



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Magistrado ponente

AP4945-2024

Radicación n.º 65158

Aprobado acta n.º 205

Quibdó, Chocó, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de decidir sobre la admisión, la Corte examina los fundamentos lógicos, jurídicos y argumentativos de la demanda de casación presentada por el defensor de **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ**, contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, proferida el 15 de agosto de 2023.

La sentencia recurrida confirmó la decisión condenatoria del 31 de mayo de 2022 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Caucasia, Antioquia,

modificando la calificación del delito e imponiendo la condena como autor responsable del delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, en lugar de acto sexual violento.

HECHOS

Los hechos jurídicamente que surgen de la actuación son los siguientes:

Los días 26 y 27 de octubre de 2010, Rosmary Henao Orrego y **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ**, ambos funcionarios del CTI adscritos a la Fiscalía General de la Nación y compañeros de trabajo, se desplazaron al municipio de Caucasia para cumplir con una comisión de servicios. Al finalizar la jornada laboral del 26 de octubre, se dirigieron a un hotel para descansar. Durante la noche del 26 y la madrugada del 27 de octubre de 2010, mientras Rosmary Henao Orrego dormía, se despertó asustada al darse cuenta de que José Gregorio Vergara López estaba en su cama, abrazándola con una mano y acariciando sus partes íntimas (senos y vagina) con la otra. Inmediatamente, Rosmary lo empujó y le exigió respeto, advirtiéndole que no se equivocara con ella. Vergara López, riéndose, le respondió que se tranquilizara y que se “dejara querer”, insistiendo en que “eso no duele”. A continuación, le expresó que ella le gustaba desde hacía mucho tiempo e intentó nuevamente realizar tocamientos, ante lo cual la

víctima reaccionó de manera preventiva, lo que llevó a Vergara López a retirarse a su propia cama. Sin embargo, después de un tiempo, intentó nuevamente realizar actos sexuales, manifestándole que “no lo dejara así”. Ante esta situación, Rosmary Henao Orrego decidió irse hacia la puerta de la habitación y pasar allí el resto de la noche.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 6 de febrero de 2019, en audiencia preliminar adelantada ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Cauca, Antioquia, la Fiscalía General de la Nación le imputó a **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ**, en calidad de autor, el delito de acto sexual abusivos con incapaz de resistir agravado, consagrado en el artículo 210 del Código Penal.

El ente acusador presentó escrito de acusación 6 de mayo de 2019 ante el Juzgado Penal del Circuito de Cauca. Ese despacho judicial adelantó la audiencia de formulación de acusación el 22 de mayo siguiente y en desarrollo de la misma la Fiscalía ajustó la calificación jurídica de los hechos al punible de acto sexual violento, según las previsiones del artículo 206 del Código Penal.

La audiencia preparatoria se desarrolló el 30 de septiembre de 2020.

La audiencia de juicio oral se llevó a cabo en sesiones del 29 de abril de 2021 y 23 de marzo de 2022. En esta última fecha el juzgado anunció la sentencia condenatoria en contra de **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ** en calidad de autor del delito de acto sexual violento, imponiendo la pena de 96 meses de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y 66 funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal. Por otro lado, se le negaron los subrogados penales al no cumplir con los requisitos legales para la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, según los artículos 63, 38 y 38B del Código Penal. mfContra esta decisión, la defensa interpuso recurso de apelación.

El 15 de agosto de 2023, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia confirmó la decisión de condena del *a quo*, y modificó la calificación del delito a acto sexual abusivos con incapaz de resistir, en lugar de acto sexual violento.

A su turno, la sentencia del *ad quem* fue objeto del recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el defensor de **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ**.

LA DEMANDA

El actor, tras identificar a los sujetos e instancias involucrados en la actuación, presenta un primer cargo

fundamentado en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, alegando un desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba y señalando un falso juicio de existencia por suposición. Sostiene que tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal Superior de Antioquia debieron realizar una valoración integral y exhaustiva de los dos testimonios presentados en el juicio oral, especialmente el de la víctima, Rosmary Henao Urrego, considerando la ausencia de pruebas periféricas que corroboraran sus declaraciones sobre la ocurrencia real del hecho y la posible responsabilidad del acusado.

El recurrente señala que **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ** fue inicialmente acusado del delito de acto sexual violento, por el cual fue condenado en primera instancia. No obstante, en segunda instancia, la condena fue modificada al delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir. Argumenta que en ambos casos, la condena se basó únicamente en el testimonio de la víctima, y que los juzgadores dieron a esta declaración un alcance desproporcionado, añadiendo elementos que no fueron mencionados en el testimonio y que crearon un escenario inexistente en el proceso.

Según la defensa, del relato de Rosmary Henao Urrego no se desprenden los requisitos establecidos para configurar el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, ya que este delito implica la realización de actos

sexuales con una persona en un estado comprobado de incapacidad física o mental que le impida decidir sobre el acto de connotación sexual, y que el acusado conozca y se aproveche de dicha condición. La defensa sostiene que el testimonio de la víctima muestra que ella estaba en pleno uso de sus facultades físicas y mentales al momento de narrar los hechos que, según ella, ocurrieron entre la noche del 26 y el amanecer del 27 de octubre de 2010 en el municipio de Caucasia.

El recurrente aduce que la valoración de este testimonio no requería la aplicación de la perspectiva de género para endilgar una responsabilidad inexistente al acusado, dado que el ente persecutor no aportó pruebas suficientes que respaldaran su pretensión de condena. Critica que, en lugar de absolver al procesado, lo que a su juicio hubiera sido adecuado, las magistradas de la sala mayoritaria del Tribunal se apoyaron en la perspectiva de género para interpretar el testimonio de la víctima de manera que encajara en la figura delictiva de incapacidad de resistir, añadiendo hechos y elementos no probados durante el juicio oral.

La defensa subraya que se demostró que tanto la víctima como el procesado estuvieron en Caucasia los días 25 y 26 de octubre, pero regresaron a Medellín al mediodía del 26, lo que hace imposible que los hechos hayan ocurrido en las fechas indicadas. Además, acusa al Tribunal de

suponer, sin justificación, que Rosmary Henao Urrego, por ser mujer, se encontraba en una incapacidad de resistir, cuando en realidad ella es una profesional del Derecho, con amplia experiencia y formación en defensa personal y protección de víctimas de abuso sexual.

El defensor afirma que, si bien es importante aplicar la perspectiva de género, esta debe hacerse con mesura y sin vulnerar los derechos fundamentales del procesado, ya que existe el riesgo de crear inseguridad jurídica y parcialidad en la administración de justicia. En respaldo de esta postura, cita la sentencia de la Corte del 8 de noviembre de 2007 (Radicado N° 26411), que enfatiza la importancia de una valoración probatoria adecuada, basada en la sana crítica y en los principios lógicos, científicos y de sentido común.

La defensa reconoce que, aunque no se requiere un número plural de testigos para probar la ocurrencia de un delito, es necesario establecer, al menos mínimamente, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y demostrar que existieron hechos previos, concomitantes y posteriores que sustenten la versión de la víctima y desvirtúen la presunción de inocencia del procesado.

En el segundo cargo, presentado de manera subsidiaria, la defensa solicita la nulidad del proceso por violación de garantías fundamentales, basándose en el

numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal. Este cargo se centra en la supuesta vulneración del derecho al debido proceso y a la defensa técnica, advertida desde la audiencia de acusación y desestimada por el juez de primera instancia.

La defensa argumenta que la Fiscalía erró al modificar la imputación inicial de acto sexual abusivo con incapaz de resistir por el delito de acto sexual violento, sin una adecuada fundamentación o hechos relevantes que justificaran este cambio. Señala que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 prohíbe condenar al acusado por hechos no incluidos en la acusación ni debatidos en el juicio oral. Sin embargo, el procesado fue condenado en segunda instancia por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, sin que se hubiera probado que la víctima estuviera en estado de inconsciencia, tuviera un trastorno mental, o estuviera en incapacidad de resistir, ni que el acusado se hubiera aprovechado de esa condición.

La defensa sostiene que esto no solo vulnera el derecho de defensa, sino también el principio de que cada tipo penal tiene requisitos específicos y contradictorios, lo que impide su mutación en la sentencia. Por ello, considera que la única solución viable es la nulidad de todo lo actuado desde la presentación del escrito de acusación, para que la Fiscalía ajuste la imputación o presente un nuevo escrito conforme a los hechos probados. Concluye

que, de esta manera, se garantizará un debate probatorio acorde con las normas procesales y el respeto a los derechos constitucionales. Por estos motivos, solicita la nulidad de todo lo actuado desde la presentación del escrito de acusación.

CONSIDERACIONES

El recurso de casación tiene como objetivo garantizar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías, la reparación de los agravios y la unificación de la jurisprudencia. Sin embargo, no es un espacio adicional para prolongar la discusión propia de las instancias previas. Por lo tanto, la demanda de casación debe cumplir con requisitos formales y sustanciales que permitan a la Corte identificar el error judicial, su impacto en la decisión y su relevancia, demostrando que, de no haberse cometido dicho error, el fallo habría sido diferente y favorable al recurrente.

La casación es un recurso extraordinario que permite a las partes inconformes cuestionar ante la máxima autoridad judicial la constitucionalidad y legalidad de una sentencia de segunda instancia. Si se demuestra un error trascendental, ya sea por el recurrente o por la Corte de oficio, se puede rescatar la legalidad de la decisión. Sin embargo, si la demanda no logra refutar la providencia al no evidenciar claramente un error que contradiga la

Constitución o la ley, o si la Corte considera que el problema planteado es irrelevante respecto a las conclusiones del caso concreto, la demanda será inadmitida.

Cargo principal

La Sala advierte que los reproches formulados en la demanda de casación no tienen la aptitud para ser estudiados de fondo, tanto por la falta de una debida argumentación como porque los cuestionamientos están infundados. En primer lugar, el censor no presentó de manera precisa y clara la causal de casación ni sus fundamentos fácticos y jurídicos, y el libelo contiene reclamos que no se refutan materialmente en la sentencia impugnada, evidenciando así un desconocimiento por parte del demandante de los principios fundamentales del recurso de casación y su conexión con las causales legales.

Para la Sala, resulta importante recordar que la violación indirecta de la ley sustancial, que se refiere a errores en la apreciación de la prueba, puede ser de dos tipos: errores de derecho y errores de hecho.

Ahora, los errores probatorios de hecho se dividen en (i) Falso juicio de existencia: cuando el juez omite valorar una prueba que está en el expediente (omisión) o considera pruebas inexistentes en el proceso (suposición). (ii) Falso

juicio de identidad: cuando el juez altera el contenido de una prueba, distorsionando información relevante, lo que puede darse por cercenamiento, adición o tergiversación; y (ii) Falso raciocinio: cuando el juez interpreta una prueba de manera contraria a las reglas de la lógica, la experiencia o la ciencia.

La acreditación de un falso juicio de existencia o de un falso juicio de identidad, por tratarse de vicios objetivos y claros, es relativamente simple. En el caso del falso juicio de existencia, basta con identificar el contenido de la prueba omitida y su ubicación en el expediente, o señalar la precisión fáctica correspondiente a un medio de prueba que no pertenece a los aportados legalmente. En cuanto al falso juicio de identidad, es suficiente comparar la prueba de manera fiel con la síntesis o interpretación que hizo el funcionario para evidenciar cualquier eliminación, adición o tergiversación de su contenido.

Por otro lado, el falso raciocinio se distingue de los anteriores porque el medio de prueba existe legalmente y su contenido es captado fielmente por el funcionario. Sin embargo, al valorarlo, se le asigna un peso persuasivo que contraviene los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de experiencia, el sentido común o las leyes científicas.

Si el cargo se basa en falso raciocinio, el demandante debe demostrar cómo se valoró incorrectamente la prueba, cuál sería la inferencia correcta y qué regla lógica, científica o de experiencia se ignoró. Además, debe mostrar cómo este error afectó el resultado de la sentencia, indicando que, de no haber ocurrido, la decisión habría sido diferente.

En resumen, el falso raciocinio se refiere a errores en la valoración crítica de la prueba que llevan a conclusiones contrarias a la lógica o a la ciencia, por lo que para que la alegación sea válida, el demandante debe identificar claramente el error y su trascendencia en el fallo.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala ha concluido reiteradamente que no es posible alegar simultáneamente un falso juicio de identidad o existencia y un falso raciocinio sobre la misma prueba. Los primeros afectan el contenido de la prueba, mientras que el falso raciocinio se refiere a su interpretación, por lo que intentar combinar estos argumentos en un mismo cargo violaría el principio de no contradicción.

En el caso concreto, el demandante alega un error por falso juicio de existencia por suposición, argumentando que el Tribunal valoró incorrectamente el testimonio de la víctima como la única prueba de culpabilidad. Sin embargo, este argumento resulta inconsistente y contraviene el principio de no contradicción en los cargos formulados, ya

que el falso juicio de existencia por suposición ocurre únicamente cuando se considera una prueba que no está en el expediente.

La queja del recurrente se estructura a partir de la credibilidad otorgada al testimonio de la víctima, por lo que ningún error de apreciación probatoria se desprende de la censura propuesta por el actor, pues ni siquiera identifica, su contenido, lo inferido por el Tribunal a partir de éste, ni la razón por la que el proceso inferencial es defectuoso, de modo que la conclusión acogida en el fallo sea incorrecta por reñir, ya sea con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

En el asunto objeto de estudio, sin dificultad observa la Sala que la defensa presenta el cargo sin sujeción a las obligaciones anotadas por las siguientes razones:

El discurso de la demanda no pasa de ser la manifestación del inconformismo del recurrente con la hipótesis delictiva del sentenciador que acogiendo lo manifestado por la víctima, concluyó que **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ** ejecutó actos sexuales abusivos en su contra conforme a la situación fáctica por la que se le acusó.

En manera alguna refiere el demandante en qué consistió la incorrecta valoración de la prueba testimonial y si el error recayó sobre la prueba del hecho indicador o

sobre la inferencia lógica. Se conforma con decir que el Tribunal supuso el contenido de la prueba, al parecer refiriéndose a que el hecho no pudo siquiera suceder por la línea temporal propuesta en su alegato y que el testimonio de la víctima no goza de credibilidad, por ser testigo único.

En ningún momento el recurrente rebate los motivos por los cuales el sentenciador otorgó credibilidad a la testigo, omite poner de presente a la Sala de qué forma fueron estimadas o la conclusión que se dedujo en el fallo a partir de ellas, ejercicio que no puede ser asumido por la Corte en razón del principio de limitación que rige el recurso extraordinario y que claramente pretende el censor que la Sala emprenda oficiosamente.

Es así que el demandante falta a los principios de crítica vinculante y sustentación suficiente, toda vez que desconoce la Sala en qué consiste el yerro de raciocinio que denuncia, cuál en concreto fue el aspecto supuesto o indebidamente apreciado y porqué la tesis delictiva del Tribunal esta permeada por la duda en torno a la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del encartado.

Contrario a este razonamiento, el testimonio de la víctima revela que en la madrugada del 27 de octubre de 2010, en la habitación del hotel en Caucasia, Antioquia, solo estaban presentes Rosmary Henao Urrego y el procesado **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ**. Esta situación implica que solo ellos dos pudieron ser testigos de los hechos ocurridos esa madrugada. Por lo tanto, en un

delito sexual ocurrido a puerta cerrada, el testimonio de la víctima es crucial. El recurrente ignora tanto el principio de libertad probatoria como el de libre valoración, que faculta a los falladores para que analicen el testimonio considerando las condiciones personales del testigo, su capacidad de recordar y evocar hechos, y cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad.

Si el recurrente quería cuestionar la credibilidad del testigo, debía demostrar un error en la valoración racional del testimonio. En el marco del sistema de apreciación racional, el juez tiene un margen de discrecionalidad en la valoración probatoria, limitado solo por los principios de la sana crítica.

La víctima y **VERGARA LÓPEZ** estuvieron en Caucasia el 26 de octubre, y la agresión ocurrió durante la madrugada del 27 de octubre de 2010. La testigo confirmó que el 26 de octubre se trasladaron a Caucasia para cumplir una misión de trabajo como investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación y permanecieron allí hasta el 27 de octubre, a pesar de que la misión estaba autorizada por tres días. Por lo tanto, no existe contradicción entre la declaración de Rosmary Henao Urrego y la acusación respecto a la fecha de los hechos. La afirmación del recurrente de que los hechos ocurrieron el 25 y 26 de octubre de 2010 no encuentra sustento, dado que tanto la imputación como la acusación especifican que el incidente ocurrió en la madrugada del 27 de octubre de 2010.

En palabras del Tribunal:

« Analizado el relato de la señora Rosmary Henao Urrego se tiene que, en efecto, se Trata de un caso con testigo único y creíble porque:

- i) Fue preciso y detallado en describir que cuando despertó en la madrugada del veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010), en la habitación del hotel en Cauca, vio al acusado en su cama y sintió que la tenía abrazada y le manoseaba la vagina y los senos por encima de la ropa. Así mismo, que intentaba pararse para evitar seguir siendo abusada, pero el procesado la tiraba a la cama y nuevamente la abrazaba con fuerza con un brazo y con el otro la manoseaba.*
- ii) Fue circunstanciado y rico en detalles, pues la deponente respondió sin titubeos a las siguientes preguntas. a) ¿Qué pasó? Mientras dormía y despierta le tocaron la vagina y los senos por encima de la ropa cuando con fuerza el hombre la abrazaba con un brazo y con el otro le manoseaba las partes íntimas. b) ¿Quién? El procesado, su compañero de trabajo en el CTI, JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ. c) ¿Dónde? En Cauca, Antioquia, en un hotel donde se hospedaron ubicado en inmediaciones de la oficinas del Cuerpo Técnico de Investigación de ese municipio, en una habitación de dos camas que compartieron y, d) ¿Cuándo? En la madrugada de la*

primera noche que pernotaron en ese hotel, es decir, el veintisiete (27) de octubre de 2010.

- iii) Su credibilidad no fue impugnada por la defensa en la forma señalada en el artículo 403 Ley 906 de 2004.*
- iv) No se infiere motivo alguno para que la señora Rosmary Henao Urrego haya mentido bajo la gravedad del juramento, además, aseguró, JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ era su compañero de trabajo, respecto de quien jamás se imaginó iba a recibir ese trato.*
- v) Ciertamente Rosmary Henao Urrego tardó en formular la denuncia, sin embargo de manera razonable informó los motivos para que así procediera: no quería que su familia se enterara de esa desagradable y vergonzosa experiencia y tampoco sus compañeros de trabajo para no verse comprometida en murmuraciones y burlas. Explicación sensata, más cuando asegura que la motivación de denunciar surgió cuando el Jefe del Cuerpo Técnico de Investigación la llamó para comentar una situación similar en la que estaba involucrado el procesado y ella llorando le manifestó lo sucedido con él el día de marras. Situación que explica por qué el Dr. Hernán de Jesús Morales, Director del Gaula, Antioquia, no conociera los*

hechos investigados, lo cual no debilita la credibilidad del testimonio.

vi) De haber sido falsa la sindicación hubiese podido ser denunciada por el delito de falsa denuncia en contra de persona determinada, pero el procesado no lo hizo o por lo menos ese planteamiento no se efectuó por la defensa.»

Es justamente con la anterior conclusión con la que riñe el censor, que solo expone como soporte para tal desacuerdo, su propio criterio, al considerar llanamente que el testimonio de la víctima no es suficiente.

Emerge claro que la cuestión propuesta en casación se remite a la credibilidad del testimonio de la víctima, lo cual en los términos en que lo propone el demandante, resulta ajeno al recurso extraordinario, ya que como se dijo al inicio de las consideraciones, la sentencia de segundo grado arriba a la Corte revestida de la presunción de acierto y legalidad, por lo que su ataque tiene que encaminarse por las causales de casación, pues no es de otra manera que se logra la demostración de errores de procedimiento, de derecho o de apreciación probatoria.

En ese orden, discusiones en torno al mérito dado a los medios de convicción con fundamento en un discurso de libre elaboración fundado en el criterio del demandante, impide que la Sala emita un pronunciamiento de fondo, habida cuenta que el recurrente incumple la carga de hacer ver la incursión del Tribunal en un falso raciocinio, que

además de no haber sido debidamente formulado, no apega su queja a los requerimientos propios de esta clase de error de hecho y tampoco la Corte así lo advierte.

Además, el recurrente sostiene que el Tribunal otorgó credibilidad al testimonio de la víctima basándose innecesariamente en una perspectiva de género, lo que, según su criterio, "acomodó" la versión de la víctima a la normativa sobre incapacidad de resistir debido a su condición de mujer. No obstante, esta afirmación tergiversa la verdad material del fallo y es jurídicamente incorrecta.

La perspectiva de género no es una opción ni una facultad discrecional al valorar el testimonio de una víctima de delitos contra la libertad, formación e integridad sexual, como el que se examina en este caso. Este enfoque constituye una obligación constitucional y supraconstitucional que los operadores de justicia deben cumplir al valorar la prueba. Su propósito es garantizar que las decisiones judiciales no se vean afectadas por estereotipos o prejuicios de género.

La omisión de este enfoque, constituiría, ahora sí, en un error valorativo de la prueba, ya que su desconocimiento se refleja en razonamientos inductivos inadmisibles, tales como inferir el consentimiento de la víctima de delitos sexuales a partir de su silencio o la falta de resistencia física, entre otros. La falta de aplicación de la perspectiva de género no solo implica un incumplimiento normativo, sino

que también vulnera los derechos a la verdad y la justicia de las víctimas.

La Sala ha precisado enfáticamente que la perspectiva de género no elimina el estándar probatorio requerido para dictar una condena, ni obliga a aceptar automáticamente el testimonio de quienes denuncian violencia sexual. En cambio, exige que la valoración de la prueba se realice sin recurrir a argumentos o inferencias basadas en estereotipos de género. Este mandato es vinculante para las autoridades judiciales sin que de ninguna manera se constituya como puerta de entrada al desconocimiento de las garantías fundamentales de los procesados, tal y como lo plantea el censor.

Por estas razones, se inadmite el cargo.

Cargo subsidiario

El cargo subsidiario planteado por el censor solicita la nulidad de lo actuado desde la acusación, argumentando que el Tribunal, al modificar la calificación jurídica de acto sexual violento a acto sexual abusivo con incapaz de resistir, transgredió el principio de congruencia y vulneró la garantía fundamental del debido proceso y el derecho a una defensa técnica adecuada.

Como primera premisa para el análisis del cargo formulado, resulta relevante recordar que de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que cuando se alega la trasgresión al principio de congruencia, lo procedente no es decretar la nulidad sino ajustar la sentencia a la acusación, para de esa manera corregir el yerro atribuido al fallador de primera y/o segunda instancia (entre otras, CSJ SP, 11 Dic. 2003, Rad. 19775 y CSJ SP, 25 May. 2015, Rad. 42287). En este caso, si la Corte encontrara probado el yerro que el demandante le atribuye al Tribunal, el remedio no sería la nulidad, como éste lo solicita, sino que tendría que ajustar la sentencia a la acusación, por lo que será desde este momento procesal que se realice el examen de admisibilidad.

En la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía le atribuyó al procesado, a título de autor, el delito de acto sexual violento. Sin embargo, se advierte que el juez de segunda instancia condenó al procesado por un delito no incluido en la formulación oral de la acusación, por lo que, en lugar de emitir condena por el delito de acto sexual violento, lo hizo por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

El principio de congruencia, como garantía estructural en los sistemas procesales que consagran la separación funcional de las labores de acusación y juzgamiento, implica que el fallo judicial debe ser consonante o

concordante con la acusación en el aspecto personal (la persona acusada), fáctico (los hechos jurídicamente relevantes), y jurídico (la calificación o valoración jurídica de la conducta).

La Sala, reiteradamente, ha señalado los eventos en los que el juzgador vulnera o desconoce este postulado. En CSJ AP6587-2016, rad. 48660, los precisó de la siguiente manera:

“En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. entre otras, CSJ SP, 6 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 nov. 2007, postulado cuando se condena en alguno de los siguientes escenarios: (i) por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación; (ii) por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación; (iii) por el injusto atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación, (iv) suprimiendo una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación. Y, tratándose del elemento fáctico, ha afirmado que el aludido principio se vulnera si se desconoce el núcleo esencial de la imputación fáctica (CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 jun. 2009, rad. 28649, y CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253).”

La congruencia constituye un límite a las facultades del juzgador. Por principio, el juez no puede fallar sobre hechos que no fueron imputados, ni por delitos que no fueron objeto de acusación. Pero también está relacionada con el derecho a conocer los fundamentos de la acusación, el derecho a la defensa y el derecho a la controversia o contradicción.

Esto ha llevado a la sala a insistir en la necesidad de que la fiscalía exponga clara y sucintamente en la acusación los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto inciden en otros temas transversales del juicio, como es el tema de prueba y el derecho de defensa. Precisamente por esta incidencia es que se ha considerado que los hechos expuestos en la acusación son intangibles e inmodificables (congruencia sobre el núcleo fáctico).

Sin embargo, la Sala ha sostenido que mientras la congruencia es rígida en su dimensión fáctica, es flexible en su dimensión jurídica, por lo que es posible que el juez se aparte de la calificación jurídica formulada por la fiscalía y condene por un delito distinto, siempre y cuando concurren ciertas condiciones. En CSJ SP792-2019, rad. 52066, la Sala indicó sobre este tema lo siguiente:

“...como la congruencia no es estricta, sino flexible, es viable que, sin lesionar dicho principio, el juez se desvíe jurídicamente del contenido de la acusación y

condene por un reato diverso al allí imputado, siempre que:

“i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad —en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal—;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes» (CSJ AP5715-2014).

...

El proceso regido por la Ley 906 de 2004, entonces, adopta un sistema rígido de la descripción fáctica y flexible de la delimitación típica o jurídica, en virtud del cual el principio de congruencia se satisface si se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, mientras que la calificación jurídica puede ser modificada durante el proceso «por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa» (CSJ SP4792-2018).”

De acuerdo con este entendimiento, la variación de la calificación jurídica procede incluso cuando la nueva calificación no corresponda al mismo título o capítulo del Código Penal, siempre y cuando la modificación se oriente

hacia un delito de igual o menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación.

En el caso concreto, la Sala encuentra que el núcleo fáctico se mantuvo inalterado desde la audiencia de formulación de imputación hasta la sentencia condenatoria. El fallo es fácticamente congruente con la comunicación y la formulación de los cargos.

Al momento de presentar el escrito de acusación y verbalizarlo en la respectiva audiencia, la fiscal sintetizó los hecho así:

“Para los días 26 y 27 de octubre 2010 la señora Rosmary Henao Orrego, identificada por cédula de ciudadanía 43591305 funcionaria del CTI de la fiscalía se desplaza en una comisión hacia el municipio de Caucasia, Antioquia, en compañía de un compañero de nombre JOSÉ GREGORIO VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía 92519665. Al terminar el día trabajo, el 26 de octubre de ese año, se dirigen a un hotel donde se dedican al descanso, en el transcurrir de la noche del 26 al 27 de octubre 2010, cuando la señora Rosmary se encontraba dormida se despierta asustada y se da cuenta que en su cama se encontraba el señor José Gregorio Vergara quien con una mano la tenía abrazada y con la otra le estaba acariciando su cuerpo

en sus partes íntimas (senos vagina), de inmediato la señora Rosmary lo empuja y le dice que la respete, que no se equivoque con ella, el señor José se ríe y le dice que tranquila que se deje querer que eso no duele; seguidamente le manifiesta que ella le gusta, que ella le gusta hace mucho tiempo e intenta de nuevo realizar tocamientos a la señora Rosmary y ella reacciona nuevamente de forma preventiva y el señor JOSÉ VERGARA decide irse a su cama; pasado el rato trata nuevamente realizar actos sexuales a la señora Rosmary diciéndole que no lo dejara así, por lo que la señora Rosmary decide irse hacia la puerta de la habitación y amanecer allí.”¹

De esta relación de hechos aparece claro que la Fiscalía sentó la premisa fáctica de la acusación y que ésta permaneció inalterada durante toda la actuación, incluyendo las sentencias de instancia.

En lo que tiene que ver con la calificación jurídica, la Fiscalía en la acusación le atribuyó al procesado el delito de acto sexual violento, a título de autor. En el fallo de primera instancia, el juzgador condenó por el delito de acto sexual violento, mientras que la decisión de segunda instancia si bien mantuvo el carácter condenatorio del fallo, modificó la calificación jurídica a acto sexual abusivo con incapaz de

¹ Audiencia de acusación realizada el 22 de mayo de 2019, minuto a minuto 13:53 a 16:32

resistir. La variación se justificó en la sentencia de la siguiente manera:

“Bien se ve, que la conducta desplegada por JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ en la aurora del veintisiete (27) de octubre de 2010, en la habitación del hotel de Caucasia, Antioquia, donde pernoctaba con su compañera de trabajo Rosmary Henao Urrego se adecúa al tipo penal de acto sexual abusivo en incapaz de resistir, en tanto el manoseo llevado a cabo en las partes íntimas de la mujer, por encima de la pijama, lo desplegó mientras ella dormía y por esa razón no estaba en posibilidad de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar ese trato libidinoso en sus partes íntimas. La persona dormida, o en sueño profundo, tiene bloqueadas sus funciones cognitivas lo cual le impide dar su consentimiento para sostener un trato sexual, tal cual le ocurrió a la señora Rosmary Henao Urrego, pues cuando se despertó esa madrugada advirtió que JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ le manoseaba sus partes íntimas y al reclamarle él le respondió que le gustaba hacía mucho tiempo y continuó con su ilícito propósito no obstante los reclamos, súplicas y rechazo de la mujer. Huelga mencionar, la testigo en su relato hace alusión a dos episodios de tocamientos en su cuerpo ocurridos ese mismo día y realizados por el acusado: el primero, ocurrió mientras dormía, pues el procesado aprovechó

esa circunstancia para, sin su aquiescencia, manosearle las partes íntimas por encima de la pijama; el segundo, mencionado no con mucha claridad, ocurrió cuando ya despierta la somete a la fuerza abrazándola con un brazo y manoseándola con el otro, según ella intentaba impedirlo, pero él la lanzaba contra la cama. Para el Tribunal, ese segundo episodio no fue contemplado en la imputación ni acusación como relevante, contrario a lo comprendido por el A quo.

...

Así, no sería acertado que el Tribunal profiriera una sentencia de condena por ese hecho, en tanto no fue atribuido ni en la imputación ni en la acusación. Ahora aceptando en gracia de discusión que si se haya definido este hecho como relevante, tampoco podría emitirse una sentencia por cuando no se imputó jurídicamente esa conducta en concurso heterogéneo. Tal como se indicó anteriormente, a pesar de que el procesado fue acusado y condenado como autor de actos sexual violento, según las previsiones del artículo 206 del código penal, el cual es sancionado con pena de prisión que oscila entre los ocho (8) a dieciséis (16) años, puede ser sentenciado, sin compromiso del principio de congruencia, por el delito de acto sexual abusivo con incapaz de resistir, descrito y sancionado en el inciso segundo del artículo 210 de la misma obra, en tanto prevé igualmente pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.”

Refulge para la Sala que la argumentación aportada por el fallador de segunda instancia observa los derroteros fijados para que opere la modificación de la calificación jurídica, estos son: (i) que se mantuvo la congruencia fáctica entre la acusación y el fallo impugnado; (ii) la conducta por la que se emite condena resultó de igual entidad punitiva a la propuesta en la acusación, (iii) el delito por el que se condena debe ser del mismo género de los incluidos en la acusación, y (iv) que con el cambio de calificación jurídica no se cause perjuicio a los sujetos procesales y demás intervinientes.

De esta manera, queda claro que el Tribunal no alteró el núcleo fáctico de la imputación. Frente a este punto cabe aclarar que una cosa es que en la sentencia se cambien - por supresión, adición o tergiversación- los hechos planteados por la Fiscalía en la acusación (lo que no ocurrió en este caso), y otra muy distinta que se discuta sobre el sentido y alcance de los hechos descritos en abstracto por el legislador como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, pues esto último, sin duda, está en el ámbito de la interpretación y aplicación de la ley.

La anterior aclaración es necesaria porque, durante su intervención, el impugnante sostuvo que si bien ambos delitos son de carácter sexual, se sorprendió a la defensa sobre el hecho de que la víctima se encontrara en un estado

que le permitiera resistir la agresión sexual., por lo que, a su parecer, el Tribunal alteró el núcleo fáctico de la acusación.

De acuerdo a las probanzas de este asunto, desde la acusación, como ya se dijo, la defensa conoció que la Fiscalía al fijar los hechos jurídicamente relevantes en la acusación, puso de presente que la agresión sexual en contra de la víctima se produjo mientras ella dormía en la habitación que para la madrugada del 27 de octubre de 2020 compartía con el procesado.

Así las cosas, La Sala, ha señalado presupuestos claros con ocasión a definir los delitos de índole sexual que el legislador pretendió proteger: “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia.”².

Ahora, tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esto es, el acto sexual abusivo con incapaz de resistir, se pueden verificar, entre otras hipótesis, con persona en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir”, es decir, estar en condiciones que

² CSJ SP 24 feb. 2010. Rad. 32872.

no le permiten comprender esa actividad sexual o prestar su consentimiento para ello.

Así, su materialidad se constituye más que en la realización del comportamiento libidinoso, el que este se haya producido valiéndose de la imposibilidad de la víctima para comprender o autorizar dicho encuentro, teniendo en cuenta que en tales circunstancias “se enerva su libertad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”.

Al respecto tiene expresado la Corte:

“Así las cosas, la esencia del injusto no reposa basilarmente en la capacidad de la persona para comprender la conducta sexual, sino en la trasgresión de las condiciones normales en las que puede dar su aquiescencia para la misma, ya que es esta última esfera ontológica el objeto de custodia del bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos, pues un aspecto esencial de la dignidad humana es el respeto y la protección de la libre expresión de la voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en

un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente, entre actuar o no hacerlo”³

De manera que, los casos en que la víctima se encuentra en circunstancias de inconsciencia, son entendidos como episodios temporales durante los cuales la persona está en imposibilidad de manifestar su aceptación o rechazo, entre otros, por el sueño y las condiciones de disminución de los sentidos, que impiden reacción oportuna al ataque, aspectos sobre los cuales la Sala tiene dicho:

“Estado de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, la inconsciencia es despersonalización, aunque psicológicamente la víctima oponga relativa resistencia acorde con su inteligencia normal y su afectividad constante, a las agresiones físicas o que atentan contra los principios y virtudes forjados durante su existencia,

³ Cfr. CSJ. AP, 25 nov. 2008, rad. 30546; CSJ AP, 24 feb. 2016 y CSJ SP229, 9 feb 2022. Rad.50487.

es decir, para su configuración no se requiere que quien entre en ese estado quede en el coma profundo, anterior a la muerte, sino que, simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor. (...)

*Así, los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son **el sueño**, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas, sin que su origen deba auscultarse en alteraciones patológicas, en cuanto apenas pueden constituir una etapa pasajera e incluso fugaz, padecida por una persona normal, su médula desde la perspectiva jurídica es la alteración que causan en el recto juicio y el influjo negativo en el proceso de autodeterminación y toma de decisiones”⁴*

De lo anterior se desprende, contrario a lo argumentado por el libelista, que para la estructuración del tipo penal de acto sexual con persona en incapacidad de resistir no se exige que el sujeto pasivo llegue al estado de inconsciencia plena, suficiente es que a consecuencia del sueño se altere su proceso síquico al punto que no comprenda lo que ocurre a su alrededor.

⁴ Cfr. C.S.J. SP20 feb. 2008. Rad. 23290. Las negrillas no son del texto original.

Bajo estas consideraciones, se inadmitirá también el cargo subsidiario.

Además, la Sala tampoco advierte de forma manifiesta la necesidad de cumplir con alguno de los fines de la casación contemplados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, por ende, ningún pronunciamiento oficioso hará contra la decisión dictada por el Tribunal; pues, no se observa que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación se hayan vulnerado derechos o garantías de partes o intervinientes.

Corolario lo anterior, la demanda será inadmitida y, al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, concordante con las reglas definidas por la Sala en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322 y precisadas en CSJ AP3481-2014, rad. 42597, procede la insistencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de **JOSÉ GREGORIO VERGARA LÓPEZ** contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

Segundo. Conforme al inciso 2° del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

24

Caso



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



~~GERSON CHAVERRA CASTRO~~



~~JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO~~



~~HUGO QUINTERO BERNATE~~



~~CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO~~

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

Código de verificación: EC9F449A10C093CFF189078E535E0E9E2299C6C4CA3C4CBCBD8D4F2C7371CB02

Documento generado en 2024-09-06