TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.
–SALA PENAL–

Magistrado Ponente:	**MARIO CORTÉS MAHECHA**
Radicación:	110016000019201806744
Contra:	Diego Alfredo Linares Castrillón
Delito:	Acceso carnal violento
Motivo:	Auto 2ª instancia
Decisión:	Revoca
Aprobada:	Acta N. 068

Bogotá D. C., dos (2) de junio de dos mil veinte (2020).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa contra la decisión del 27 de junio de 2019, mediante la cual el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad improbó el preacuerdo suscrito por la delegada del ente acusador y el procesado **Diego Alfredo Linares Castrillón**.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En audiencia preliminar celebrada el 13 de noviembre de 2018 la Fiscalía formuló imputación a **Diego Alfredo Linares Castrillón** por el

delito de acceso carnal violento agravado por los numerales 2º y 5º del artículo 211 del Código Penal.

El fundamento fáctico de los cargos consistió en que el antes aludido, el 14 de septiembre de 2018, ingresó arbitrariamente al apartamento habitado por Érika Julieth Ariza Giraldo, esposa de su hermano, situado en la calle 38 sur # 78-I-41, barrio Kennedy de esta ciudad, y allí mediante violencia, tras despojarla de sus prendas de vestir, le tocó los senos y le introdujo los dedos en la vagina.

2. El 5 de febrero de 2019 el ente investigador presentó el respectivo escrito de acusación, cuya audiencia de formulación la realizó el Juez Séptimo Penal del Circuito el 4 de marzo siguiente.

3. La audiencia preparatoria la llevó a cabo el 20 de mayo del mismo año, al término de la cual convocó para el día 27 de junio postrero el juicio oral, en cuya data la Fiscalía solicitó variar el objeto de la audiencia para presentar, en su lugar, el preacuerdo al cual arribó con el procesado, consistente en que éste aceptaba la responsabilidad a cambio de degradar la conducta punible atribuida para pasar de acceso carnal violento agravado a acoso sexual agravado.

4. Expuestos los términos del convenio, el representante de la víctima manifestó no oponerse al mismo.

5. En el curso de esa misma audiencia el funcionario judicial improbó el preacuerdo, decisión contra la cual se alzaron en apelación la propia Fiscalía y el defensor del acusado.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

El *a quo* estimó ilegal el preacuerdo, pues el acoso sexual contempla una tipicidad sustancialmente diferente a la del acceso carnal violento. Es

así como, añadió, el primero de esos ilícitos se refiere a relaciones de autoridad o superioridad manifiestas utilizadas para hostigar o asediar física o verbalmente con fines sexuales, mientras el segundo a accesos o penetraciones, en este caso, con los dedos.

Se trata, insistió, de conductas ónticamente diversas, en cuanto el núcleo fáctico de la primera es totalmente ajeno al del segundo. En ese sentido, juzgó más factible degradar un acto sexual violento a un acoso sexual, según así lo ha expresado la jurisprudencia y la doctrina (no indicó cuáles), que un acceso carnal violento a un acoso sexual.

En su sentir, además, la negociación atenta gravemente contra el prestigio de la administración de justicia, pues implica reconocerle un beneficio excesivo, si se tiene en cuenta la sensible diferencia de las sanciones establecidas para esas conductas.

RAZONES DE LOS RECURRENTES

1. El delegado de la Fiscalía estimó que con el convenio no se está lesionando la administración de justicia sino solucionando el conflicto de manera pronta y eficaz y, además, humanizando la justicia, atendiendo la ausencia de antecedentes del procesado y que se trata de un hecho ocurrido en una sola ocasión, cuyos ilícitos, por lo demás, se encuentran en el mismo capítulo.

2. El defensor prohijó los argumentos del ente acusador y, además, señaló que con su decisión el juez está desconociendo la voluntad de la víctima y pasando por alto la falta de demostración de la conducta atribuida al procesado, esto es, la introducción de sus dedos en la vagina de su cuñada, como también el hecho de encontrarse éste en estado de embriaguez cuando ocurrieron los hechos y que tiene una hija de seis años de edad.

3. El representante de la víctima ratificó su manifestación consistente en haber aceptado el preacuerdo, con miras a dar por terminada rápidamente la acción penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La calificación jurídica de la conducta objeto de investigación es función del resorte exclusivo de la Fiscalía, a cuyo ente le corresponde de manera autónoma diseñar los términos de la imputación y de la acusación, acorde con los supuestos fácticos que en su momento ha encontrado establecidos y con su criterio jurídico, sin que el juez y mucho menos las partes o intervinientes procesales puedan imponérselos, ni siquiera en los casos de preacuerdos o allanamientos.

Dicha regla, sin embargo, tiene como excepción los casos en los cuales el ente acusador quebranta las garantías constitucionales o legales.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene señalado que el juez no puede, por regla general, ejercer control material sobre los preacuerdos o negociaciones y, por ende, le está vedado *"inmiscuirse en la calificación jurídica definida"* por la Fiscalía, salvo cuando el *nomen iuris* propuesto "*se aparta arbitrariamente de la cuestión fáctica acaecida, atenta groseramente contra el principio de legalidad o vulnera garantías fundamentales de las partes o intervinientes*[1]*"*.

Precisamente por eso, al examinar la constitucionalidad del artículo 350 de la codificación procesal precitada, conforme al cual al ente acusador le es permitido, en desarrollo de los conversaciones adelantadas para llegar a algún acuerdo, tipificar *"la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena"*, la Corte Constitucional

[1] Auto del 27 de septiembre de 2017, rad. 45964.

en la sentencia C-516 de 2007 condicionó su exequibilidad, *"en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley preexistente".*

La aludida postura la ratificó la Corte Suprema más recientemente cuando expresó:

> *"De conformidad con el criterio reiterado de la jurisprudencia, el juez no puede ejercer un control material sobre la acusación, puesto que la calificación del hecho punible es un asunto que es del resorte exclusivo del ente persecutor. Esta regla irradia de la misma forma los preacuerdos por ser equivalentes a la acusación. (Así se indicó en CSJ SP 14 jun de 2017., Rad. 47630, que a su vez cita la decisión CSJ, AP del 16 de octubre de 2013 rad. 39.886).*
>
> *La única forma en la que el juez puede entrar a modificar la adecuación jurídica de la conducta, es porque advierta la violación de garantías fundamentales, «por ejemplo, cuando la conducta atribuida al procesado deviene atípica o carece de antijuridicidad en sentido material, eventualidades conculcadoras del debido proceso en su componente de legalidad[2], por imposibilidad de adecuar los hechos a un tipo de injusto»[3], o cuando se verifique un apartamiento absurdo entre lo fáctico y lo jurídico"[4].*

La desarmonía entre el supuesto fáctico y el jurídico, por tanto, debe ser manifiesta, grosera o protuberante. Como lo señaló la Corte Suprema en otra decisión, *"lo que no puede suceder es que… se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el*

[2] Cfr., por ejemplo, CSJ SP 8 jul. 2009, rad. 31.531 y SP 14 ago. 2012, rad. 39.160.
[3] CSJ SP. Jun. 14 de 2017 rad. 47630.
[4] SP3723, 5 de septiembre de 2018, rad. 51551.

superior funcional (o el juez de primera instancia, agrega el Tribunal) *razonan diferente o mejor"*[5]*.*

Eso último es exactamente lo que ocurre en el presente caso. El *a quo* estima que la Fiscalía no puede variar la calificación jurídica considerada en la acusación (acceso carnal violento agravado) por el delito de acoso sexual agravado, por considerar que se trata de conductas ontológicamente diversas.

Sin embargo, la Sala no evidencia acertado ese planteamiento. Es cierto sí, contrario a lo afirmado por los recurrentes, que dichos ilícitos no se encuentran en el mismo capítulo, pues el acceso carnal violento hace parte del primero, intitulado *"de la violación"* y el acoso sexual pertenece al segundo, denominado *"de los actos sexuales abusivos"*, pero ambos sí protegen el mismo bien jurídico, esto es, la libertad, integridad y formación sexuales.

Desde luego, esa coincidencia no sería suficiente para aprobar el preacuerdo objeto de estudio. Sin embargo, no advierte el Tribunal que la calificación jurídica considerada en el referido convenio se aparte de forma grosera, absurda o arbitraria respecto de los hechos contemplados en la acusación. Ambos tienen como común denominador la realización de comportamientos dirigidos a obtener, sin el consentimiento de la víctima, la satisfacción sexual del sujeto activo, en el primer caso el acceso carnal y en el segundo ese mismo propósito u otro también de carácter libidinoso.

La Sala, en realidad, no encuentra razones de peso para admitir, como lo sugiere el *a quo*, el preacuerdo frente al acto sexual violento, mas no respecto del acceso carnal violento, cuando lo único que diferencia esas conductas es la penetración en algunas de las cavidades anatómicas de la víctima, y nada más. Los demás elementos típicos son idénticos. Por eso,

[5] sentencia del 5 de octubre de 2016, rad. 45594.

bien difícil resultaría rechazar un preacuerdo que consista en cambiar la segunda de esas conductas por la primera.

Es cierto que la pena prevista para el acceso carnal violento es sensiblemente superior a la establecida para el acoso sexual. Pero igual ocurre entre el acto sexual violento y el acoso sexual, pues entre estos últimos, considerando solamente las sanciones mínimas, hay una diferencia de siete años de prisión.

Sea como fuere, la benignidad de la sanción fijada en el precepto penal que tipifica el punible, finalmente, por el procesado no constituye criterio de rechazo del convenio. Precisamente, ese es el fundamento de los preacuerdos, conforme claramente está consagrado en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, arriba citado, cuyos propósitos, como lo dispone el artículo 348 ibídem, son *"humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso".*

La única limitación impuesta para quienes intervienen en la celebración del pacto es, según también quedó visto atrás, la exigencia de no desbordar en forma manifiesta el supuesto fáctico contemplado en su momento por la Fiscalía.

No desconoce la Sala que para la consumación del delito de acoso sexual no se requiere obtener el acceso carnal. No obstante, tampoco puede pasarse por alto que los preacuerdos se llevan a cabo porque en desarrollo de su función investigativa el ente acusador puede llegar a concluir que alguna parte de su teoría del caso tendría dificultades de comprobación en el respectivo juicio oral. Eso, justamente, habría podido ocurrir en este caso: simplemente, después de formular la acusación la

Fiscalía quizás avizoró complicaciones en la demostración de la penetración sexual y por ello optó por realizar la negociación que le presentó al juez.

Similar situación podría darse cuando la variación se hace por el ilícito de acto sexual violento, si en un evento determinado la Fiscalía vislumbra también la dificultad de establecer la cópula carnal.

Desde luego, los motivos concretos que hayan llevado, en el presente caso, al delegado del órgano investigador a suscribir el pacto no son los que determinan si el mismo se ajusta o no a la legalidad, sino si no se quebrantaron en él las garantías fundamentales, y esto último no lo evidencia la Sala aquí, máxime cuando la representación de la víctima manifestó su conformidad con el preacuerdo.

En consecuencia, se revocará la providencia objeto del recurso de apelación y, en su lugar, se ordenará al juez de primera instancia proceda a emitir la decisión correspondiente.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,**

R E S U E L V E

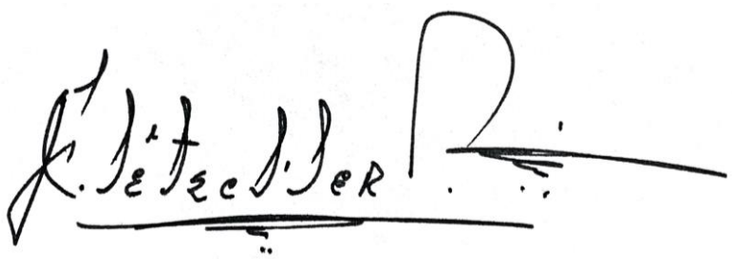
Primero. REVOCAR la providencia objeto de revisión. En su lugar, **ordenar** al juez de primera instancia proceda a emitir la decisión correspondiente.

Segundo. Disponer la devolución del proceso a la oficina de origen.

Tercero. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS

JUAN CARLOS GARRIDO BARRIENTOS