

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP2978-2017

Radicación 49422

(Aprobado Acta No. 61)

Bogotá D.C., primero (1°) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado BRAULIO ANTONIO BUSTAMANTE VILLA, contra la sentencia del 2 de junio de 2016, mediante la cual el Tribunal Superior de Antioquia, tras revocar la absolutoria de primera instancia, lo condenó por el cargo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

ANTECEDENTES:

1. En septiembre de 2008, la Comisaria de Familia del municipio de Liborina recibió información consistente en que la niña M.G.E., de 8 años de edad, residente en la vereda Pamplona, durante los años 2006 y 2007 fue abusada sexualmente por su padrastro BRAULIO ANTONIO BUSTAMANTE VILLA. Por esa razón, la funcionaria citó a la menor, quien en presencia de su progenitora Natalia Gómez Echavarría, confirmó que el procesado le daba besos en la boca, le tocaba sus partes íntimas y en una ocasión le introdujo los dedos en la vagina.
2. La Fiscalía solicitó la captura de BUSTAMANTE VILLA, la cual se hizo efectiva el

25 de enero de 2013 y se legalizó el día siguiente ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina, oportunidad en la que imputó la conducta de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado —arts. 208 y 211-2 del C.P.—, cargo no aceptado, pero que motivó la medida de aseguramiento privativa de la libertad que se le impuso. La audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 6 de mayo siguiente. Luego, tras la celebración de las audiencias preparatoria y de juzgamiento, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, mediante sentencia del 6 de marzo de 2015, absolvió al procesado.

3. La Fiscalía apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Antioquia lo revocó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 2 de junio de 2016. En su lugar, condenó al acusado a 192 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

LA DEMANDA:

Consta de tres cargos, el primero principal y los restantes subsidiarios.

1. Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad, en tanto el fallador de segunda instancia adicionó al testimonio de la doctora Luisa Fernanda Ríos Barco una afirmación que no realizó: «que en el himen festoneado para que haya desfloración debe haber una penetración total». Con fundamento en ese hecho, no declarado por la testigo, el Tribunal desvirtuó la duda sobre la penetración, ocasionada por la presencia de dos dictámenes contradictorios, el del doctor Iván Darío Marín Moreno que certificó la existencia de desgarró y el de la doctora Ríos Barco, quien encontró el himen íntegro.

2. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 208 del

Código Penal y la consecuente indebida aplicación del artículo 4º de la Ley 1236 de 2008 que lo modificó, porque los hechos fueron anteriores al año 2007 y no era posible tasar la pena con base en una norma posterior que la agravó en más del doble.

3. Violación indirecta de la ley por falso juicio de identidad, por cuanto el Tribunal afirmó que no se logró establecer la fecha de los hechos, con lo cual omitió el contenido de la declaración del doctor Iván Darío Marín Moreno, quien señaló que según la niña la agresión sexual ocurrió dos años antes del examen médico efectuado el 8 de septiembre de 2008. El error ocasionó que se aplicara, sin ser procedente, la Ley 1098 de 2006.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el defensor y el Fiscal Delegado ante la Corte.

1. El defensor.

1.1. Reiteró la solicitud principal contenida en el cargo primero de casar la sentencia y, en su lugar, absolver al procesado en aplicación del principio de in dubio pro reo dado que el fallo incurrió en un falso juicio de identidad al adicionar contenido a la declaración de la doctora Luisa María Ríos, cambiando de esa manera su sentido.

1.2. En forma subsidiaria, acorde con el cargo segundo, pidió casar parcialmente el fallo respecto de la tasación de la pena, a efectos de fijarla en 85 meses y 10 días, pues se dejó de aplicar el artículo 208 del Código Penal llamado a regular el caso y se aplicó en forma indebida el artículo 4º de la Ley 1236 de 2008, que no estaba vigente al momento de la realización de los hechos, ocurridos según la sentencia

entre 2006 y 2007.

1.3. En el tercer cargo, también subsidiario, solicitó casar parcialmente la sentencia para precisar que los hechos sucedieron en 2006, conforme lo afirmó el médico Iván Darío Moreno. Esta información fue omitida en el fallo y originó la aplicación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, el cual proscribe beneficios y mecanismos sustitutivos para el delito que se le atribuye al acusado.

2. El Fiscal Delegado ante la Corte.

2.1. A su parecer no está demostrado el error de valoración denunciado en el primer cargo. El Tribunal consideró el testimonio de la menor víctima, quien aseveró que su padrastro la besaba, manipulaba sus genitales y en cierta ocasión le introdujo los dedos en la vagina, causándole una hemorragia. También estimó el fallador los dictámenes de los médicos Iván Darío Moreno y Luisa Fernanda Ríos Barco, inclinándose por el concepto del primero, conforme el cual cuando examinó a la niña encontró un desgarró en el himen, ocasionado «por un elemento inferior al pene», acreditándose así la penetración vaginal a que hizo mención la víctima de viva voz en el juicio. Si lo afirmado por ésta se corroboró con pruebas practicadas y valoradas en la forma indicada, no se configura el error denunciado por el demandante.

2.2. Respaldó la procedencia del segundo cargo porque el Tribunal, como lo expresó el casacionista, aplicó una norma desfavorable que no estaba vigente para la época de los hechos, con lo cual violentó el principio de legalidad de la pena, pues la sentencia declaró probado que los sucesos delictivos ocurrieron en los años 2006 y 2007, luego no se podía aplicar el aumento punitivo del artículo 4º de la Ley 1236 de 2008. Ante tal desacierto, señaló el fiscal que la Corte debe

casar parcialmente el fallo y, en su lugar, dosificar la pena de acuerdo a la ley vigente cuando ocurrió la conducta delictiva.

2.3. Frente al tercer cargo, consideró que en el juicio se practicaron pruebas que llevaron al Tribunal a concluir que las conductas investigadas tuvieron ocurrencia entre los años 2006 y 2007, pues en la anamnesis del dictamen médico legal practicado a la ofendida el 6 de septiembre de 2008 se consignó que los hechos venían sucediendo desde hace dos años, de suerte que la conducta comenzó a ejecutarse en 2006 y se extendió hasta 2007. Ante ese marco temporal, el demandante debió señalar en concreto la disposición sustancial que en materia de sustitutivos se aplicó de manera indebida. Como no lo hizo, el reparo quedó sin fundamento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial originada en error de hecho por falso juicio de identidad.

1. Este yerro, se recuerda, lo hizo consistir el recurrente en que el Tribunal agregó al testimonio de la doctora Luisa Fernanda Ríos Barco una afirmación no realizada por esta: «que en el himen festoneado para que haya desfloración debe haber una penetración total», a partir de la cual desestimó la duda sobre la penetración vaginal a la menor, generada por la existencia de dos dictámenes contradictorios. El del doctor Iván Darío Marín Moreno, donde se indicó la existencia de desgarro; y el de la doctora Ríos Barco, quien encontró el himen íntegro.

2. Según está definido por la jurisprudencia, el error de hecho por falso juicio de identidad se estructura cuando el juzgador, al apreciar la prueba, distorsiona su contenido fáctico

para hacerle decir lo que ella no expresa, bien por agregarle aspectos ajenos a la misma o por suprimirlos. Se trata, como lo ha dicho la Sala, de un yerro de contemplación objetiva de la prueba que surge luego de confrontar su expresión material con lo que consigna el sentenciador acerca de ella.

La revisión del audio de la declaración de la profesional en medicina Luisa Fernanda Ríos Barco permite advertir que no manifestó que «para que haya desfloración debe haber una penetración total», como lo consignó la sentencia impugnada en el folio 25, por manera que el fallador adicionó el contenido de la prueba.

Esa testigo de la defensa, por el contrario, manifestó a la Fiscalía en el conainterrogatorio que «le dije que no había solución de continuidad, le dije que solución de continuidad era sinónimo de desgarró, que la diferencia entre un desgarró y un himen festoneado es que el desgarró va hasta la base, es decir pierde la solución de continuidad, pero no dije que había desgarró parcial, sólo dije que no había solución de continuidad, que no había desgarró».

A pesar de ese yerro, el restante material probatorio acopiado en el juicio otorgó al Tribunal certeza sobre la configuración del delito atribuido al procesado y su responsabilidad en el mismo.

La segunda instancia apoyó la decisión de condena en el testimonio de la menor M.G.E., quien ratificó el abuso sexual al que fue sometida por BUSTAMANTE VILLA y refirió sus pormenores. Igualmente en la declaración de la Comisaria de Familia Patricia Herrera Echeverry y en el examen sexológico realizado a la víctima por el doctor Darío Marín Moreno el 8 de septiembre de 2008, donde concluyó que «la paciente presenta signos de desfloración parcial antigua (mayor a 15 días atrás) compatible con historia de introducción digital y no de penetración

total», sin demostrar el defensor que esos medios de convicción no ofrecen la certeza necesaria para condenar.

Cuando se alega un error de hecho por falso juicio de identidad, el demandante está en la obligación de demostrar su trascendencia, evidenciando que es de tal magnitud que de no haberse incurrido en él, la sentencia necesariamente habría sido otra. Es una carga insatisfecha en el presente caso.

El artículo 380 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de valorar conjuntamente los medios de prueba, resultando contrario a ese mandato el proceder del demandante, quien ponderó exclusivamente la experticia de la doctora Ríos Barco y dejó de lado las demás pruebas al obviar la declaración de la menor ofendida, de la Comisaria de Familia e ignorar el examen sexológico practicado por el médico Marín Moreno.

El dictamen pericial, entendido como el concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte, es un elemento más de los que se vale el funcionario para convencerse acerca de la realidad de los hechos del proceso y debe valorarse en conjunto con los otros elementos de prueba, como ocurrió en este caso donde el Tribunal analizó las distintas hipótesis de lo sucedido y coligió que sólo el primero de los dictámenes practicados a la ofendida tenía respaldo en los elementos de prueba recaudados en el juicio.

Por demás, el artículo 420 de la Ley 906 de 2004 establece que para apreciar la prueba pericial debe considerarse la idoneidad técnico-científica y moral del perito, aspecto que incluye el conocimiento práctico del tema sobre el que conceptúa.

Pues bien, la Sala encuentra que quien tenía más experiencia en la realización de exámenes sexológicos era el doctor Iván Marín Moreno. Cuando valoró a

M.G.E., en efecto, llevaba dos años como médico en el Hospital de Liborina y había realizado múltiples estudios de esa naturaleza. En consecuencia, su experticia tiene mayor peso probatorio, con mayor razón si encuentra apoyo en los demás elementos de prueba acopiados en el juicio, como se reseñó anteriormente.

Por su parte, la doctora Ríos Barco, quien examinó a la ofendida el 8 de agosto de 2011, reconoció que cuando lo hizo apenas iniciaba su año rural en el centro hospitalario¹, lo que permite inferir fundadamente que no tenía mayor experiencia práctica en el tema.

En consecuencia, el fallo de condena impuesto a BRAULIO ANTONIO BUSTAMNTE VILLA encuentra respaldo en la prueba legalmente recaudada en el juicio y, por ello, no procede la casación propuesta por la defensa.

Segundo cargo. Violación directa de la ley.

Razón asiste al recurrente en su demanda subsidiaria de casar parcialmente el fallo de condena por desconocimiento del principio de legalidad de la pena al aplicarse de manera retroactiva una ley desfavorable al procesado.

Ciertamente, habiendo el Tribunal determinado como época probable de comisión de los hechos los años 2006 y 2007, tasó la sanción con fundamento en el artículo 4º de la Ley 1236 de 2008, vigente desde el 23 de julio de ese año. Debía graduarla, eso es claro, con sustento en el artículo 208 original de la Ley 599 de 2000, que era el llamado a regular el caso.

Como consecuencia del error, dosificó la pena con fundamento en los extremos punitivos de 12 a 20 años de prisión contenidos en la Ley 1236 de 2008, mucho más gravosos que los 64 a 144 meses previstos el artículo 208 original

del Código Penal, incluida la agravante de la Ley 890 de 2004, aplicable al caso porque el sistema penal acusatorio empezó a regir en el Distrito Judicial de Antioquia en el año 2007, época en que ocurrieron los hechos.

Siendo ello así, la Sala casará parcialmente la sentencia y dosificará la sanción en concordancia con la última ley.

Esta, sin las modificaciones de la Ley 1236 de 2008, establece para el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pena de prisión de 64 a 144 meses, la cual se debe aumentar de una tercera parte a la mitad en consideración de la agravante 2ª del artículo 211 del mismo estatuto, incluida en la acusación y en la sentencia, para un rango punitivo de 85,33 a 216 meses, ámbito de movilidad de 130,67 meses, del cual surge un primer cuarto de 85,33 a 117,99 meses, dos cuartos medios de 118 a 183.31 y un cuarto final de 131.32 a 216 meses.

Respetando el criterio contenido en el fallo demandado, la sanción se fijará en el mínimo del primer cuarto, esto es, en 85,33 meses de prisión, en tanto el juzgador no dedujo circunstancias atenuantes o agravantes ni otros aspectos que permitan apartarse de ese extremo punitivo.

Se fijará también en 85,33 meses la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en atención a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 52 del Código Penal.

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial originada en error de hecho por falso juicio de identidad.

Aunque en algunos apartes de la sentencia el Tribunal se mostró vacilante en torno a la fecha de realización de los comportamientos delictivos, finalmente concluyó

que ocurrieron en 2006 y 2007.

Siendo ello así, no asiste razón al defensor al afirmar la configuración de un falso de juicio de identidad porque no es cierta la premisa del cargo, referida a que el Tribunal no logró establecer cuándo sucedieron los hechos.

Es precisamente la declaración del médico Iván Darío Marín Moreno, referida por el demandante, la que permitió al Tribunal establecer el marco temporal fijado en la sentencia por cuanto el testigo señaló que «los hechos como ya se mencionó vienen sucediendo desde hace dos años».

La expresión «vienen sucediendo» denota continuidad en la ejecución de una conducta, circunstancia que se identifica con la declaración de la menor ofendida, acorde con la cual, la agresión sexual se perpetró en varias ocasiones, sin que haya podido precisarla en atención a que sólo tenía 6 años de edad cuando se iniciaron los abusos por parte del procesado.

Siendo ello así, el falso juicio de identidad aducido no se configura, en tanto las manifestaciones del citado testigo sí fueron consideradas, sólo que el Tribunal les otorgó un alcance diverso al pretendido por el defensor. Queda también sin fundamento la crítica defensiva sobre la aplicación indebida de la Ley 1098 de 2006, dada la permanencia de los hechos hasta el año 2007.

En virtud 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:

1º. NO CASAR el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el 2 de junio de 2016, en razón

de los cargos 1º y 3º presentados en la demanda.

2º. CASAR PARCIALMENTE la citada providencia en razón del cargo 2º, para fijar la pena principal en 85,33 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones pública en el mismo término.

3º. Precisar que la decisión del Tribunal seguirá incólume en todos los demás aspectos que no fueron objeto de modificación.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Minuto 69 del audio de la sesión de juicio oral del 10 de septiembre de 2014.

Empezó su servicio social en julio de 2011.