

FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20201600023491
Oficio No. FDCSJ-10100-
03/08/2020
Página 1 de 10

Bogotá, D.C.

Doctor

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia

Calle 12 No. 7-65 Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía -
Bogotá - Bogotá D.C.

ASUNTO:	Sustentación Recurso Extraordinario de Casación Radicación No. 54.565 Ricardo Acosta García Actos sexuales abusivos con menor de catorce años
----------------	--

Respetado Doctor QUINTERO:

En acatamiento de lo dispuesto en auto de 2 de julio 2020, proferido por el Despacho a su digno cargo, en calidad de no recurrente, comedidamente presento, ante la Sala de Casación Penal, la intervención de la Fiscalía General de la Nación en el trámite del recurso extraordinario interpuesto por el defensor de RICARDO ACOSTA GARCÍA, contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2018, por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual revocó la absolutoria dictada el 21 de octubre de 2016, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad; y, en su lugar lo condenó como autor responsable del delito de *actos sexuales abusivos con menor de catorce años*, en la modalidad de cometerlos “*en presencia*” de la adolescente ZNRV, de 11 años de edad.

1. Se postula violación indirecta de la ley sustancial, error de hecho, por



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDCSJ-10100-

03/08/2020

Página 2 de 10

falso juicio de identidad “*por deformación en el manejo de la prueba*”, lo cual, según el libelista, condujo al *Ad-quem* a revocar la absolución de primer grado y a condenar equivocadamente.

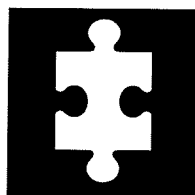
Lo anterior, básicamente porque el juez colegiado ignoró que en la primera entrevista, rendida por ZRNV el 27 de junio de 2015, ante la psicóloga Johana Patricia Delgado Rojas (CTI), la menor fue clara al expresar que “*el señor en ningún momento la tocó*”; por lo cual, al entender lo contrario, el Tribunal Superior de Bucaramanga tergiversó y malinterpretó la prueba haciéndole producir efectos que no se desprenden de ella.

2. Analizado el asunto, comedidamente se formulan estas solicitudes: i) no casar el fallo impugnado al no prosperar el cargo; y ii) en intervención oficiosa, por vía de doble conformidad, estudiar la viabilidad de modificar la sentencia condenatoria, en el sentido de declarar que RICARDO ACOSTA GARCÍA incurrió en *tentativa de actos sexuales con menor de catorce años*; y, por ende, redosificar las sanciones imponibles.

3. No casar el fallo impugnado

Es claro que el comportamiento que RICARDO ACOSTA GARCÍA desplegó contra ZRNV, tuvo contenido erótico sexual punible, por lo cual merece una sentencia condenatoria compatible con su conducta.

3.1 En la comprensión integral de la línea de precedentes de la Sala de Casación Penal, para los casos de niños víctimas de delitos sexuales, se admite la posibilidad de integrar las declaraciones previas vertidas por fuera del juicio oral. Ello cuando concurren ciertas circunstancias, entre ellas la posibilidad real de que esas manifestaciones anteriores se utilicen para refrescar memoria, contrainterrogar o impugnar credibilidad; e inclusive, frente



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDGSJ-10100-

03/08/2020

Página 3 de 10

a la retractación, en calidad de testimonio adjunto. Para citar algunos recientes: Sentencia de 28 de octubre de 2015 (*rad. 44056*); Sentencia de 25 de enero de 2017 (*rad. 44950*); Sentencia de 22 de febrero de 2017 (*rad. 46887*); Sentencia de 11 de julio de 2018 (*rad. 50637*); y Sentencia de 4 de diciembre de 2019 (*rad. 55651*).

3.2 En el anterior contexto, es viable sopesar en conjunto todas las versiones que ZRNV suministró ante distintas personas y autoridades, dado que los documentos que las contienen fueron descubiertas y la defensa ejerció su derecho de contradicción sin obstáculo alguno.

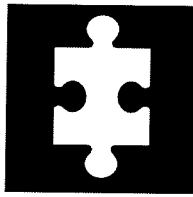
De otra parte, Se destacan los testimonios de:

- Jhon Alexander Durán Vargas (*ayudante de la buseta*): la niña les pidió que la cambiaran de puesto porque el implicado la estaba molestando, quería manosearla, mandarle la mano, pero ella no se dejaba, al anteponer como obstáculo un bolso que llevaba consigo.

- Jorge Enrique Diolles Oretaga (*conductor de la buseta*): vio a la niña con lágrimas en la mejilla, paró y el implicado, sin preguntarle nada, por iniciativa propia le dijo que él no estaba tocándola.

- Richard Hernández Hernández (*policía que capturó al implicado*): lo hizo debido a que ZNRV, le contó al conductor y al ayudante de la buseta, que el pasajero que iba a su lado le estaba diciendo cosas morbosas y la había manoseado; nerviosa y llorando.

- Johana Patricia Delgado Rojas, psicóloga del CTI, entrevistó a ZNVR, quien le contó que el pasajero de al lado intentaba tocarla, pero ella utilizaba el bolso para que no lo lograra; y le habló de que en el río se bañan las mujeres



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDGSJ-10100-

03/08/2020

Página 4 de 10

desnudas y quedan “con la cuca abierta”. Aclaró que el implicado se tocaba con el dedo, pero no le vio el pene ni la tocó directamente.

- ZNRV (*víctima*): el señor como que se iba acercando, empezó a meterle la mano a un bolsito pequeño que llevaba; al llegar al Rio Negro le habló de mujeres que se bañaban desnudas “y debajo del agua hacía no sé qué cosas”; en el recorrido se bajó el cierre y empezó a tocarse”; le dio mucho miedo y llamó al ayudante para pedirle que la cambiara de puesto y se puso a llorar.... “se tocaba la parte íntima que él tiene...el pene.”

- RICARDO ACOSTA GARCÍA (*implicado*): negó cualquier conducta sexual contra la menor. Iba dialogando y bromeando con otro pasajero; la banca de atrás era incómoda y prácticamente se rozaban los codos por el lado izquierdo con la niña que llevaba un maletín. El conductor y el ayudante lo acorralaron con sindicaciones de realizar y decir cosas indebidas.

3.3 No se vislumbra razón alguna para que conductor, ayudante, agente de policía, psicóloga y menor afectada hayan inventado semejante historia sólo para perjudicar a ACOSTA GARCÍA. Todo indica que el implicado sí realizó avances completamente indebidos contra ZNRV, de contenido erótico (*proponerle temas relativos a la sexualidad de las mujeres que se bañaban en el río, tratar de tocarla o manosearla; aprovechar la inercia de las curvas de la vía para apretar su cuerpo con el de la menor; bajar el cierre de su pantalón sin discreción alguna y tocarse en su interior*); al punto que provocaron la reacción defensiva de la víctima, quien repelía y evitaba el contacto físico al poner como obstáculo un bolso que llevaba consigo; y, en medio del llanto logró ser apoyada por los transportadores.

3.4 Ese comportamiento de ACOSTA GARCÍA fue prologado en el tiempo, sobrepasó con creces las simples maneras de una persona inculta y



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDGSJ-10100-

03/08/2020

Página 5 de 10

rebasó las injurias de palabra y de hecho, para adentrarse en el ámbito del delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, con independencia de que no hubiese logrado tocar a ZRNV; resultado que, al parecer, en criterio del casacionista, sería el único punible. Por ello, la sentencia condenatoria es una respuesta contrafáctica correcta, sentido en el que se solicita no casar el fallo impugnado.

No obstante, como a continuación se expone, por circunstancias ajenas a su voluntad el implicado no alcanzó a consumir sus propósitos.

4. Modificación de la sentencia condenatoria

Como se anticipó, comedidamente se solicita a la Sala de Casación Penal estudiar la viabilidad de intervenir de oficio, por vía de doble conformidad, para modificar la sentencia condenatoria, en el sentido de declarar que RICARDO ACOSTA GARCÍA incurrió en *tentativa de actos sexuales con menor de catorce años*; y, por ende, redosificar las sanciones imponibles.

4.1 En la apelación contra la sentencia absolutoria de primera instancia, el Procurador delegado –quien la impugnó– entendió claramente que lo que el implicado quería era abusar de la niña, pero ella se resistió.

4.2 En el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga que revocó la absolución, se da por sentado que la intención de ACOSTA GARCÍA era tocar indebidamente a la menor, lo cual no consiguió debido a que ella se defendió como pudo, hasta que fue apoyada por el conductor y el ayudante de la buseta. Los siguientes apartes destacan la postura del *Ad-quem*:

- El implicado “*manipuló su órgano reproductor libidinosamente con el*



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDCSJ-10100-

03/08/2020

Página 6 de 10

ánimo de sentir placer”, con movimientos “indicadores de conducta de masturbación en presencia de ZNRV”.

- La “muchacha no vio con detenimiento los actos que realizaba el acusado al interior de su pantalón, **no porque Acosta García no tuviera la intención de que los observara sino porque ZNRV se resistió y volteó su mirada hacia el exterior**” (Folio 12 del fallo, se destaca).

- Pese a que no le vio el pene, “efectivamente ZNRV presencié el acto sexual en comento al verlo abrir su cierre e introducir sus dedos y hacer movimientos, pese a no divisar su miembro viril”. (Folio 13 del fallo).

- La niña “fue contundente al señalar y hasta el mismo procesado lo hizo, que de por medio llevaba consigo (un bolso) **para apartar las intenciones de manoseo de Acosta García**, el cual desde el instante en que abordó la buseta se le acercó descaradamente para desplegar su morbo y siquiera palpar la piel de la menor, **no logrando su cometido gracias a la resistencia que ésta impuso**, no hallando sustento la justificación de la incomodidad al interior de la buseta por ir con el cupo completo, pues se evidencia la consumación de los actos sexuales ya argumentados” (Folio 13 del fallo, se destaca).

4.3 El Tribunal Superior reconoció, entonces, la intención erótico sexual del implicado, cuyo propósito era tocar o manosear a la niña; lo cual no se logró por causas ajenas a la voluntad del perpetrador. Sin embargo, no aplicó el dispositivo amplificador del tipo y no condenó por *tentativa* (en una especie de violación directa del artículo 27 del Código Penal, por falta de aplicación).

En lugar de ello, con una interpretación un poco forzada de la prueba, aseguró que cuando ACOSTA GARCÍA se bajó el cierre e introdujo los dedos



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDCSJ-10100-

03/08/2020

Página 7 de 10

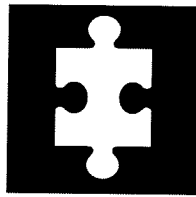
en su propio pantalón, lo hacía para sentir placer y masturbarse delante de la niña, con lo cual consumó una modalidad del delito al realizar aquello “*en su presencia*”.

4.4 El hecho indicador consiste en que el implicado bajó el cierre de su pantalón, introdujo sus dedos en esa prenda de vestir y efectuaba algunos movimientos. A partir de ahí, el Tribunal Superior construyó un indicio para inferir que aquél desplegó maniobras masturbatorias para sentir placer; y lo condenó por el delito consumado, al realizar esa conducta sexual delante de la niña.

4.5 Empero, esa deducción por vía de indicio se muestra exagerada, conjetural y especulativa, toda vez que maniobras similares, al interior de la buseta, que llevaba otros pasajeros, más el conductor el ayudante, pueden haber tenido una finalidad distinta a la de masturbarse para sentir placer. Cuáles? Varias, dependiendo de la imaginación (*por ejemplo: rascarse, acomodarse, mera grosería o imprudencia, llamar la atención de la niña para incitarla, etc.*); alternativas que se pueden aventurar precisamente porque ese hecho demostrado permite deducir plurales cosas, lo cual enseña que el indicio es leve o contingente.

4.6 Salvo a través de la especulación, no es factible concluir, sin temor a equivocarse, que el procesado hizo una manipulación erótica de su pene en presencia de ZRNV; y ello, con entidad suficiente para afectar a ciencia cierta (*delito consumado*) su libertad, integridad o formación sexuales.

Ella, en ninguna de sus versiones describe una situación semejante por su propia iniciativa, como sí alude en detalle a otros aspectos de tiempo, modo y lugar, que mantiene invariables en sus relatos, pese al transcurso del tiempo. En cambio, es innegable que el procesado sí desplegó comportamientos



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDCSJ-10100-

03/08/2020

Página 8 de 10

idóneos para empezar la ejecución de los actos sexuales abusivos y, por ello, debe responder por esa conducta en grado de tentativa.

4.7 En un caso donde el adulto implicado hizo ir a la menor al cuarto de él, le quitó la ropa interior, de modo que pudo contemplarla desnuda, se desabrochó el cinturón y en ese momento fue sorprendido por la mamá de la niña, la Corte Suprema de Justicia explicó que era correcta la condena por el *delito tentado de actos sexuales abusivos con menor de catorce años*, pues, además, entre el procesado y la niña no hubo contacto físico, ni se agotó alguna de las formas en que puede cometerse es conducta punible (*Sentencia de 27 de julio de 2009, radicación 31948*).

4.8 Los anteriores lineamientos son compatible con el presente asunto, donde RICARDO ACOSTA GARCÍA (*implicado*), empezó la ejecución de los actos sexuales, sin llegar a la consumación de su propósito, en alguna de las formas alternativas tipificadas y explicadas por la jurisprudencia, debido a ZRNV hizo todo cuanto estuvo a su alcance para evitar que la manoseara.

4.9. En sentencia del 8 de agosto de 2007 (*radicación 25974*), la Sala mayoritaria de Casación Penal sentó las bases para una comprensión de la *tentativa*, desde la óptica diferencial de los actos preparatorios y de ejecución, donde, además, aludió a las nociones de “*plan de autor*” y “*adecuación social de la conducta*”, para auscultar si en realidad se está frente a actos ejecutivos:

“Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDCSJ-10100-

03/08/2020

Página 9 de 10

responsabilidad penal.

Concluye la Sala, que 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.”

Ciertamente, acudiendo a una teoría mixta (*objetiva-subjetiva*) aplicando un juicio ex ante sobre plan del implicado y desde la adecuación social de su conducta para poner en riesgo la integridad sexual de la menor, se tiene:

i) Desde el punto de vista subjetivo: los hechos probados enseñan que el implicado pretendía concretar alguna forma de contacto erótico sexual con ZRNV, y hacia allá dirigió sus acciones; sólo que no lo consiguió debido a que ella logró repelerlo durante todo el viaje.

ii) Desde el punto de vista objetivo: es claro que ACOSTA GARCÍA empezó a desarrollar un comportamiento humano compatible con la realización de actos sexuales (*se arrimaba excesivamente a la menor, le hablaba con morbo y la quería tocar, “manosear”*).

iii) Lo realizado por el implicado también supera la “*verificación de actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico*”, pues, a lo ojos de cualquier observador neutral, todo lo que hizo ese hombre adulto experimentado en sus lances de contenido sexual, tenía toda la potencialidad para poner en riesgo la integridad e indemnidad de la niña de once (11) años de edad que, desafortunadamente, tuvo que sentarse junto a él en la buseta; de modo que el principio de lesividad que exige la antijuridicidad material también converge, aun cuando no haya avanzado más allá de la *tentativa*.



Radicado No. 20201600023491

Oficio No. FDCSJ-10100-

03/08/2020

Página 10 de 10

5. Síntesis

El asunto en que involucró RICARDO ACOSTA GARCÍA no sólo es moralmente reprochable, como lo dijo el Juez de primer grado. Contrario a ello, sí trascendió al Derecho Penal, visión que acertadamente tuvo el Tribunal Superior de Bucaramanga, después de analizar las pruebas practicadas.

Con todo, en criterio de la Fiscalía Quinta Delegada, calificar su conducta como *tentativa de actos sexuales con menor de catorce años*, refleja de manera más precisa lo realmente acontecido; y, aun cuando genera para el implicado una condena menos prolongada en términos de privación de la libertad, desarrolla mejor frente a él mismo y la comunidad la idea de una sentencia materialmente justa; al tiempo que responde en lo que corresponde a las expectativas razonables de la víctima, respecto de quien no quedaría ningún remanente de protección.

En los anteriores términos se efectúa la intervención del Fiscal no recurrente.

Cordialmente,

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Fiscal Quinto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia