANA BARRETO** a la pena de 310 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual[49], luego de determinar para el delito más grave –acceso carnal violento agravado- 200 meses de prisión, e incrementarlo en 110 más por las conductas concursales, esto es, 20 por los demás accesos de esa especie, 50 meses por el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo, 30 meses por

[49] No obstante, en la parte resolutiva señaló un lapso de 10 años.

el de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y 10 meses por el de incesto, en concurso homogéneo.

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

En atención a que no se tiene un dato exacto de las fechas en que se ejecutaron cada una de las ilicitudes y el juzgador no sentó un parámetro que permita determinar el monto que corresponde a cada uno de los actos y accesos sexuales, se hace necesario establecer el tiempo en que fueron realizados e identificar los acaecidos antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008, en orden a redosificar, exclusivamente, la cantidad de pena correspondiente al periodo inicial.

Al respecto, se sabe que todos los actos delictivos ejecutados por el procesado se desarrollaron en un periodo de 83.96 meses, en tanto, los correspondientes al 1° de enero de 2005 y el 22 de julio de 2008, suman un espacio de tiempo

de 42.73 meses, es decir, 50.89%[50], mientras que los realizados en vigencia de la Ley 1236, entre el 23 de julio de 2008 y diciembre de 2011, alcanzan los 41.23 meses, es decir, 49.10%[51]

Como el único periodo objeto de redosificación debe ser el primero, porque para ese momento no estaba rigiendo la Ley 1236, la Sala tomará como base, respecto de esa fase, la pena prevista para los delitos concursantes, con la sola modificación de la Ley 890 de 2004, en orden a determinar el incremento que corresponde hacer a cada uno de ellos, atendiendo, en todo, a los parámetros del fallador de primer grado quien se ubicó en el cuarto mínimo pero por la gravedad de las conductas no partió del límite inferior.

Al aplicar igual criterio dosimétrico, se tiene, entonces, que para el concurso homogéneo de acceso carnal violento,[52] asignó 10.17 meses[53] y en realidad debió imponer 6.85[54] meses.

Para el punible de acceso carnal abusivo[55] asignó 25.44 meses[56] cuando debió ser 8.62 meses[57].

---

[50] 42.73 x 100% / 83.96 = 50.89%.
[51] 41.23 x 100% / 83.96 = 49.10%.
[52] La pena prevista en el original precepto 205 es de 128 a 270 meses de prisión; el primer cuarto va de 128 a 163.5 y el monto correspondiente es de 134.76 meses.
[53] 20 x 50.89%/100= 10.17
[54] 134.76 x 10.17 / 200 = 6.85.
[55] La pena prevista en el original 208 es de 64 a 144 meses de prisión; el primer cuarto va de 64 a 84 y el monto correspondiente es de 67.8 meses.
[56] 50 x 50.89% /100 = 25.44.
[57] 67.8 x 25.41 /200= 8.62.

Para el injusto de actos sexuales abusivos[58] asignó 15.26 meses[59], cuando debió ser 5.16 meses[60].

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

A su turno, por el concurso de conductas perpetradas en vigencia de la Ley 1236 de 2012, el monto que corresponde imponer es el de 48.52[61].

Lo anterior quiere decir que a los 200 meses del delito básico se le suman, por concepto de la primera fase del concurso 20.63 meses y por la segunda 48.52, más los 10 meses correspondientes al incesto, que no sufrió alteración, para un total de 279.15 meses de prisión, en lugar de los 310 meses tasados por el juez de primera instancia, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas determinada en las instancias por el término de diez (10) años.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

[58] La pena prevista en el original 209 es de 48 a 90 meses de prisión; el primer cuarto va de 48 a 58.5 y el monto correspondiente es de 50.8 meses.
[59] 30 x 50.89% / 100 = 15.26.
[60] 50.8 x 15.26 / 150 = 5.16.
[61] Esa cifra resulta de tomar el monto que por cada delito concursante fijo el juzgador y restarle la suma correspondiente, así: 20-10.78= 9.22; 50--25.44= 24.56 y 30-15.26= 14.74.

RESUELVE

Primero. **Casar parcialmente** la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 24 de mayo de 2013 y, en su lugar, condenar a **JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO** como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento agravado, acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, actos sexuales con menor de catorce años agravado e incesto, todos en concurso homogéneo y heterogéneo.

Segundo. **Excluir** de la imputación la circunstancia de agravación previste en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, conforme a lo razonado en precedencia.

Tercero. Fijar la pena de prisión impuesta al sentenciado **TRIANA BARRETO** en 279.15, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el término de diez (10) años.

Cuarto. Las demás determinaciones permanecen sin modificación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

aclara voto

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

aclara voto

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Aclaración de voto en el radicado 41948

Acta No. 17 del 25 de enero de 2017

Procesado: JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO

Mag. Ponente: EYDER PATIÑO CABRERA

Mags. Aclaran Voto: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

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

Cordialmente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado