

Proceso No 24686

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 57

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Bogotá D. C., dieciséis de junio de dos mil seis.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Miguel Arturo Rosas Ortiz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 3 de agosto de 2005, mediante la cual confirmó la proferida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado a la pena principal privativa de la libertad de 34 meses de prisión, como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Antecedentes.

1. El 30 de noviembre de 1999, en la ciudad de Cali, Everth Yepes Villegas presentó denuncia penal contra Miguel Arturo Rosas Ortiz por el delito de corrupción de menores, asegurando que ese día, en su residencia, sorprendió al sindicado mostrándole el miembro viril a su hija Lizeth Yepes Joaquín, de ocho años de edad<sup>1</sup>.
2. En declaración rendida el 11 de enero de 2000, la menor reafirmó lo manifestado por su padre. Relató que ese día Miguel Arturo llegó de visita a su casa y se ofreció a ayudarle a dibujar un papá Noel. Después de un rato la invitó al cuarto a buscar un dibujo

que les sirviera de guía, y estando allí le dijo que le tocara el pene, ella lo rechazó pero Miguel Arturo le cogió la cara con la dos manos y se la arrimó al pene, ella le pegó y en ese momento su papá entró y lo encontró haciendo eso. Sostiene que en otras ocasiones había hecho lo mismo con ella y que también la tocaba la vagina y la sobaba por encima de la ropa, al igual que a su compañerita Diana Marcela Garzón Estrada, quien vive a la vuelta de la casa<sup>2</sup>.

3. La Fiscalía abrió investigación por estos hechos y vinculó al implicado mediante indagatoria, quien sobre lo ocurrido el 30 de noviembre, precisó: “Yo si estuve esa fecha en la casa y la ayudé a hacer un papá Noel a la niña, estaba el papá y la mamá, ella estaba sentada en el comedor, y entonces yo fui a mirar unas (sic) en la pieza de atrás que es de ellos entonces cuando yo fui la niña se fue detrás de mí, yo usaba una camisa larga por fuera del pantalón y cuando la niña se fue el papá se fue detrás, entonces ella trató de recostarse hacia mí por la parte de adelante, cuando ella hizo eso o sea de recostarse a mí yo la retiré con las manos, en ese momento que yo la retiré pasó el papá y entonces él pensó que yo estaba forzando a la niña a algún acto indebido. Entonces cuando él pensó eso me agredió y entonces yo salí corriendo”. Agrega que las afirmaciones de la niña sobre lo ocurrido ese día y en otras oportunidades no son ciertas<sup>3</sup>.

4. El de 19 de septiembre de 2002 la Fiscalía calificó el sumario con acusación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años de edad, agravado, en concurso homogéneo, según lo consignado en la parte motiva de la providencia, donde textualmente se dijo: “ADECUACION TIPICA DE LA CONDUCTA: la situación comportamental de ROSAS ORTIZ transgrede flagrantemente el derogado Decreto 100 de 1980, libro II, Título XI, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA: Cap.III, el cual se ocupa de los actos sexuales abusivos; artículo 305, denominado ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CARTORCE AÑOS, en concurso homogéneo y sucesivo, conducta que se agrava conforme al artículo 306 numerales 2º y 5º, toda vez que el procesado impulsó a la pequeña a depositar en él su confianza, y porque la víctima era menor de 10 años, y

bajo los parámetros de la ley 360 de 1997”<sup>4</sup>. Esta decisión causó pacífica ejecutoria en primera instancia el 17 de enero de 2003<sup>5</sup>.

5. Rituado el juicio, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali, en sentencia de 18 de enero de 2005, condenó a Miguel Arturo Rosas Ortiz a la pena principal privativa de la libertad de 34 meses de prisión, “como autor responsable de acto sexual con menor de 14 años, tipo penal contemplado en el Decreto 100 de 1980, artículo 305, con la circunstancia de agravación consagrada en el numeral 5° del artículo 306 del mismo estatuto” y la accesoria de interdicción de derechos y funciones pública por el mismo término, y le negó los sustitutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria<sup>6</sup>.

6. Este fallo fue apelado por la defensa, por estar en desacuerdo con la tasación de la pena, la fijación de los perjuicios y la decisión de negar al procesado los sustitutos penales, siendo confirmado por el Tribunal, en decisión de 3 de agosto de 2005<sup>7</sup>. Contra esta decisión interpuso casación la defensa para controvertir la responsabilidad del procesado en los hechos y la dosificación de la pena. La Corte, en decisión de 21 de marzo del año en curso inadmitió el primer cargo por no haber sido objeto de la apelación, y admitió el segundo<sup>8</sup>.

Contenido del cargo admitido.

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 del estatuto procesal penal, el actor acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial por errores de hecho por falsos juicios de existencia en la apreciación de las pruebas.

Asegura que el juzgador le dio pleno valor a los comentarios que hizo la menor ofendida, en el sentido de que el procesado realizó conductas sexuales prohibidas no solamente con ella sino con una compañerita suya que estuvo haciendo tareas en su casa, y que con

fundamento en estas revelaciones fijó la pena por encima del mínimo previsto en la ley, sin haber escuchado la versión de la amiga de Lizeth, y sin existir siquiera indicios leves de tal comportamiento.

En síntesis, el juez de primer nivel “fincó la certeza a los dichos de la menor ofendida y agravó la pena amparado en la reiteración de la conducta por parte del procesado en persona distinta a la ofendida sin prueba que lo respalde, violando una norma de carácter sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia”.

Sustentado en estas consideraciones solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, y en su lugar, tasar la pena partiendo del mínimo, teniendo en cuenta que el proceso no demostró con prueba legal y oportunamente allegada al proceso, que la conducta agotada hubiese sido reiterada.

Concepto de la Delegada.

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal considera que el cargo, en los términos que fue planteado, no está llamado a prosperar, porque el Tribunal, al resolver el recurso de apelación, no hizo referencia alguna al comportamiento realizado por el procesado en la otra estudiante, y en esas condiciones, los argumentos que el impugnante aduce, en el sentido de que los juzgadores supusieron la prueba de ese hecho (acto sexual en la otra menor), resultarían impertinentes.

Explica, sin embargo, que si la Corte concluye que el incremento adicional de los dos (2) meses que el juzgador de primera instancia aplicó sobre el mínimo imponible (32 meses), no estuvo determinado por el concurso de hechos punibles, sino por la gravedad del delito por el cual se le condena, debe casarse de oficio la sentencia, porque la repetición de la conducta en la misma persona no podía ser tomada en cuenta como factor de dosificación de la pena.

## SE CONSIDERA:

1. La Fiscalía acusó a Miguel Arturo Rosas Ortiz como presunto autor material del delito de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo sucesivo, siendo sujeto pasivo la menor Lizeth Yepes Joaquín, y le dedujo las agravantes previstas en los numerales 2° y 5° del artículo 306 del Código Penal de 1980, “porque el procesado impulsó a la pequeña a depositar en él su confianza y porque la víctima era menor de 10 años”.

2. En la sentencia de primera instancia, el juzgado, al tasar la pena privativa de la libertad, partió de 32 meses de prisión, sanción mínima aplicable para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, cuando concurren circunstancias de agravación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 305 del Código Penal de 1980 (modificado por el 7° de la ley 360 de 1997), que preveía sanción de 2 a 5 años de prisión, y el artículo 306.5 ejusdem<sup>9</sup>, que establece un aumento de una tercera parte a la mitad, normas vigentes cuando ocurrieron los hechos. Al respecto, dijo:

“Es por ello, que al realizar este juzgador, la tasación de la sanción se observa que la señalada en el Decreto ley 100 de 1980, modificado por la ley 360 de 1997, contemplaba una menor punibilidad para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, motivo por el cual se tasará la pena teniendo en cuenta esa legislación, precisamente respetando la prevalencia del principio de favorabilidad y teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en vigencia de la anterior normatividad.

“Así las cosas, traducido a meses el quantum antes mencionado (2 a 5 años, aclara la sala), quedan establecidos los extremos dentro de los cuales se podrá mover el dispensador judicial en este proceso de cuantificación punitiva entre 24 y 60 meses de prisión; al aplicar la causal de agravación punitiva contenida en el numeral 5° del artículo 306 del mismo estatuto, modificadora de punibilidad, es decir de una tercera parte a la

mitad, los nuevos extremos quedan entre 32 y 90 meses de prisión”.

3. Dicho quantum mínimo (32 meses), fue aumentado en (2) dos meses, para un total de treinta y cuatro (34) meses, que vino a ser la pena que en definitiva se le impuso al procesado, en aplicación de los criterios de dosificación señalados en el artículo 61 del Código Penal, por haber realizado varias veces la misma conducta, no solo con la menor Lizeth Yepes Joaquín, sino con su compañerita de estudios Diana Marcela Garzón Estrada. Los argumentos que se adujeron para justificar este aumento, son del siguiente tenor:

“En este proceso de individualización de la sanción, debemos tener en cuenta que el artículo 61 del código represor, establece que una vez realizado lo anterior, se determinará la pena considerando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan 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 caso concreto.

“Pues bien, bajo estos parámetros, considera este dispensador judicial que no hay lugar a imponer el mínimo de la pena señalada en el correspondiente cuarto, teniendo en cuenta que según lo dicho por la víctima, este tipo de conducta ya había tenido ocurrencia, no solo con ella, sino también con una amiga suya que fue un día a hacer tareas a su casa; si bien es cierto, no se pudo allegar al proceso su declaración, no podemos pasarlo por alto, motivo por el cual, nos alejaremos del extremo mínimo del cuarto exiguo en dos (2) meses, para arribar a una sanción a imponer de treinta y cuatro (34) meses de prisión”<sup>10</sup>.

4. El Tribunal, en la sentencia impugnada, al dar respuesta a los cuestionamientos hechos por el apelante a la legalidad del aumento de los dos (2) meses, argumentó que las razones expuestas por el juez para justificar su imposición eran jurídicamente válidas, puesto que

apuntaban a significar la necesidad de aplicar mayor pena al implicado, y que la mayor gravedad del comportamiento y el mayor repudio de la acción se reflejaban en el hecho de que había realizado el mismo comportamiento punible varias veces, en la propia casa de la víctima, abusando de la confianza en él depositada, a plena luz del día y sin importar la presencia del padre de la menor. Sobre el particular, dijo:

“Ajustándose a los criterios de ponderación previstos en el artículo 61 ibídem, partió del parámetro mínimo (32 meses) e hizo un incremento de dos (2) meses (para un total de 34 meses de prisión), considerando que el proceder del implicado había sido reiterativo pues lo había observado también con una amiguita de la aquí ofendida; consideración que es jurídicamente válida pues apunta a significar la mayor necesidad de la pena en el aquí encartado.

“Mal puede afirmarse que el implicado es derecho al mínimo de la pena (32 meses) cuando la mayor gravedad del comportamiento y el mayor repudio de la acción, reflejados en el hecho de que el acusado realizó el comportamiento punible en más de una ocasión con la aquí ofendida y en el hecho de que no haya tenido el más mínimo escrúpulo para realizar el acto sexual con la menor en la casa de la misma, a la que se le permitía la entrada por un acto de confianza de los padres; a la plena luz del día y sin importarle la presencia del padre del menor”<sup>11</sup>.

5. Las transcripciones que vienen de hacerse dejan en claro que el incremento de dos (2) meses que los juzgadores aplicaron sobre la pena mínima prevista para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, se sustentó en dos motivos: (i) la reiterada realización de la conducta con la menor Lizeth Yepes Joaquín (sujeto pasivo en el caso juzgado), y (ii) la realización del mismo comportamiento con Diana Marcela Garzón Estrada, compañera de colegio de la anterior. Estos dos motivos fueron los únicos invocados por el Juez para justificar el aumento, y ambos fueron acogidos por el Tribunal de apelación, como surge de los contenidos transcritos.

6. No es cierto, entonces, que el Tribunal hubiera omitido en el fallo toda referencia a la conducta realizada por el procesado con la otra estudiante, y que al ser excluido tal argumento como fundamento de la aplicación del incremento, el cargo derive impertinente, por ausencia de objeto, como lo sostiene la Delegada en su concepto, pues basta leer los apartes transcritos para advertir que avaló los dos argumentos presentados por el juez para realizar el aumento, y que adicionalmente adujo otros, en procura de dar mayor consistencia a la sustentación cuestionada, lo cual desde luego, le estaba vedado hacer, por tratarse de circunstancias ex novo, no invocadas por el Juez de instancia en su momento.

7. Es más. Si el Tribunal no hubiese avalado los argumentos del Juez de instancia en este concreto punto, y hubiese excluido los actos libidinosos realizados con la otra menor como factor determinante del incremento, por considerarlo ilegal, como lo entiende la Delegada, su obligación era eliminar el ajuste punitivo realizado por dicho concepto, y no traer a colación nuevas circunstancias para justificar su mantenimiento, porque ello violaría el principio de prohibición de la reforma en peor, en cuanto se estaría sustituyendo una circunstancia aducida ilegalmente, por una que el impugnante único no pidió tener en cuenta, y que tampoco fue deducida en el fallo impugnado, con el único propósito de mantener inmodificable la pena impuesta.

8. El demandante cuestiona el incremento que los juzgadores hicieron de los dos meses de pena, por considerarlo ilegal, pues afirma que el hecho que se adujo para imponerla (que el procesado realizó igual comportamiento con una amiga de Lizeth), no podía ser tenido en cuenta como criterio dosificador de la pena, por no haber sido probado en el proceso, ya que la presunta ofendida no compareció a declarar, y que los juzgadores, al tenerlo por cierto, supusieron la prueba de su existencia, violando de esta

manera la ley sustancial por errores de hecho por falsos juicios de existencia, por invención de prueba.

9. Esta censura, en los términos en que ha sido propuesta, es infundada, porque no es cierto que los juzgadores hayan supuesto la prueba del hecho que sirvió de sustrato para realizar el aumento de los dos meses de pena (reiteración de la conducta con una compañera de Lizeth). Este hecho lo declararon acreditado los juzgadores con el testimonio de la menor Lizeth Yepes Joaquín, prueba que no es supuesta, como quiera que materialmente hace parte del proceso, no en el testimonio de Diana Marcela Garzón Estrada, quien no declaró en el proceso. Habría existido dicho error si la decisión se hubiese sustentado en el testimonio de esta última, no obstante no hallarse incorporado al proceso, pero es obvio que esto no sucedió.

10. Si lo pretendido por el demandante era plantear que el testimonio de la menor Lizeth Yepes Joaquín no era probatoriamente suficiente para dar por acreditada la existencia de los actos sexuales a que fue sometida su compañera, o que carecía legalmente de eficacia para demostrar ese hecho, debió invocar error de raciocinio, o de convicción, según el caso, y demostrarlo, siguiendo al efecto las directrices técnicas que impone su alegación, pero no invocar error de existencia por suposición de prueba, porque el testimonio que se adujo como fuente probatoria de la reiteración de la conducta con la otra menor se hallaba incorporado al proceso e informaba del hecho. De allí que el cargo, en los términos que fue planteado, no esté llamado a prosperar.

11. Para la Corte es claro, sin embargo, que el incremento de pena que los juzgadores realizaron por el referido motivo (reiteración de la conducta con la compañera de colegio de Lizeth), es ilegal, en cuanto se sustenta en una situación que resulta extraña a los criterios de dosificación punitiva previstos en la ley, que como se sabe, deben estar referidos a situaciones vinculadas con el hecho que se investiga en el respectivo proceso (para el caso los actos sexuales con la menor Lizeth Yepes Joaquín), no con conductas ajenas al mismo, y que aparte de ello carecen de la connotación de

antecedente penal en los términos señalados en el artículo 248 de la Constitución Nacional.

12. La Corte, por tanto, en aplicación de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 del estatuto procesal penal, casará parcialmente la sentencia impugnada para excluir el aumento de pena que los juzgadores le aplicaron a Miguel Arturo Rosas Ortiz por el hecho de haber realizado actos sexuales con la compañera de colegio de la menor Lizeth Yepes Joaquín, por las razones que vienen de exponerse, tanto en el ámbito de la privación de la libertad como en el de la interdicción de derechos y funciones públicas. ¿Pero a cuánto asciende realmente el incremento de pena efectuado por dicho motivo?

13. Los juzgadores, como viene de ser indicado, realizaron un aumento de pena de dos (2) meses apoyados en dos consideraciones, (i) haber el procesado realizado varias veces la misma conducta con la menor Lizeth Yepes Joaquín y (ii) haber llevado a cabo igual comportamiento con su compañera de colegio Diana Marcela Garzón Estrada. El incremento por el segundo motivo, como ya se dijo, es ilegal, pero no el efectuado con fundamento en el primero, porque el procesado fue acusado por concurso homogéneo, aspecto que no fue ignorado en los fallos de instancia, y los juzgadores, al dosificar la pena, no hicieron incremento adicional por dicho motivo, de donde debe entenderse, en sana lógica, que parte del incremento que se hizo obedeció a ese motivo.

14. Pero como en el fallo no se indicó, a ciencia cierta, cuánta pena se adicionó por cada uno de los dos motivos aducidos, la Sala asume, en aplicación de los principios de equidad y proporcionalidad, que por cada uno de ellos se realizó un incremento de un (1) mes, y por tanto, que es en dicho monto (un mes) que corresponde disminuir las penas principal y accesoria impuestas al procesado por razón del incremento ilegalmente aplicado, debiendo fijarse, en consecuencia, como pena definitiva privativa de

la libertad y de interdicción de derechos y funciones públicas, la de treinta y tres (33) meses.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. No casar la sentencia impugnada por las razones expuestas por el defensor de Miguel Arturo Rosas Ortiz.
2. Casar de oficio, en forma parcial, la referida sentencia, para fijar en treinta y tres (33) meses la pena principal privativa de la libertad y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que debe purgar el procesado.

En lo demás, la sentencia se mantiene inmodificable.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURO SOLARTE PORTILLA

|           |                |                        |
|-----------|----------------|------------------------|
| SIGIFREDO | ESPINOSA PEREZ | ALFREDO GOMEZ QUINTERO |
|-----------|----------------|------------------------|

|       |                  |                        |
|-------|------------------|------------------------|
| EDGAR | LOMBANA TRUJILLO | ALVARO O. PEREZ PINZON |
|-------|------------------|------------------------|

|                  |                 |       |    |
|------------------|-----------------|-------|----|
| MARINA           | PULIDO DE BARON | JORGE | L. |
| QUINTERO MILANES |                 |       |    |

|       |                  |                     |
|-------|------------------|---------------------|
| YESID | RAMIREZ BASTIDAS | JAVIER ZAPATA ORTIZ |
|-------|------------------|---------------------|

Teresa Ruiz Núñez

SECRETARIA

- 1 Folios 1-2, 12 y vuelto del cuaderno original.
- 2 Folios 13-14 ídem.
- 3 27-30 ídem.
- 4 Páginas 5 de la resolución.
- 5 Folios 91- 96 ídem.
- 6 Folios 147 - 169 ídem.
- 7 Folios 237-245 ídem.
- 8 Folios 5 - 13 ídem.
- 9 El Juez solo tuvo en cuenta la circunstancia de agravación por ser la víctima menor de 10 años.
- 10 Páginas 17 y 18 del fallo.
- 11 Páginas 4 y 5 del fallo.