

Bogotá, D.C.,  
26 de agosto de 2020

Doctor  
**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**  
**Magistrado Sala de Casación Penal**  
**Corte Suprema de Justicia**  
Ciudad.

**Ref. Casación No. 53090**  
**Condenado:** Jimmy Raúl Lotta Garzón  
**Delito:** Acceso Carnal violento en tentativa.

Desde ya anuncio que solicitaré a la Corte casar el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca el 12 de abril de 2018, leído en audiencia del 16 de abril siguiente, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá contra Jimmy Raúl Lotta Garzón como autor responsable del delito de acceso carnal violento en tentativa, pero no por las razones expuestas por la señora Procuradora 19 Judicial Penal II en su demanda.

1. En efecto, el ataque lo sustentó la recurrente con apoyo en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, *“por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento de la garantía del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura”*, pues en su criterio el juzgador de segunda instancia erró al confirmar la sentencia del juez de primer grado, ya que la decisión condenatoria se profirió por un delito diferente a aquel por el cual fue acusado el señor Lotta Garzón, produciéndose una variación del núcleo fáctico de la acusación por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca e incluso por el mismo Juez Promiscuo del Circuito de Facatativá.

Sin embargo, el dislate se concretó no porque los sentenciadores de las instancias hubiesen alterado el núcleo fáctico de la acusación. No. Con menor o mayor riqueza narrativa, tanto el ad quem como el a quo aprehendieron el suceso que a su conocimiento llevó la Fiscalía y que delineó desde el escrito de acusación.

Si se pone en paralelo la exposición factual que patentizaron en sus intervenciones y decisiones tanto el organismo prosecutor como los falladores de primer y segundo nivel a lo largo de las mismas, entendida la unidad inescindible que existe entre las sentencias de primer y segundo grado, podrá apreciarse sin dificultad que de manera circunstanciada plasmaron cada evento con relevancia jurídico penal, pues en todo momento presentaron: (i) la manera como el enjuiciado contactó a la menor J.K.S.P. a través de las redes sociales; (ii) cómo LOTTA GARZÓN, por ese medio electrónico, empezó a amenazar a la menor para que le enviara fotografías de su cuerpo desnudo, las cuales ella transmitió; (iii) la manera en que presionó a la adolescente para que accediera a un encuentro en el municipio de Facatativá (Cundinamarca) con el fin de accederla; (iv) la forma en que ese primer encuentro se dio y en que, sin embargo, J.K. logró que LOTTA la dejara irse, pero bajo amenaza de subir las fotos a las redes y de causarle daño a ella y sus progenitores si no llegaba a un segundo encuentro; (v) la circunstancia consistente en el aviso que la menor dio a su madre sobre lo que ocurría y la noticia expuesta a la policía; (vi) el segundo encuentro en el mismo municipio al que acudió J.K.S.P., ya vigilada por agentes de la policía, quienes dieron captura a LOTTA cuando caminaba con la menor.

Ninguna circunstancia novedosa y con trascendencia, ningún acontecimiento relevante que no haya sido abordado debidamente en el transcurrir de los estadios procesales, se llevó a las sentencias para condenar finalmente a Jimmy Raúl Lotta Garzón por una especie de conducta punible diferente a aquella por la cual fue acusado y sobre cuya órbita giró el debate. Siempre fueron discutidos los mismos aspectos fácticos.

En tales condiciones no puede sostenerse que de tal manera con las sentencias se haya vulnerado la estructura del proceso y, menos, el derecho a la defensa del justiciable.

Para mutar la calificación (imputación) jurídica que estructuró la fiscalía y por la cual pidió condena: utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años en concurso simultáneo y heterogéneo con constreñimiento ilegal, de conformidad con los artículos 219 A y 182 del Código Penal en armonía con el artículo 31 ib., los sentenciadores de las instancias se guiaron por la línea jurisprudencial que ha definido esta corporación alrededor del tema de la variación de la calificación jurídica, sus posibilidades y requisitos.

Fueron múltiples las citas que el tribunal hizo de pronunciamientos de la Corte sobre el particular: SP del 22 de febrero de 2017, radicación 43041; SP del 30 de noviembre de 2016, radicación 45589; AP del 3 de julio de 2013, radicación 33790; AP del 30 de julio de 2014, radicación 38142, SP del 25 de noviembre de 2015, radicación 42510; SP del 22 de febrero de 2017, radicación 43041; SP del 30 de noviembre de 2016, radicación 45589 y SP del 17 de junio de 2015, radicación 44710.

Dentro de ese marco las sentencias dejaron en claro, de acuerdo con su perspectiva y con lo que consideraron que fue probado en el juicio, que los hechos referidos en la acusación y en la clausura del debate no se amoldaban a las especies típicas que conformaban la ya citada imputación jurídica, pero que la conducta cuya ejecución se le atribuyó a Lotta sí coincidía con la descripción que del tipo penal de acceso carnal violento prevé el artículo 205 del Código Penal, puesto que el cometido que tenía era el de lograr la cópula con la menor, con la utilización de violencia psicológica para doblegar su resistencia, reflejada en las amenazas que le hizo, pero como no alcanzó el objetivo por causas ajenas a su voluntad, toda vez que fue capturado por los policías que vigilaban a la menor J.K.S.P. y controlaban los pormenores del segundo encuentro, quedó en tentativa y, por tanto, aplicaron el precepto del artículo 27 ibídem.

De tal manera, los juzgadores acataron las guías jurisprudenciales que hacen viable la variación de la imputación jurídica, porque sobre la base de idénticos presupuestos fácticos, tomaron un precepto dentro del mismo género que a la postre resultaba menos drástico al fijar la pena, por la concurrencia normativa de la figura de la tentativa, para conformar así un tipo más benigno frente a las consecuencias punitivas que le habrían significado a Lotta la aplicación de las que correspondían a la original imputación, de haber sido declarado responsable. Expresado de otra manera, el principio de congruencia entre acusación y sentencia que desarrolla el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 permaneció indemne.

Conclusión de lo hasta aquí expuesto es que no se observa quebranto de ninguna naturaleza a la estructura del proceso ni a garantía alguna debida a cualquiera de las partes.

2. Aunque la casacionista abordó el yerro que está claro, evidente, protuberante en las sentencias de las instancias, la solución que propuso es inadecuada, sobre todo cuando apoyó su intervención en esta sede extraordinaria en pro de las garantías del enjuiciado, lo que de manera paradójica podría significar un menoscabo a las mismas, pues de imponerse la tesis de la nulidad, Lotta estaría en ciernes de ser pasible de una condena significativamente mayor a la que las instancias le aplicaron.

Pero más allá de eso, es muy notorio que respecto de los mismos referentes fácticos que se expusieron en la imputación, en el escrito de acusación, en el contenido de las sentencias de primer y segundo grado, los falladores asignaron unas consecuencias que no surgen, que no corresponden a los presupuestos de las normas aplicadas, esto es, las de los artículos 205 (acceso carnal violento) y 27 (tentativa), ambos del Código Penal.

Incurrieron de esa manera los sentenciadores en la denominada violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, pues los contenidos normativos de las citadas disposiciones no gobiernan el fenómeno fáctico acaecido y protocolizado en las sentencias.

Para la demandante, quien presentó el problema como violación del debido proceso derivado del hecho de que se condenó al señor Lotta Garzón por un delito, el acceso carnal violento en grado de tentativa, que si bien a la postre resulta de menor entidad a aquel por el cual se acusó, en el marco del juicio oral y el debate probatorio no se logró establecer su existencia, entendiendo, dice, que le habría sido imposible al hoy condenado realizar la conducta de acceso carnal violento en la menor J.K.S.P., pues su captura se produjo cuando iba en compañía de la menor por la vía pública, captura que estuvo precedida de un operativo dispuesto precisamente para aprehenderlo cuando estuviera en compañía de la adolescente.

En ese punto se concentra el foco de discusión. ¿Realmente los hechos, como quedaron configurados en la estructura de las sentencias de las instancias, enseñan que hubo un comienzo de ejecución de acceso carnal violento? ¿Es cierto que no se realizó la conducta en su totalidad por una causa ajena a la voluntad del sujeto agente?

La respuesta a tales interrogantes se ofrece negativa. En virtud de la consagración de la figura de la tentativa, es posible penar aquellas conductas que pueden ser típicas de los denominados delitos de resultado, cuando quiera que (i) se inicia la ejecución de una conducta punible; (ii) al efecto se realizan actos idóneos e inequívocos dirigidos a la consumación; (iii) ésta no se produce por causas ajenas a su voluntad. Estos son los elementos que consagra el artículo 27 del C.P., en su inciso 1°.

Una doctrina sólida ha sido levantada por la Sala de Casación Penal de la Corte respecto del dispositivo amplificador del tipo bajo examen, que se condensa en un reciente pronunciamiento en el cual abordó el tema, así:

*2.3.1 La tentativa es un instituto amplificador del tipo penal que permite anticipar las barreras de protección del derecho punitivo criminal a conductas que, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, no alcanzan a producir el resultado típico previsto en las respectivas normas penales sustantivas. En el orden jurídico colombiano (y en lo que resulta pertinente para los actuales fines, es decir, con abstracción de la denominada tentativa desistida, sobre la cual nada resulta pertinente considerar ahora) aparece consagrada en el artículo 27 del Código Penal:*

«El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada».

*De acuerdo con ese precepto, el delito tentado se configura cuando el agente (i) inicia la ejecución de una conducta punible (ii) mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, (iii) pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización.*

(i) *La exigencia de que el actor inicie la ejecución del delito sustrae de la órbita del derecho penal aquellos fenómenos subjetivos que no tienen manifestación alguna en la realidad (la ideación del ilícito) como también los actos preparativos de la conducta punible, los cuales, aunque sí trascienden al mundo material, están aún, en un curso causal hipotético, muy lejanos de la amenaza o lesión del bien jurídico como para suscitar respuesta alguna del derecho penal (desde luego, salvo que constituyan, en sí mismos, un comportamiento penado autónomo).*

*La distinción entre los actos preparativos y los de ejecución puede resultar, en algunos casos, problemática, tanto en el campo teórico como en la práctica judicial. De ahí que la doctrina especializada haya propuesto distintas metodologías y construcciones conceptuales orientadas a lograr la disociación satisfactoria de unos y otros, verbigracia, la solución objetivo-formal<sup>1</sup> y las teorías de la peligrosidad<sup>2</sup> y la acción intermedia<sup>3</sup>, entre otras.*

*La Sala, de tiempo atrás, ha optado por aplicar un criterio mixto, que atiende, por una parte, al examen de la adecuación social de los actos realizados por el actor para amenazar el bien jurídico tutelado y, por otra, a su plan criminal (con la admitida dificultad de que éste no siempre puede conocerse o inferirse a partir de la información recabada en el proceso):*

*«... es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo»<sup>4</sup>.*

(ii) *Para que la tentativa se configure, los actos realizados por el sujeto activo, además de implicar verdadera ejecución del delito pretendido y no su simple preparación, deben ser idóneos para lograr su consumación y estar inequívocamente dirigidos a ese fin.*

(a) *Lo primero - la verificación de que los actos desplegados por el actor son idóneos para lograr la consumación del delito - es una condición que se deriva de las lógicas subyacentes a un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por ello, su relevancia variará si al sistema de represión criminal del Estado se la atribuyen finalidades diversas, como la garantía de la vigencia de las normas.*

*Esta comprobación es de naturaleza objetiva (entendida la expresión no en términos literales, sino como intersubjetividad que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con apoyo en las máximas de la experiencia (y las reglas de la ciencia, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias*

---

<sup>1</sup> Al respecto, ALCÁCER, Rafael. *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, 2001.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Inicio de la tentativa y oportunidad para la acción*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n. 3, ps. 821 – 844.

<sup>4</sup> CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974, reiterada recientemente en CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56434. Así mismo, CSJ SP, 21 nov. 2018, 50543.

<sup>5</sup> Al respecto, JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Marcial Pons, 1997.

modales que los rodean y establecer si, en un curso causal ordinario, tenían la aptitud de provocar el resultado típico que define la infracción consumada<sup>6</sup>.

La no idoneidad de los actos ejecutivos puede ser relativa o absoluta, según se les reputa tales por razón de las circunstancias de modo en que se producen o con independencia de ellas.

Por ejemplo, será relativamente inidóneo para matar el acto de quien dispara con una pistola de balines a una persona que se desplaza en un vehículo blindado, en tanto la experiencia enseña que dicho comportamiento, en esas específicas circunstancias, carece de la entidad para provocar la muerte del segundo. Es posible, sin embargo, que en otras condiciones modales (por ejemplo, si con idéntica arma le dispara directamente en un ojo) la valoración sea diferente.

En cambio, si los actos desplegados por el sujeto activo son siempre, con abstracción de las circunstancias modales del caso concreto, incapaces de producir el resultado pretendido (como sucede, según la recurrente hipótesis académica, cuando se pretende derrumbar un avión en vuelo con una flecha o, más aún, con rezos o invocaciones) habrá de concluirse que aquellos son absolutamente inidóneos.

No sobra anotar, en particular de cara a la controversia puntual que formula la demandante, que el estudio de idoneidad de los actos debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución – ex ante – y no posterior<sup>7</sup>. La razón es evidente: con apoyo en una valoración ex post, toda tentativa concreta habrá de reputarse inidónea, pues de no serlo, habría culminado con la consumación del delito pretendido.

(b) La exigencia de que los actos realizados por el agente estén inequívocamente dirigidos a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la constatación - directa o inferencial – de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico.

Desde luego, esta comprobación rara vez se logra de manera directa (como cuando el agente admite la finalidad de su comportamiento) y, a diferencia de lo que sucede con el delito consumado, no puede deducirse racionalmente del resultado, precisamente porque éste, en la tentativa, no se configura: por ejemplo, desde el plano estrictamente objetivo, del acto de tomar sin autorización el vehículo de un tercero puede afirmarse que estaba dirigido a la apropiación del bien (y con ello, que corresponde a la ejecución de un hurto), o bien, que se realizó con el propósito de utilizarlo para después devolverlo (con lo cual el delito intentado sería el de hurto de uso).

Por lo anterior, este juicio normalmente reposa en procesos inferenciales, para los cuales resulta útil la valoración conjunta de las características objetivas de los actos ejecutados por el sujeto activo, las circunstancias modales que los rodean y, en cuanto se conozca, el plan del autor.

(iii) Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «por circunstancias ajenas a su voluntad», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. Si lo que impide

---

<sup>6</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal Español*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, ps. 369 a 390.

<sup>7</sup> En este sentido, MIR PUIG, Santiago. *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 3 (2001). Véase también ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Ed. Marcial Pons, 2013.

*la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, el curso causal carecerá de relevancia penal a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma<sup>8</sup>.*

Con ese estado de la ciencia como referente, es posible constatar que los sentenciadores de las instancias tomaron unos actos que, conforme al plan del actor que dedujeron, eran meramente preparativos. Según el criterio plasmado en las decisiones atacadas, Lotta Garzón abrigaba el propósito de acceder carnalmente a la menor J.K.S.P. Para el efecto, después de lograr que éste le enviara a través del teléfono móvil fotos íntimas más explícitas de las que en un comienzo ella le remitió *motu proprio*, empezó a amenazarla con la difusión de ese material en redes sociales si no accedía a sus requerimientos sexuales. De la siguiente manera lo expuso el a quo:

*«Indudablemente para nuestro caso, si de lo que se trata es de establecer si la acción desplegada por Jimmy Lotta era idónea para someter la voluntad de la víctima, se nos dijo en juicio claramente por parte de la menor JK que ella se vio verdaderamente constreñida para acudir a la cita que primero se estableció para el sábado anterior de la captura. Ese día la niña viajó hasta Facatativa para acceder a las pretensiones del sujeto activo y evitar que se publicaran las fotos en redes sociales. Cuando llegó al encuentro la intención del sujeto no era simplemente verla o tener una cita cualquiera con ella, la menor nos dijo con claridad que el acusado le dijo que ella ya sabía para que venía, que la intención era llevarla a cierto lugar por un término de dos horas aproximadamente para tener sexo con ella. Así que está claro que las amenazas del sujeto activo estaban inequívocamente dirigidas a doblegar la libre determinación de la víctima y sostener relaciones sexuales con ella».*

El tribunal, por su parte, discurrió de la siguiente manera:

*«Ciertamente, además de lo ya señalado respecto a que se probó que el acusado amenazó a J.K.S.P., con publicar sus fotografías íntimas en Facebook y con atentar contra la vida de su madre, si no accedía a sus pretensiones, se demostró que dicha intimidación tuvo la virtualidad de influir de tal manera en la menor, que por presión le envió fotografías más explícitas de sus genitales y luego por miedo acudió a la primera cita que aquél le puso en el municipio de Facatativa para que sostuvieran relaciones sexuales, oportunidad en la cual Lota Garzon le dijo que fueran a un hotel, y si bien, aquella logró evitar que eso sucediera indicándole que tenía que encontrarse con con su padre no puede perderse de vista que el acusado insistió en que se desplazaron al mencionado lugar con la finalidad ya señalada, diciéndole que sólo se demoraría dos horas, y ante la negativa de ella nuevamente la amenazó con publicar sus fotografías íntimas en la Red social Facebook y le dijo que era ese día o nunca, aún cuando ella logró que lo pospusieron para el lunes siguiente, luego de lo cual, conforme al testimonio atendible de la afectada, mediante llamada telefónica la amenazó con que si no cumplía con la cita, mataba a su progenitora.*

*«Adicionalmente, se tiene que, J.K.S.P, debido al temor que le generó que el acusado cumpliera con las amenazas, asistió a la segunda cita, no sin antes comentarle a su madre sobre lo sucedido y acudir con ella a la policía para evitar que este lograra su cometido, Siendo así como, con el acompañamiento de agentes de esa institución, se efectuó la captura de LOTTA GARZÓN, cuando luego de entrar en contacto con la menor se disponía a llevarla “para un lugar”, Con el incontrastable propósito de someterla a acceso carnal bajo el influjo de la*

---

<sup>8</sup> C.S.J. SP1175-2020, radicación 52431

*violencia moral previamente ejercida sobre ella con tal proyección, teniendo en cuenta el objetivo que le dio a conocer cuando se encontraron por primera vez y, que fue debido a que la víctima logró evitar que en esta ocasión se consumara el acceso carnal al cual estaba haciendo constreñida que se previó el nuevo encuentro con el mismo.*

*«Ahora, el hecho de que J.K.S.P., de manera voluntaria, inicialmente le envió al acusado fotografías de sus genitales, no es óbice para considerar que la amenaza de que dichas imágenes fueron publicadas en Facebook tenía la idoneidad de doblegar la voluntad de la víctima, por cuanto, de la actuar de la menor no puede deducirse que quería ver expuesta su intimidad ante sus contactos de la red social y que su eventual publicación no le produjo temor, y por el contrario, se demostró que dicha intimidación surtió los efectos esperados por el acusado, así la consumación del acceso carnal no se hubiese producido, por causas ajenas a la voluntad del sujeto agente».*

*«...»*

*«Recapitulando se tiene, que en el juicio oral se probó que LOTTA GARZÓN dio inicio al ejecución de la conducta punible, mediante la realización de actos idóneos en inequívocamente dirigidos a la consumación del acceso carnal mediante el uso de la violencia moral o psicológica desplegada frente a J.K.S.P., esto es, que ejecutó actos que tenían la potencialidad real y efectiva de producir el resultado deseado y orientados finalista mente a ello, Pero que este no se produjo por causas ajenas a la voluntad del sujeto agente, en tanto, se demostró que el acusado amenazó a la menor, con aceptar su intimidad y atentar Contra la vida de su madre, con el inocultable propósito de que aquella accediera a sostener relaciones sexuales con él, logrando que por dicha intimidación esta atendiera las citas impuestas, sin que se produjera el resultado por el deseado, Debido a que, en la primera oportunidad, la menor logró evitar la acción del acusado, y en la segunda, como consecuencia de la oportuna intervención de las autoridades de policía que al tomar cartas en el asunto, efectuaron la aprehensión de Lota Garzon en situación de flagrancia, cuando al entrar en contacto con la menor busco alejarse con ella con el fin de consumir su objetivo delictivo, proceder que no fue desvirtuado».*

Para los sentenciadores, entonces, Lotta Garzón realizó actos inequívocamente dirigidos a realizar el acceso carnal con la menor, consistentes en la expresión de amenazas de publicar en redes sociales las fotos íntimas que J.K.S.P. le había enviado por su propia iniciativa, al principio, y por efectos de la presión, después, actos que se llevaron hasta los dos encuentros que tuvo con la menor en el municipio de Facatativá: en el primero, cuando le dijo que ella ya sabía a lo que había ido –lo que entendió J.K. que era para tener relaciones sexuales- al tiempo que le proponía ir hasta un hotel, episodio del cual logró escabullirse la adolescente diciéndole que tenía que encontrarse con su padre; el segundo, acordado en un comienzo para dos días después, por la amenaza reiterada de publicar las imágenes y causarle daño físico a su madre, tuvo lugar en la misma localidad, pero ya era vigilado por policías que controlaban la situación e intervinieron para capturar a Lotta al poco tiempo de haber empezado a caminar con J.K.

Por estas dos circunstancias, ajenas a la voluntad del sujeto agente, conforme lo enseña la perspectiva de los juzgadores, no se ejecutó en su plenitud el acceso carnal que se había propuesto alcanzar Lotta Garzón.

Sin embargo, sin perjuicio del hecho probado, según las sentencias, de las amenazas que le hizo el enjuiciado a la menor J.K.S.P. para minar su resistencia y voluntad, con el fin de que accediera a tener relaciones sexuales con él, ni el a quo ni el ad quem explican

cuáles fueron los actos ejecutivos idóneos que estaban inequívocamente dirigidos a la consumación del coito.

Claro, las amenazas tuvieron efecto en el ánimo de la menor: en virtud de las mismas logró el procesado que J.K. le transmitiera otras fotografías y, luego, que ella accediera a acudir a la primer cita en Facatativá, cuando iba a tener ocasión el encuentro sexual para el que la presionaba. Para la segunda cita, como quedó patente en los fallos, la menor J.K.S.P. acudió bajo la vigilancia de la misma por parte de agentes de la policía, quienes ya habían recibido la denuncia y habían preparado la operación para capturar a Lotta.

Sin embargo, si la lógica de la figura de la tentativa está orientada, como enseña la jurisprudencia, a la finalidad de protección de bienes jurídicos que tiene el derecho penal, en ninguno de los dos episodios en los que, conforme al discurso de las sentencias, se tuvo una mayor aproximación al momento culminante del delito –aquellos encuentros–, es posible detectar la realización de actos que desvelen la iniciación de la ejecución de la conducta punible de acceso carnal violento, ni mucho menos que tuvieran los rasgos de idoneidad e inequívocidad para el fin propuesto.

Sí, Lotta Garzón quería acceder a la menor; sí, Lotta Garzón, para alcanzar ese cometido, amenazó de varias maneras a J.K.; sí, Lotta Garzón llegó hasta a encontrarse con la adolescente y a decirle que ella sabía para qué era, esto es, para tener relaciones sexuales; sí, Lotta Garzón amenazó con dañar físicamente a la madre de J.K. si no volvía a encontrarse con él a los dos días. Pero ninguno de esos actos pusieron en un verdadero peligro el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, pues con base en ninguno de los mismos puede afirmarse que se empezó la realización del acceso carnal con otra persona mediante violencia, en este caso psicológica, que son los ingredientes que definen la conducta punible de acceso carnal violento, según el artículo 205 del C.P.

Mucho más difícil aceptar que los antedichos actos puedan ser considerados como ejecutivos por ser inequívocos e idóneos para la obtención de la finalidad del acceso carnal con otra persona mediante violencia, si se considera que, de una parte, el objetivo que tenía Lotta se frustró en la primera cita, porque J.K. se sobrepuso al miedo y pudo irse porque le sostuvo que tenía que encontrarse con su padre. A pesar de que el enjuiciado le anunció a la menor el propósito de esa reunión y aunque reiterando y aumentando las amenazas para propiciar un segundo encuentro, cuando caminaban por las calles del poblado, dejó que la adolescente se fuera, como lo dejaron de manera explícita los fallos de las instancias. Dentro de tal contexto no es posible hallar que hubo comienzo de ejecución de acceso carnal violento, o si se quiere, no se alcanzó a generar un riesgo penalmente relevante, no se emprendió un ataque indebido y relevante al bien jurídico objeto de protección –o no se generó un riesgo penalmente relevante–, como adosan el dispositivo de la tentativa a las fórmulas de la imputación objetiva quienes abrazan esta corriente dogmática.

De otra, tal comienzo de ejecución o el ataque al bien jurídico objeto de protección mucho menos puede detectarse en el desarrollo y pormenores de la segunda cita, pues ésta se produjo finalmente, de acuerdo con lo que según las sentencias se probó en juicio, porque la menor se sobrepuso a las amenazas, contó lo acaecido a su madre y juntas acudieron a la policía, que aconsejó atender el llamado para poder capturar a Lotta, como en efecto ocurrió poco después de coincidir los dos en una calle de Facatativá.

Siendo así las cosas, resulta claro que los artículos 205 y 27 del C.P. fueron aplicados indebidamente toda vez que no regulan, no gobiernan el caso que fue debatido en juicio y, por tanto, es claro que con los fallos se produjo el quebranto directo de esas normas sustanciales y se causó agravio al justiciable porque se le aplicaron las consecuencias punitivas de una conducta que no realizó.



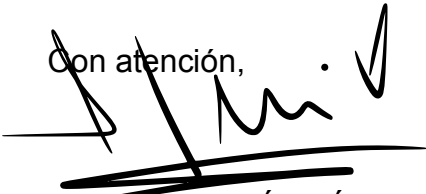
Es preciso señalar que parte de esos actos, que conforme al plan de autor desvelado en las sentencias pueden ser considerados como preparativos del cometido que tenía en mientes el procesado, sí tenían relevancia jurídico penal. Las amenazas, por sí mismas, minaron la voluntad de la menor J.K., pues así obtuvo Lotta Garzón que ella le enviara por teléfono celular otras fotos de su cuerpo desnudo y que acudiera a las citas que le puso en Facatativá. En virtud de esos actos fue acusado, como se sabe, como probable autor de constreñimiento ilegal, previsto en el artículo 182 del C.P., por el cual también se pidió condena.

Pero cuando el sentenciador de primer nivel varió la imputación jurídica para decir que los hechos jurídicamente relevantes no encajaban con la descripción del delito tipificado en el artículo 217 A del C.P. –demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años-, sino en la dada al acceso carnal violento del artículo 205 ibídem, consideró que por tratarse de un tipo penal subsidiario el de constreñimiento ilegal, los actos que lo consiguaban quedaban subsumidos por los propios del ingrediente de violencia psicológica propios del acceso carnal violento.

De tal suerte, para concluir, no es posible condenar a Lotta por esa especie de delincuencia, la del constreñimiento, por haber quedado los actos que la realizaron, en la errónea atribución del delito de acceso carnal violento.

Por las anteriores razones, señores Magistrados, solicito a la Sala CASAR el fallo demandado para en su lugar absolver a JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN de los cargos contenidos en las sentencias de las instancias.

Con atención,



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO  
Fiscal 1º Delegado ante la  
Corte Suprema de Justicia