

Proceso No 24401

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.224

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de adecuada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JUAN VIANEY AYALA LOBO, al tiempo que se pronuncia de fondo en sede de casación acerca de la violación de la garantía fundamental de debido proceso con ocasión de la pena que conjuntamente con Jorge Enrique Lobo les fuera impuesta por el Tribunal de Cúcuta el 10 de junio de 2005 al confirmar el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial al encontrarlos responsables en calidad de autores del delito de acto sexual violento agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de octubre de 2002 la señora Ana Miriam Gelves Gelves denunció que su compañero permanente Jorge Enrique Lobo en compañía del hermano JUAN VIANEY AYALA LOBO

venían sometiendo de tiempo atrás a su hija menor de diez años de edad L.K.G., (Artículo 47 Ley 1098 de 2006) a actos sexuales mediante violencia.

Abierta formal investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, luego de vincular a través de indagatoria a JUAN VIANEY AYALA LOBO y declarar persona ausente a Jorge Enrique Lobo, mediante proveído del 21 de febrero de 2003 les resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a la libertad provisional, como presuntos responsables del delito de acto sexual violento agravado.

Clausurado el ciclo instructivo, el mérito probatorio del sumario se calificó el 14 de abril de 2003 con resolución de acusación por el mismo ilícito en el que concurrían causales de agravación por haber sido realizado por dos personas, el ostentar sobre la víctima cierto carácter o posición que la llevó a depositar la confianza y ser precisamente ésta menor de 12 años de edad.

En firme la calificación el 5 de mayo de 2003 al no ser objeto de impugnación, la fase del juicio la adelantó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, despacho que luego de adelantar la audiencia pública, emitió fallo el 15 de octubre de la misma anualidad mediante el cual condenó a los procesados como autores penalmente responsables del delito objeto de acusación. A JUAN VIANEY AYALA LOBO le fijó como pena principal cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión, en tanto que a Jorge Enrique Lobo le impuso seis (6) años de prisión. Por el mismo término de la pena privativa de la libertad impuesta a cada uno se les fijó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al tiempo que les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación formulado por el defensor de JUAN VIANEY AYALA LOBO, el Tribunal Superior de Cúcuta mediante fallo de 10 de junio de 2005, confirmó

íntegramente el fallo, por lo que insiste el mismo sujeto procesal a través de la impugnación extraordinaria, demanda cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación formula un cargo por violación indirecta de la ley sustancial.

Radica un error fáctico por falso juicio de identidad ante la distorsión de las pruebas en que incurrió el Tribunal y porque la apreciación probatoria riñe con los principios de la sana crítica, lo que en su parecer llevó a la infracción de los artículos 7°, 232, 234 y 238 del Código de Procedimiento Penal.

En concreto, aduce que el fallador no valoró las pruebas en conjunto, y que si hubiera sido inmediata la citación a escuchar a JUAN VIANEY AYALA en “descargos”, tal y como lo solicitó a la Fiscalía, otro habría sido el rumbo de la investigación al practicar inspecciones judiciales a los diferentes sitios y confirmar los horarios referenciados por la menor y por él, con lo cual la investigación no habría sido simplista, sino integral.

Crítica que tanto el instructor, como el juzgador, se “casan” con el testimonio de la menor, pese a su insularidad, toda vez que no hay elemento de juicio que desequilibre la credibilidad de los dichos de la víctima y de su defendido, —quien no eludió la acción de la Fiscalía—, y que al acudir el Tribunal a los testigos de oídas como la progenitora de la niña y la psicorientadora “no son más que muletillas o justificaciones sin ninguna solidez”.

Para el libelista, no resulta lógico que el juzgado rechace el horario de clases aportado por su representado especulando que éste hubiera podido dejar de asistir a las clases nocturnas para dar a entender que en tales ausencias incurrió en el delito, cuando lo

jurídico es que se hubiera agotado la carga probatoria para demostrar si acudió o no al centro educativo por la época en que la menor dice haber sido abusada.

Refuta la consideración judicial que apoyada en los dichos de la progenitora y psicopedagoga de la menor resta importancia al hecho de que la niña haya referido a los médicos forenses que el abuso sexual solamente provenía del novio de su señora madre (Jorge Enrique Lobo), porque en criterio del libelista ello es trascendente por cuanto las manifestaciones de los galenos corresponden a valoraciones científicas con inmediación de la prueba al preguntarle a la víctima aspectos fácticos del comportamiento punible, además, porque fueron rendidas bajo la gravedad del juramento.

En suma, considera que la falta de valoración en conjunto de las pruebas, unido a la carencia de antecedentes penales de su defendido descartan cualquier proclividad a los delitos contra la libertad, integridad o formación sexuales imputados.

Por lo tanto, solicita a la Sala revocar la sentencia y en su lugar absolver a su asistido ante la existencia de dudas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte ha insistido en que la demanda de casación difiere ostensiblemente de un alegato de instancia, porque requiere una presentación lógica adecuada a cada una de las causales legalmente establecidas, con el respectivo desarrollo de los cargos que por vicios in procedendo o in iudicando se denuncien y la demostración de su trascendencia en la parte dispositiva del fallo impugnado.

Si se acude a la causal primera de casación es deber ineludible del censor clarificar la vía o concepto de violación de la ley sustantiva, pues tal yerro de juicio del juzgador puede darse de manera directa, bien al momento de seleccionar la norma al versar sobre la existencia

del precepto (falta de aplicación o exclusión evidente), por una equívoca adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la norma (aplicación indebida), o bien, al momento de interpretarla por darle un sentido que no tiene o errar en su significado (interpretación errónea).

O también la violación de la ley de carácter sustantivo puede darse de manera indirecta a través de yerros en el proceso de aprehensión y valoración probatorios, caso en el cual compete al demandante, además de individualizar el elemento de convicción en el que recae el vicio, identificar su clase, sea error de hecho en sus diversas modalidades: falso juicio de existencia por omisión o invención del medio probatorio; falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación de su contenido fáctico; o falso raciocinio al infringir los postulados de la sana crítica. O si se trata de un error de derecho debe el impugnante explicar si el yerro consistió en un falso juicio de convicción por negarle a la prueba el valor conferido por la ley u otorgarle un mérito diverso del que le es atribuido legalmente, o por un falso juicio de legalidad al valorar el juzgador alguna probanza con defectos formativos en su incorporación o aducción procesal.

En este orden, se advierten los desaciertos en que incurre el libelista al formular el cargo, no sólo por su precariedad demostrativa, sino porque a simple alegato de instancia se reduce su forma de argumentar ya que solamente esboza su discrepancia con la valoración probatoria y conclusiones de los juzgadores, enfrentado así su criterio a la fuerza de convicción del material probatorio.

En efecto, si bien anuncia que el reproche contra la sentencia lo encamina por la causal primera de casación ante la violación indirecta de la ley sustancial por no haber sido valoradas las pruebas en su conjunto, fácilmente se observa que su argumento lo encamina hacia la pretermisión probatoria al dolerse de que la Fiscalía no actuó con

prontitud a fin de verificar las citas que acerca de sitios y horarios referían tanto la víctima, como su defendido, lo que en criterio del demandante habría dado otro rumbo a la investigación.

Tal postulado, por constituir un eventual desafuero procesal con aptitud para afectar la validez del trámite judicial, debió plantearlo de manera independiente y prioritaria a través de la causal tercera de casación, por nulidad, con la indicación de los medios de convicción que no fueron incorporados a la actuación, la explicación de su conducencia, pertinencia y utilidad, pero principalmente, con la demostración de su trascendencia a fin de denotar que su práctica resultaba vital para arrojar un sentido diverso del fallo.

El demandante confunde así dos momentos trascendentales en lo que a pruebas se refiere; primero, la aducción o práctica regida por el carácter teleológico de la investigación integral que por mandato constitucional impone indagar tanto lo favorable, como lo desfavorable para el procesado, y segundo, su valoración en conjunto, como paso posterior, que implica la confrontación de todo el caudal probatorio a fin de establecer el grado de conocimiento que de él se puede extraer.

Y ya respecto del sendero de violación de la ley por el que orienta el libelista su reproche, lejos de advertir la distorsión probatoria, no precisa los elementos de convicción, ni menos su real contenido fáctico con el cotejo de la forma como éste se desdibujó en el fallo.

Efectivamente, la presentación global del yerro sobre el conjunto probatorio impide abordar el reparo, por cuanto la denuncia de un falso juicio de identidad impone la obligación de individualizar el elemento de convicción en el cual recae en aras de evidenciar el falseamiento de su contenido, aclarar así lo que dice objetivamente y lo que de él se distorsionó en la decisión, sea con agregados que no corresponden a su texto, por cercenamiento de algunos de sus apartes o por la transmutación de su

literalidad.

Tampoco desarrolla su planteamiento acerca de la pretermisión de los postulados de la sana crítica para advertir que la decisión cuestionada carece de una argumentación estructurada coherentemente como lo enseña la lógica o que se aparta de la forma como se aplican los principios en un espacio teórico específico, propio de la observación científica, o de los juicios que se forman a partir de comportamientos sometidos a una identidad circunstancial que arrojan las reglas de la vida, pues lo que propone el libelista es una nueva valoración probatoria pero desde su propia visión de los hechos al resaltar que el único responsable del comportamiento sexual ha de ser Jorge Enrique Lobo, compañero permanente de la progenitora de la menor, pero sin demostrar algún yerro judicial cuando se predicó también la responsabilidad penal de JUAN VIANEY AYALA LOBO.

No colabora en el propósito del recurrente su simple afirmación de que al manifestar los peritos médico-forenses en sus dictámenes la referencia de la menor acerca del abuso sexual del que fue víctima en el cual relacionaba sólo a Jorge Enrique Lobo, por cuanto se avizora que el Tribunal también consideró las declaraciones de la progenitora de la víctima, Ana Myriam Gelves, de la psicóloga Sandra Orellano y del profesor Gregorio Mora, estos últimos pertenecientes al centro educativo donde la menor cursa sus estudios, así como el dicho de la propia afectada que daba cuenta de la realización de comportamientos sexuales también por parte de JUAN VIANEY AYALA LOBO.

Así las cosas, el censor olvida que si se trata de demostrar errores fácticos en torno a las pruebas, acorde con el desarrollo completo del cargo es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia, porque basta que se mantenga uno solo de ellos con suficiente contundencia para que el sentido de la decisión conserve su doble presunción de acierto y legalidad.

Tampoco la aseveración que de manera tangencial hace el demandante acerca de la existencia de dudas cumple con una argumentación cuando de denunciar la carencia de una convicción razonada científica y técnica del juzgador se trata, falencia que en manera alguna la Sala puede subsanar en virtud del principio de limitación que rige esta impugnación extraordinaria.

Por lo anterior, acorde con las previsiones del artículo 213 de la Ley 600 de 2000 se impone de plano la inadmisión de la demanda.

CASACION OFICIOSA

La Corte en decisión de 12 de septiembre del año en curso (Radicación 26967) varió el criterio que ordenaba el previo traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto, cuando, pese a no admitir la demanda de casación, se avizoraba la infracción de alguna garantía procesal de los sujetos intervinientes que ameritara el ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, al considerar que ante el principio de pronta y eficaz administración de justicia, la Sala de manera inmediata debe corregir el yerro, sin que sea necesario el concepto del Procurador Delegado ante esta sede casacional.

Ciertamente, en ocasiones precedentes, pese a la decisión de no admisión de la demanda, la Corte ha corrido el traslado al Ministerio Público para ejercer su facultad oficiosa cuando advierte de manera flagrante la violación de alguna garantía fundamental de los sujetos procesales, postura acorde con el rol que han de cumplir los Tribunales de casación que implica “unas dimensiones más afines con el vigente Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1º Const. Pol.) que, en protección de las garantías fundamentales de todos los asociados, permitiera la casación oficiosa y -más adelante en el camino evolutivo- la casación excepcional -en postrimerías y en respeto a la igualdad- a disposición de todos los sujetos procesales”.¹

Surge claro que ante la autorización dada por el legislador a la Corte para aprehender el estudio del proceso aun cuando no se admitan los cargos formulados en la demanda, una vez advierta el agravio que haya producido el fallo de segundo grado a alguno de los sujetos procesales, proceda inmediatamente a corregirlo, con lo cual se cumple cabalmente con los fines de la casación de velar por la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal.

Aunque el Ministerio Público por mandato constitucional debe intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, con el nuevo criterio de autoridad de la Corte no se relega la actuación del representante de la sociedad, por cuanto al ser un tema no propuesto, ni menos recurrido por tal sujeto procesal en las instancias, se impone la rápida acción de la Corte como garante no sólo de los derechos fundamentales, sino de los fines esenciales del Estado, especialmente, el de asegurar la vigencia de un orden justo, en aras de la materialización de la justicia en la decisión.

Precisado lo anterior, en el presente caso surge nítida la necesidad de acudir a la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 a la Corte, ante la infracción de la garantía del debido proceso de los enjuiciados JUAN VIANEY AYALA LOBO y Jorge Enrique Lobo por tener en cuenta el juzgador los mismos aspectos fácticos que le sirvieron para sustentar las causales de agravación específicas imputadas, como circunstancias de mayor punibilidad, cuando en la acusación no fue considerada alguna de estas últimas, situación que a la postre lo hizo ubicar dentro del ámbito de movilidad punitiva en los cuartos medios, cuando correspondía no sobrepasar el primero.

Efectivamente, la inclusión de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la resolución de acusación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, tiene clara trascendencia, no sólo por su necesaria discusión y contradicción en desarrollo del

proceso, sino porque ellas se reflejarán en el proceso de dosificación punitiva, pues fijados los límites mínimos y máximos del delito en los que se ha de mover el fallador teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de tales extremos (v.gr. causales de agravación específicas), establecerá según la concurrencia de causales de mayor o menor punibilidad, el cuarto o cuartos dentro de los que deberá determinar en concreto la pena a través de la ponderación de los factores concernientes a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el específico caso.

La precisión de la acusación impide al juez agravar la responsabilidad del acusado al adicionar hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas en la acusación o incluir agravantes no contempladas en ella o en la variación de la calificación jurídica, so pena de infringir el denominado principio de congruencia integrado por la correspondencia entre lo imputado, lo juzgado y lo sentenciado.

También le es vedado al funcionario judicial considerar más de una vez un mismo supuesto fáctico para deducir de él circunstancias punitivas, pues se constituye en una afrenta a la prohibición de doble incriminación.

En este orden, la acusación se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no podrá ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir.

Por lo expuesto, en este caso resulta palmario que los falladores, sin atender que en el pliego acusatorio no se dedujeron circunstancias de mayor

punibilidad, incluyeron factores genéricos de mayor intensidad punitiva para fijar la pena a partir de los cuartos punitivos medios y no en el primer cuarto como correspondía con el argumento de la concurrencia de causales que corresponden a los mismos supuestos que configuraron las circunstancias específicas de agravación previstas para el delito de acto sexual violento, con lo cual se imputó más de una vez un mismo marco fáctico, en contra de la prohibición de doble incriminación.

Así, el juez de primer grado partió del rango punitivo de cuatro (4) a nueve (9) años de prisión previsto para el delito de acto sexual violento en el que concurrían circunstancias específicas de agravación²

, y respecto de Jorge Enrique Lobo consideró que como: "...aparece el antecedente penal de anterior condena a nueve meses de prisión como responsable de un delito de Lesiones Personales (fl.81), lo cual nos demuestra su personalidad proclive al delito, sin que podamos perder de vista que era él quien ejercía autoridad sobre la menor, razones que llevan a este Despacho a ubicarse dentro del segundo de los cuartos referenciados y en el mismo, atendiendo la información de la menor, creíble por las razones antes expresadas, de la reiteración de la conducta, se considera procedente imponerle al mismo la pena principal de seis años de prisión"

En cuanto a JUAN VIANEY AYALA LOBO se estimó que: "...Ejecutó similar conducta, sin que pueda deducírsele la circunstancia de agravación punitiva de ejercer alguna autoridad sobre la víctima pero sí las otras referenciadas, pues igual actuó junto a otra persona, siendo ostensible la escasa edad de la pequeña, la que además debía conocer por la cercanía con la madre, además de su cuñada, su compañera de trabajo y por consiguiente, considera el Despacho procedente sobre el particular ubicarse igualmente en el segundo de los cuartos, dadas las circunstancias agravantes en mención, pero teniendo en cuenta que no registra antecedentes, se considera procedente imponer el

mínimo de la pena allí propuesta y por consiguiente, decide fijar como pena principal para el mismo la de cinco punto veinticinco años, correspondiente a cinco años y cuatro meses de prisión”.

Así, la afectación del debido proceso no se configura tanto por la falta de congruencia de la resolución de acusación con el fallo, sino, por el desconocimiento a la prohibición de la doble valoración (*non bis in idem*), en relación con los supuestos de participación plural, minoría de edad de la víctima y posición de autoridad sobre la menor como circunstancias específicas de agravación punitiva y factores genéricos de mayor punibilidad, desafuero inadvertido por el Tribunal con trascendencia, por cuanto, como se anotó, el ámbito de punibilidad se limitaba al primer cuarto, lo que impone que la Corte haga uso de su facultad oficiosa a fin de corregirlo con la exclusión de tales causales.

En consecuencia, para la correspondiente redosificación punitiva se deberá partir del primer cuarto punitivo establecido para el delito de acto sexual violento agravado [48 a 63 meses de prisión], por lo tanto, respecto de Jorge Enrique Lobo, siguiendo los criterios del *a quo* para no imponer el mínimo dada la gravedad de la conducta al tratarse de la afectación de la libertad y formación sexual de una niña menor de edad con la cual, contrariamente, debía asumir una actitud ejemplarizante por ser el compañero permanente de su progenitora, que se predica de la conducta, además de su reiteración, la concurrencia de tres circunstancias de agravación específicas, unido a los antecedentes penales que obran en su contra, se le fijará en cinco (5) años la prisión.

En relación con JUAN VIANEY AYALA LOBO, también dentro del primer cuarto punitivo, se seguirán los criterios tenidos en cuenta por el juez que al excluir la causal de agravación por razón de la autoridad sobre la víctima y por al no obrar antecedentes penales le impuso la pena mínima, por lo tanto, se fijará la sanción en cuatro (4) años de prisión.

Respecto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y públicas se determinará para cada procesado el mismo tiempo que corresponde a la sanción privativa de la libertad.

Finalmente, dada la sanción principal por imponer a los enjuiciados, la Sala estima que lo decidido en manera alguna afecta las consideraciones de los juzgadores en las instancias que no concedieron el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por no cumplirse con el requisito cualitativo dada la pena impuesta.

Ahora, ante la probabilidad de la prisión domiciliaria como substitutiva de la intramural, si bien se cumpliría la exigencia objetiva para acceder a tal instituto, en cuanto la pena mínima prevista en la ley para el delito por el que se procede es inferior a cinco (5) años de prisión, no ocurre lo mismo con la exigencia subjetiva en la cual corresponde evaluar el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado a fin de deducir razonadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, así como estimar la gravedad de la conducta.

Aquí, es claro que conforme con las consideraciones de los juzgadores se trata de un comportamiento de entidad, que se ejecutó reiteradamente en afectación de la libertad y formación sexual de una menor de edad dados los tocamientos y manipulación de sus órganos sexuales y la obligación para que hiciera lo propio con los varones bajo la amenaza de que le pegarían si le contaba a la señora madre.

Lo anterior no permite a la Sala suponer fundada y motivadamente que los procesados se abstendrán de poner en peligro a la comunidad y que cumplirán la pena en sus domicilios, de ahí que como lo determinó el fallador, deban cumplir la prisión intramural.

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

RESUELVE

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de JUAN VIANEY AYALA LOBO, por las razones manifestadas en la anterior motivación.
2. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE el fallo de segundo grado en el sentido de marginar las circunstancias de mayor punibilidad por no haber sido imputadas en la resolución de acusación.
3. SEÑALAR que, por razón de lo anterior se redosifica la pena principal impuesta a los procesados al fijarla respecto de JORGE ENRIQUE LOBO en cinco (5) años de prisión, y en relación con JUAN VIANEY AYALA LOBO en cuatro (4) años de prisión. El mismo lapso respectivamente se fija para la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
3. PRECISAR que en lo demás el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Comisión de servicio

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
GONZALÉZ DE L.

MARÍA DEL ROSARIO

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto del 19 de agosto de 2004. Radicación 21302.

2 El ámbito de punibilidad del delito es el siguiente:

DELITO

SANCIÓN

Acto sexual violento (Art. 206 Ley 599 de 2000)

3 a 6 años [36 a 72 meses]

Agravación específica (artículo 211)

(aumento de una tercera parte a la mitad)

4 a 9 años [48 a 108 meses]

Cuartos punitivos

48 meses a 63 meses

63 meses, 1 día a 78 meses

78 meses, 1 día a 93 meses

93 meses, 1 día a 108 meses