

Proceso No 28075

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.240

Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil siete (2007)

VISTOS

La Sala se pronuncia de oficio en sede de casación acerca de la eventual violación de garantías del procesado LUIS ANDERSON REYES LAVERDE al estar acreditada la ocurrencia de una sola conducta punible acaecida en enero de 2005 que desvirtuaría la figura concursal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado por la cual fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo de 27 de abril de 2007 al revocar la absolución dictada por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Desde abril hasta diciembre de 2004 la señora Concepción Corredor de Aya advirtió el enrojecimiento del ano de su nieto menor de tres años, D.A.R., (por disposición del artículo 47 Ley 1098 de 2006 se omite referir su nombre). A mediados de enero de 2005 ante la manifestación de éste acerca de que su tío, LUIS ANDERSON REYES LAVERDE le molestaba esa región, al evidenciar ella nuevamente tal enrojecimiento, el 28 de

febrero siguiente llevó al menor a valoración médico legal en la que se le determinó un eritema leve en los bordes del ano y borramiento de los pliegues radiados perianales de la mucosa, así como hipotonía, hallazgos compatibles con maniobras sexuales en esa zona.

El 29 de diciembre de 2005 ante el Juez Cincuenta y Cuatro Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá se realizó audiencia preliminar en la cual se legalizó la captura de LUIS ANDERSON REYES LAVERDE, ordenada previamente el 13 del mismo mes y año por el Juzgado Veintinueve de igual categoría y función. El ente investigador le formuló imputación por la posible comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, a la vez, pidió le fuera impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva. El procesado no aceptó los cargos y el juez consideró que no se daban los requisitos para imponer la medida cautelar de carácter personal solicitada.

La Fiscalía presentó el escrito de acusación “por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS ART. 208 DEL CODIGO PENAL, CON EL AGRAVANTE DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ART. 211 DE LA MISMA OBRA. EN CONCURSO SUCESIVO Y HOMOGÉNEO, en razón a que este hecho se ha causado en varias ocasiones.” (destacado en el texto).

La formulación oral de la acusación se cumplió ante el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá el 28 de febrero de 2006 en la que se insistió en el concurso homogéneo y sucesivo del comportamiento punible.

En la audiencia preparatoria cumplida el 27 de marzo de 2006 el Juez negó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el defensor, pero en virtud del recurso de apelación que el mismo sujeto procesal interpuso, el Tribunal Superior de Bogotá revocó tal decisión el 4 de mayo siguiente.

Luego de la audiencia del juicio oral celebrada el 30 de noviembre

de 2006 en la cual la teoría del caso expuesta por el ente acusador y solicitud de alegación final abordaron el concurso delictual objeto de acusación al precisar que los últimos episodios fácticos se dieron en enero de 2005, el Juez profirió fallo mediante el cual absolvió al procesado de los cargos en consideración a que no había prueba acerca de la existencia del hecho dada la vaguedad del relato de la abuela del menor Concepción Corredor de Aya quien no precisó si los hechos sucedieron el 13, 14 o 15 de enero de 2005 y la manifestación del Médico Forense Jhon Wilvert Villegas que aducía que el borramiento de pliegues anales podía obedecer a diferentes causas.

Impugnada la sentencia por la Fiscalía, la audiencia de sustentación del recurso se realizó el 13 de marzo de 2007. El Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo de abril 27 siguiente (día en que también se le dio lectura) revocó la decisión al dar credibilidad al relato de la abuela del menor y las experticias médicas y psicológicas que le fueran practicadas, y en su lugar condenó a LUIS ANDERSON REYES LAVERDE como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado por la posición de autoridad sobre la víctima y la minoría de edad de ésta, en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión, así como a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. En la sentencia también se le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se ordenó su captura.

Contra el fallo de segunda instancia la defensora del enjuiciado en la oportunidad prevista en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, presentó demanda de casación y esta Sala mediante providencia de 26 de septiembre del año en curso no la admitió, pero dispuso que, una vez surtido el trámite del mecanismo de insistencia, retornara el proceso al despacho a fin de proveer de oficio acerca de la posible vulneración de las garantías fundamentales del procesado, a lo cual, en consecuencia, se circunscribirá

el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En virtud del principio acusatorio, al pertenecer la acción penal a la Fiscalía, tal institución estatal corre con la carga de la prueba del hecho que imputa al sujeto lo que debe surtir ante el juez de conocimiento en un proceso público, oral concentrado con inmediación probatoria en el que se garantice la igualdad de armas o de partes a fin de que el imputado ejerza cabalmente su derecho de defensa.

Para promover la teoría del caso no basta la simple afirmación del Fiscal, pues le compete su debida demostración, así, en los términos del artículo 372 de la Ley 906 de 2004 debe llevar al juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe.

Por ser un sistema adversarial al permitir la confrontación dialéctica, cada parte deberá acreditar probatoriamente su pretensión, en tanto que al juez le corresponderá pronunciarse dentro de los temas planteados, pero siempre en relación con lo que se haya probado. Aquí se recuerda el aforismo latino *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos, yo te daré el derecho) de acuerdo con el cual, el juez debe aplicar a los hechos que se hayan probado, el derecho que corresponda, verificando en todo caso si los supuestos fácticos debatidos y los elementos probatorios que los sustentan se ajustan a las hipótesis normativas a fin de asignarles las consecuencias jurídicas legalmente dispuestas.

De lo anterior se desprende la necesaria motivación de la sentencia, la cual partiendo de los hechos acreditados se sustentará también en razonamientos jurídicos, pues “la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación

de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.

“De este modo un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del art. 24.1 CE. Ahora bien, para que se produzca tal violación es necesario que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su ratio decidendi; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental. Por último el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca”.¹

La garantía fundamental de la legalidad también se ha de entender en el sentido de que la persona debe ser juzgada con la observancia plena de las formas propias de cada juicio, no sólo por el respeto al rito procesal, sino que los medios probatorios a través de los cuales se hace la reconstrucción de los hechos, sean aprehendidos objetivamente y valorados conforme con los postulados de la sana crítica.

Así las cosas, le está vedado al juzgador al contemplar las probanzas distorsionar su expresión fáctica al ponerlas a decir lo que materialmente no dicen, sea con agregados que

no corresponden a su texto, por cercenamiento de algunos de sus apartes o por la transmutación de su literalidad, a su turno, debe valorarlas racionalmente explicando la capacidad de convicción razonada científica y técnica que le ofrecen ellas en su conjunto.

Con base en lo expuesto, en este caso en el escrito de acusación se plasmó como aspecto fáctico: “Cuentan las diligencias que desde aproximadamente la anualidad del 2.004 y como último episodio mes de enero de 2.005 el menor de 4 años (D.A.R.) viene siendo abusado por su tío materno LUIS ANDERSON REYES LAVERDE, alias LUCHO, cuando el infante queda al cuidado de éste, esta conducta se supo a través de su abuela paterna señora CONCEPCION CORREDOR DE AYA, cuando ella tenía ocasión de cuidar a su nieto y le notaba el ano bastante dilatado. Situación que denunció y fue corroborada por el Instituto de Medicina legal, cuando en pericia se habló de que las características del ano del menor no eran producto del estreñimiento, sino que eran compatibles con maniobras antiguas mayor a 10 días”

Consecuentemente, se acusó a REYES LAVERDE por el concurso delictivo homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, y sobre tal figura jurídica expuso la representante de la Fiscalía su teoría del caso.

En desarrollo de la audiencia del juicio oral se recepcionó el testimonio de la abuela del menor, Concepción Corredor de Aya, quien relató que en abril de 2004 se dio cuenta del enrojecimiento y dilatación del ano de su nieto, situación en la cual el niño llegó en otras ocasiones luego de que era dejado al cuidado de su tío LUIS ANDERSON REYES LAVERDE. Ante tal relato la testigo fue requerida por el juez director de la audiencia a fin de que precisara los hechos que hubiesen acaecido en el 2005, pues los anteriores a ese año no podían ser objeto del juicio por no tener competencia para ello, por lo tanto, la deponente aclaró que “a mediados de enero 15 de 2005 el niño llegó y me dijo sin estarle preguntado que LUCHO le molestaba la cola con un palo y que ese palo ya no le quemaba

como antes". Al solicitarle nuevamente precisión de los hechos recalcó que "fue a mediados de enero 15" agregando que luego el 28 febrero procedió a llevar al menor a valoración médico legal.²

Seguidamente, se recibió el testimonio del Médico Forense Jhon Wilvert Varela Bermúdez quien tras relatar los hallazgos encontrados en el cuerpo del menor acerca de un eritema leve en los bordes del ano, borramiento de los pliegues radiados perianales de la mucosa, separación de sus bordes de cinco milímetros, huellas no recientes que indicaban un tiempo superior a 10 o 12 días antes del momento del examen y que eran compatibles con maniobras sexuales en tal zona, precisó que por información de la abuela desde el 16 de enero de 2005 el niño ya no estaba en cercanía de "LUCHO"³.

El juzgador de primer grado avizó dudas acerca de la ocurrencia de los hechos, en cuanto a que la abuela del menor, Concepción Corredor de Aya "informa que por los hechos supuestamente sucedidos en enero 15, o 13 o 14, el 28 de febrero del 2005 llevó a su nieto en compañía del padre a examen de MEDICINA LEGAL. Esto ya indica una gran inquietud y duda, puesto que no es entendible como un padre y una abuela no reaccionan inmediatamente si encuentran síntomas de abuso sexual en el niño."

Por su parte, el Tribunal para revocar la absolución cuando relacionó la sentencia objeto de apelación anotó que la declarante en mención "aseguró que por los acontecimientos de 13, 14, 15 de enero de 2005", llevó al menor a valoración médico legal. Luego de lo cual al justificar la fiabilidad de la deponente y su ausencia de interés en el proceso, así como las declaraciones de los peritos concluyó la acreditación del concurso delictual imputado.

En este orden, surge diáfano que de la inicial falta de precisión temporal de la declarante Concepción Corredor de Aya al sólo referir que el enrojecimiento y dilatación del ano de su nieto lo advirtió a mediados de enero 15 de 2005, que fue tomada por el

juzgador de primer grado de manera disyuntiva o alternativa al no poderse predicar si los hechos ocurrieron el 13, 14 o 15 del mes y año en cita, el Tribunal los tuvo de forma acumulativa como si los actos se hubieran desarrollado en todos esos días.

La declarante en su relato refirió sólo un hallazgo en el cuerpo de su nieto para mediados de enero, y después de esta fecha, según lo indicó en medico forense, el niño no estuvo en cercanía del procesado, de lo cual se advierte que además de que probatoriamente no se acreditó la pluralidad de comportamientos punibles, incurrió el Tribunal en un error de hecho por falso juicio de identidad al distorsionar el contenido material de la declaración de Concepción Corredor de Aya, yerro que lo condujo a la aplicación indebida del instituto del concurso de delitos.

No sólo por razón de competencia ante la entrada en vigencia el 1° de Enero de 2005 para el Distrito Judicial de Bogotá del sistema acusatorio, los actos anteriores a esa fecha no podían ser objeto del proceso, sino porque según la estipulación probatoria de la plena identificación de LUIS ANDERSON REYES LAVERDE, denota que de acuerdo a su fecha de nacimiento (5 de diciembre de 1986), adquirió la mayoría de edad el 5 de diciembre de 2004 (folio 85 carpeta)⁴, a escasos días del que la señora Concepción Corredor de Aya advirtió las anomalías en el cuerpo del menor.

En consecuencia, fácil se avizora la trascendencia del yerro judicial del Tribunal por cuanto se reflejó obviamente en el proceso de dosificación de la pena, lo que impone su corrección al casar parcialmente el fallo para excluir la figura concursal.

Así, el Tribunal ubicado en el rango punitivo para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado [ochenta y cinco (85) meses, nueve (9) días, a doscientos dieciséis (216) meses] y partiendo del primer cuarto punitivo por no haber sido imputadas circunstancias de mayor punibilidad: “En consideración a la gravedad del hecho, esto es con agresión a la libertad y formación sexual de un pequeño de apenas

tres años, a quien obviamente no solo se causó daño a ese bien jurídico fundamental sino también a su integridad psíquica, y la forma de ejecución, aprovechando que se hallaba indefenso bajo el cuidado del actor, quien actuó con dolo manifiesto y atendida la concurrencia de dos agravantes específicas, se ha de imponer cien meses por cada conducta delictual, entonces como todos son de igual gravedad se parte de esta cifra y, atendida la regla del artículo 31 C.P., para el fenómeno concursal, se aumentará en veinte más, para un TOTAL DE PENA DE PRISIÓN IMPONIBLE DE CIENTO VEINTE (120) MESES, y en igual lapso se fija la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas” (destacado incluido en el texto).

Por lo tanto, se excluirá el aumento punitivo de veinte (20) meses que se irrogó por razón de los delitos homogéneos concurrentes de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, razón por la cual la sanción quedará en cien (100) meses de prisión que corresponde al quantum del que partió el juzgador para uno de tales ilícitos. En el mismo lapso se fijará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y públicas.

Por último, dada la sanción principal por imponer al procesado, la Sala estima que lo decidido en manera alguna afecta las consideraciones del juez colegiado para no conceder el subrogado penal de la ejecución condicional de la pena por superarse ampliamente el límite objetivo previsto para su concesión, haciéndose imperioso el tratamiento intramural.

Las mismas consideraciones sirven de fundamento para no conceder la prisión domiciliaria, toda vez que no se cumple con 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 superior a cinco (5) años de prisión.

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. CASAR DE OFICIO Y PARCIALMENTE el fallo de segundo grado en el sentido de marginar la figura jurídica del concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.
2. PRECISAR que, en consecuencia, LUIS ANDERSON REYES LAVERDE es condenado como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado por la posición de autoridad sobre la víctima y la minoría de edad de ésta (artículos 208 y 211 numerales 2° y 4° de la Ley 599 de 2000).
3. SEÑALAR que se redosifica la pena principal impuesta al procesado LUIS ANDERSON REYES LAVERDE al fijarla en cien (100) meses de prisión. En el mismo lapso se determina la pena accesorio de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
4. 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

SIGIFREDO	ESPINOSA PÉREZ	MARÍA	DEL	ROSARIO
GONZALÉZ	DE L.			

Comisión de servicio

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 201 del 15 de noviembre de 2004.

2 C.D N° 7 record 21:32 y 22:00

3 C.d. N° 7 record 41:20

4 Sobre este último aspecto también llama la atención que existió un pronunciamiento judicial por parte del Juez Sexto de Menores de Bogotá de 16 de junio de 2004 mediante el cual cesó procedimiento a favor de LUIS REYES LAVERDE por el delito de actos sexuales con base en una investigación iniciada el 30 de abril de 2004 por no haber sido valorado el menor (D.A.R.) en medicina legal y ante el desistimiento de la denunciante Concepción Corredor de Aya, sólo que ésta providencia no fue aportada oportunamente al juicio, pues sólo fue allegada en sustento del presente recurso de casación formulado por la defensora del procesado.