

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2877-2015

Radicación N°. 45659

(Aprobado Acta N°. 184)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte examina las bases jurídicas, lógicas y argumentativas de la demanda de casación presentada por el defensor de John Fabián Solarte López contra la sentencia del 19 de diciembre de 2014, en virtud de la cual el Tribunal Superior de Popayán confirmó la proferida por el Juzgado 5° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de ese distrito judicial y condenó al acusado por el concurso homogéneo de actos sexuales con menor de 14 años, agravado.

HECHOS

Ocurrieron entre los meses de julio de 2011 y marzo de 2012, época para la cual John Fabián Solarte López, vecino del barrio SS1 de Popayán, era el encargado de transportar en su vehículo, de la casa al colegio, a la menor A.M.M., de 11 años de edad, quien también residía en el sector con sus padres.

Solarte López aprovechaba esos trayectos para tocar a la niña en sus senos y vagina, bajo la excusa de hacerle masajes. Igual manoseo hizo dos tardes cuando pasó a recogerla al establecimiento educativo.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia concentrada del 4 de diciembre de 2012, la Juez 3ª Penal Municipal con funciones de control de garantías de esa ciudad impartió legalidad a la captura de John Fabián Solarte López y a la imputación que en su contra hizo la Fiscalía 5ª CAIVAS² por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo, agravado por el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal³. Le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario⁴.

2. En similares términos se radicó escrito de acusación el 1º de febrero de 2013⁵ y se formularon cargos el 17 de abril siguiente ante el Juzgado 5º Penal del Circuito con funciones de conocimiento del mismo municipio⁶.

3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 27 de mayo posterior⁷ y la del juicio oral inició efectivamente el 16 de diciembre de ese año⁸, el debate finalizó el 20 de marzo de 2014⁹ y se anunció sentido de fallo condenatorio el 3 de abril ulterior¹⁰.

4. El 7 de julio de esa anualidad la Juez dictó sentencia en la que sancionó penalmente a Solarte López con 15 años de prisión e igual tiempo de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Le negó la suspensión de la ejecución de la pena¹¹.

5. Al resolver la alzada propuesta por la defensa, el Tribunal Superior de Popayán, en fallo del 19 de diciembre de 2014, confirmó la decisión¹².

6. El nuevo apoderado judicial de Solarte López interpuso recurso de casación y presentó la demanda correspondiente.

LA DEMANDA

El jurista identifica los sujetos procesales y las providencias proferidas; sintetiza la situación fáctica y la actuación surtida, y manifiesta que pretende lograr la efectividad del derecho material y la prevalencia del derecho sustancial, así como el reconocimiento de la inadecuada aplicación del artículo 211, numeral 2°, del Código Penal, toda vez que esa circunstancia de agravación se impuso a través de una motivación sofística.

Formula un único cargo al amparo de la causal primera de casación, por «violación directa de la ley sustancial»¹³, al aplicar el Tribunal, indebidamente, la disposición referida, lo que acaeció por una motivación sofística.

Asegura que a su cliente, por ser «vecino y conductor de la niña», se le dedujo el agravante a pesar de que no se adecua a los hechos, toda vez que no ostentaba posición o cargo que le diera autoridad sobre aquélla y que la impulsara a depositar en él su confianza.

Trascribe apartes de la sentencia 28441 del 2 de julio de 2008, de esta Sala de Casación, relativa al aludido defecto de motivación, y afirma que solo el ad quem se ocupó del tema, no obstante, utilizó «una motivación sofística»¹⁴ y la derivó del «grado de exigencia para el conductor que transporta niñas»¹⁵, de la responsabilidad que «tiene un conductor porque los padres han depositado en él su confianza»¹⁶ y que el «conductor se convierte en el guardián de la seguridad de personas débiles»¹⁷.

Asevera que, en su criterio, la calidad de vecino y chofer no otorga una posición o cargo de autoridad sobre la menor, esto es, de mando, poderío, supremacía o dominio. Las

relaciones de vecindario son de amistad, respeto, pero no de dominación.

La condición de su prohijado no impulsaba a A.M.M. a depositar en él su confianza, pues «a uno lo puede transportar cualquier conductor, sin que ello traduzca que la persona transportada deposite su confianza en el conductor de turno»¹⁸.

Solicita a la Corte «casar la sentencia revocando de manera parcial la agravante en cita, excluya de la dosificación punitiva la agravante en cita, procediendo a una nueva dosificación punitiva favor (sic) de mi defendido»¹⁹.

CONSIDERACIONES

1. La Sala ha sido insistente en sostener que el recurso de casación no fue concebido como una tercera instancia dentro del proceso penal ni como oportunidad adicional para realizar cuestionamientos de cualquier índole sin fundamento u orden lógico.

Si bien, conforme a la Ley 906 de 2004, propende por la efectividad del derecho material, el respecto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia²⁰, es imperioso que, quien acude a él, revele cuáles derechos o garantías se violentaron y cómo ocurrió la lesión y, a través de un discurso dialéctico, claro y preciso, explique la falla judicial advertida, la causal en que apoya su crítica y la necesidad de intervención de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, es imperativo que, para tales efectos, cuente con interés. Esas exigencias surgen de la norma que regula lo relativo a la admisión de la demanda, esto es, el artículo 184 ejusdem.

En relación con el interés jurídico para recurrir, hay que señalar que el mismo no se reduce a acreditar legitimidad, oportunidad y procedencia del medio extraordinario. Es forzoso que exista identidad temática entre los motivos expuestos en el escrito de la apelación contra la sentencia, y los exhibidos en casación.

Es que, las inconformidades frente a la determinación de primer grado deben ser planteadas ante el superior para que se surta el debate jurídico correspondiente, y luego sí proponerlas en sede extraordinaria. Obrar de forma contraria y guardar silencio, demuestra conformidad con lo resuelto por el inferior, e impide, por virtud del principio de preclusión, la posibilidad de habilitar otro escenario para reexaminar el asunto. Así lo ha reconocido la jurisprudencia:

“En efecto, si el juez de segunda instancia no se pronuncia sobre el asunto en disputa porque la parte apelante a su vez no se ocupó del asunto en el recurso de apelación, mal puede la Corte invadir la esfera decisoria del Ad quem, salvo que se trate de proteger garantías fundamentales, caso en el cual estaría legitimada para conocer del reproche formulado al amparo de la causal tercera y emitir el pronunciamiento de rigor.

En otras palabras, si el núcleo de argumentación como la pretensión formulada en la apelación, son distintos de los presentados en sede de casación, los últimos motivos de disenso no podrán ser examinados por la Corte porque no fueron objeto de inconformidad ante la alzada y como es obvio, tampoco pudieron ser tema de decisión en la instancia”. (Cfr. CSJ AP, 15 mar. 2011, rad. 35984).

2. En esta ocasión no hay interés jurídico para acudir ante la Corte. Obsérvese:

El actor formuló un cargo único dirigido a obtener la exclusión de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal. No obstante, escuchado el audio de la audiencia de lectura de fallo de primer grado, en la cual la bancada defensiva sustentó la alzada²¹, se evidencia que el profesional de ese entonces no hizo cuestionamiento alguno al respecto. Su inconformidad se redujo a reclamar la absolución para su defendido por duda y, si bien se remitió a los planteamientos expuestos en los alegatos de conclusión, revisado el registro de la sesión del juicio donde ellos tuvieron lugar²², se constata que tampoco lanzó crítica

relacionada con el tema, el cual ni siquiera abordó.

Por consiguiente, carece de interés para, bajo el ropaje de una motivación sofística, pretender ahora controvertirla, máxime cuando ella fue endilgada por la fiscalía desde la audiencia de imputación, con apoyo en similares consideraciones a las de la colegiatura y ninguna objeción hizo.

La situación descrita sería suficiente para no dar curso al libelo, pero a ella se unen falencias adicionales que ahondan en razones para no seleccionarlo y la Corte no advierte causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales que le impongan penetrar oficiosamente en el fondo del asunto.

3. Los otros desatinos del actor.

3.1. En primer lugar, no demostró la finalidad que pretendía alcanzar con el medio de impugnación. Al respecto, solo adujo que buscaba la efectividad del derecho material y la prevalencia del derecho sustancial (sin indicarlos).

Para cumplir con esa carga no basta hacer tan vaga mención, es imprescindible señalar cuáles derechos o garantías se violaron y explicar cómo tuvo lugar la infracción, cuál fue la irregularidad o la falla que condujo a tal afectación, cuáles son sus consecuencias adversas y cómo ello amerita la intervención de la Sala.

El abogado dejó su desarrollo a la libre confección de la Corte y a la eventual prosperidad de la crítica propuesta, lo que se muestra desacertado.

3.2. Formuló un cargo por violación directa, por aplicación indebida del numeral 2° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, la que, dice, acaeció por motivación sofística.

Erró en su planteamiento, toda vez que el principio de motivación hace parte del debido

proceso y, como tal, está ligado a la garantía constitucional del derecho a la defensa. De manera que cuando la providencia judicial adolece de ese vicio, ya sea por ausencia absoluta, insuficiente, ambigua o sofística, se lesiona el debido proceso, por lo que la vía de ataque es la misma, la segunda en el Código de Procedimiento Penal de 2004 o la tercera en la Ley 600 de 2000.

Cosa distinta es que, tratándose de la motivación sofística, aparente o falsa, por constituir un error in iudicando, la censura deba proponerse de la manera indicada, pero desarrollarse a través de la causal primera del último estatuto y de la primera o la tercera del Código de 2004, dependiendo de si el yerro reside en que el sentenciador se apartó abiertamente de la verdad probada, porque supuso, suprimió o tergiversó las pruebas que conducían a una conclusión jurídica distinta; o si, aceptando los hechos y la apreciación probatoria, la falla descansa en el juicio estrictamente de derecho realizado.

Es claro que esos requerimientos fueron inobservados por el actor porque apresuradamente invocó la violación directa, pasando por alto lo expuesto y, adicionalmente, no dejó claro si su descontento reside en que, para deducir el agravante, el Tribunal erró al valorar las pruebas, habida cuenta que, según dijo, no se demostró en el plenario alguna de las hipótesis que trae el numeral 2° del artículo 211, o si su crítica se dirige a que, con independencia de los elementos de juicio, no había lugar a imputarla.

A pesar de que anunció una violación directa por aplicación indebida, no reveló cómo, aceptando los hechos declarados y el examen probatorio realizado por la colegiatura, ésta erró en su intelecto y empleó la norma que no se adecua al caso concreto, esto es, cómo, admitiendo el marco fáctico y probatorio le era obligado al juez plural no reconocer la causal de agravación punitiva.

Ahora bien, denunció el casacionista que la falla radica en que se está ante una

motivación sofística, concepto que, aunque parece tener claro en el plano teórico, en cuanto trajo a colación una sentencia de esta Sala en la que se hizo un completo análisis del tema, no ocurre lo mismo en el terreno práctico, pues no demostró cómo el fallador exhibió argumentos equivocados, falsos o aparentes. Tan solo se contentó con expresar su inconformidad, pero sin acompañarla de argumentos jurídicos que le dieran soporte.

3.3. Con todo, ninguna razón le asiste.

El numeral 2° del artículo 211 del Código Penal dispone que las penas se aumentarán cuando «el responsable tuviera cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza».

La atribución de ese agravante no puede obedecer a un ejercicio meramente formal en punto del carácter, posición o cargo que ostente el sujeto activo. Es más, dada la fórmula abierta de la disposición, no es posible hacer un listado exacto de supuestos que puedan configurar aquellos conceptos. Es preciso que el funcionario judicial analice detenidamente cada caso y examine sus particularidades, para luego determinar si, por virtud de la condición del victimario -carácter, posición o cargo- se genera autoridad respecto de la víctima o se la empuja a depositar su confianza en él.

Vale la pena recordar lo que sobre esta circunstancia se sostuvo en CSJ AP, 17 nov. 2010, rad. 35029:

El numeral 2° del artículo 211 de la ley 599 de 2000 establece como en igual sentido lo hacia el numeral 3° del artículo 317 del CP de 1936 y el numeral 2° del artículo 306 del decreto 100 de 1980, que las penas para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales que prevén los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando “El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.”

Sobre esta circunstancia de agravación punitiva se ha pronunciado la doctrina nacional en este sentido:

La agravante por la situación personal del agente con respecto a la víctima alude al carácter, posición o cargo de aquel. El carácter es aquella condición derivada de las relaciones naturales entre las personas, como las de padres e hijos; o que son creadas por razón de una dignidad, como la que se da a veces entre el juez y quien va a ser o fue juzgado, entre el militar y sus subordinados; o que nacen del estado acogido por algunos, verbigracia, las que se establecen entre el sacerdote y su grey, entre el prior y los miembros de su comunidad.

La posición y el cargo hacen referencia a la categoría social, económica, política y administrativa en que se encuentra colocado el agente respecto de la víctima, por ejemplo: el propietario o director de una empresa respecto de sus trabajadores, el jefe de un establecimiento carcelario respecto de los detenidos, el profesor y maestro respecto de sus alumnos.²³

Al tratar sobre la razón del incremento punitivo otro autor expresó:

Es obvio que el agente revela una mayor temibilidad cuando no se detiene ante los deberes que le impone la lealtad que debe a la confianza que le ha depositado la víctima y las especiales obligaciones de cuidado y defensa de la misma.²⁴

Y sobre el mismo tema y la concurrencia con el delito de incesto, se dijo:

También en virtud de la menor dificultad que tiene el agente, quien logra gracias a determinada condición abrirse camino hacia la víctima, se agravan las mencionadas conductas. Es el caso por ejemplo de los jefes, maestros, autoridades, médicos, con respecto a sus subordinados, alumnos, gobernados y pacientes.

Igualmente el de los parientes, que si son además de los contemplados en el tipo penal del incesto (art. 259) responderán en concurso con este ilícito.²⁵

Es más:

Este agravante se configura en dos casos que ya fueron mencionados en esta guía: aquel en el que un médico sexólogo se sirve de su posición para acceder carnalmente a la víctima y el del fiscal que se aprovecha de la confianza que en él depositan una madre y su hija para violar a esta última que era una menor de 14 años. Es interesante mencionar además que, antes de que la Ley 1257 de diciembre de 2008 incluyera el agravante número cinco sobre “cuando el delito lo cometa alguien con quien se cohabite o se haya cohabitado”, aquellos delitos cometidos contra menores donde el agresor fuera padrastro, podían agravarse punitivamente por esta causal; es decir, un agresor que tiene una posición sobre la víctima que la impulse a depositar en él su confianza (Corte Suprema de Justicia, Proceso 21528 de 2007).²⁶

No es cierto, como lo dice el libelo, que la sola condición de vecino y conductor del acusado hubiese llevado al Tribunal a deducir la circunstancia de agravación punitiva.

En el fallo objeto de disenso se constata que el ad quem hizo énfasis en la confianza y refirió que el procesado era quien transportaba a la niña al colegio y «los padres de ella confiaron en ese acto altruista de su vecino»²⁷, por lo que depositaron en él su confianza para que fuese el guardián de su hija en los trayectos²⁸.

Ahora bien, para soportar su tesis, el censor exhibió el enunciado, según el cual «a uno lo puede transportar cualquier conductor, sin que ello traduzca que la persona transportada deposite su confianza en el conductor de turno». Sin duda, resulta ostensiblemente inaplicable a este caso.

Pasó por alto el actor que (i) Solarte López no era cualquier conductor, ni siquiera

era uno ocasional, sino frecuente, dado que a diario, todas las mañanas, realizaba con la menor el recorrido de la casa al colegio y que cumplió con esa tarea aproximadamente un año y medio, como lo reconocieron en el juicio A.M.M y su madre; (ii) esa labor no le fue impuesta por terceras personas, extrañas a la niña, sino que fue el resultado de una elección hecha por sus padres, concretamente, su madre que lo conocía a él y a su familia, y (iii) no estamos ante un pasajero mayor de edad, sino ante una niña de escasos 11 años, que no dudó en la elección que hicieran sus ascendientes sobre la persona que la trasladaría regularmente, así lo reconoció A.M.M. en su declaración en la cámara de Gessell, cuando aseveró que sus padres confiaban en el procesado porque «por algo dejaban que me transportara de la casa al colegio»²⁹.

De manera, pues, que los progenitores de la menor depositaron en el acusado toda su confianza y aquélla, a su vez, se fío en que hicieron la mejor elección para su transporte, al punto que, pese a su corta edad -11 años-, le permitieron llevarla de su hogar al establecimiento educativo, sin la compañía de un familiar. Tal grado de seguridad facilitó la consumación del delito imputado.

Así las cosas, no hay reproche alguno al fallo impugnado, por lo que la demanda será inadmitida.

4. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201430.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de John Fabián Solarte López.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se omite el nombre del barrio y de la menor abusada para garantizar su derecho a la intimidad.

2 Centro de Atención e Investigación Integral a víctimas de abuso sexual.

3 Cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

4 Acta visible a folios 8 y 9 del cuaderno principal y registro en disco compacto.

5 Folios 20 a 24 Id.

6 Folios 28 y 29 Id.

7 Folios 32 a 37 Id.

8 Folios 87 a 89 Id.

9 Folios 134 a 138 Id.

10 Folios 139 y 140 Id.

11 Folios 145 a 159 Id.

12 Folios 168 a 181 Id.

13 Folio 197 del cuaderno del Tribunal.

14 Folio 204 Id.

15 Id.

16 Id.

17 Id.

18 Folio 207 Id.

19 Folio 208 Id.

20 Artículo 180.

21 Disco compacto contentivo de la sesión del 7 de julio de 2014.

22 Disco compacto contentivo de la sesión del 20 de marzo de 2014.

23 LUIS CARLOS PÉREZ, Derecho Penal Partes General y Especial, Tomo V, Editorial Temis SA., 1986, pág. 71.

24 HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, Delitos Sexuales, Ediciones Librería del Profesional, Tercera Edición, pág. 173.

25 LUIS FERNANDO TOCORA, Derecho Penal Especial 2ª Edición Ampliada 1984, Ediciones Librería del Profesional, pág. 186.

26 GUÍA PARA LLEVAR CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado colombiano. Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Julio de 2009, pág. 53.

27 Folio 175 del cuaderno del Tribunal.

28 Folio 176 Id.

29 Disco compacto contentivo de esa diligencia, clip registro 4, minuto 04:13.

30 Radicado 42597.