

Proceso n.º 34837

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN
Aprobado: Acta No. 315**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil diez (2010).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Sala las bases lógicas y argumentativas de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado ROBERTO ALFONSO LEAL LEMOINE, contra la sentencia proferida el 17 de marzo del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Según denuncia instaurada por Ruby Milena Avendaño Méndez, el 26 de noviembre de 2002, hacia las cuatro de la tarde, su jefe ROBERTO ANTONIO LEAL LEMOINE la llamó a la oficina y, cuando ingresó, éste cerró la puerta, se le acercó y procedió a cogerle y tocarle los glúteos, diciéndole ella que la soltara y la respetara, pero aquél la cogía con más fuerza y luego intentó subirle la blusa. En esos momentos, oyeron unos pasos, que resultaron ser del compañero de

oficina Rolando Rubio, por lo cual el citado señor la soltó y ella salió de allí en mal estado, procediendo a relatar lo sucedido a varios compañeros y a las directivas de la compañía donde laboraba.

2. Adelantada la investigación, el 7 de abril de 2005 la Fiscalía 226 de Seccional profirió resolución de acusación por el delito de acto sexual violento, decisión que fue confirmada en segunda instancia, el 25 de agosto de 2006¹.

3. El 18 de diciembre de 2009, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de esta ciudad, condenó al procesado como autor responsable de la misma conducta punible y le impuso la pena principal de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo tiempo.

Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria².

4. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó en su integridad la decisión del *A quo*³.

LA DEMANDA

Cargo Único

Expresa la demandante que si bien el artículo 206 del Código Penal consagra una pena máxima de seis (6) años, que impide acudir a la

¹ Cfr fls 283 a 294 C. Instrucción y 21 a 30 C. Fiscalía Segunda Instancia.

² Cfr fls 184 a 215 C. Causa Primera Instancia.

³ Cfr fls 3 a 28 C. Tribunal.

casación ordinaria, el fallo de segunda instancia se profirió el 17 de marzo de 2010, en vigencia de la Ley 1236 de 2008, que incrementó el máximo de la pena a dieciséis (16) años, por lo cual es posible acudir a la sustentación del recurso por esa vía, en virtud del principio de favorabilidad.

Además, con apoyo en la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, la defensora del procesado manifiesta que el fallador de segunda instancia vulneró la ley sustancial por la vía directa a causa de la errada interpretación del artículo 206 del Código Penal que tipifica el delito de acto sexual violento.

Argumenta que el uso de la violencia es un elemento fundamental para la configuración del tipo penal, pero no cualquier clase de violencia, sino la necesaria para doblegar la voluntad de la víctima y diferenciar la finalidad libidinosa para saciar apetencias sexuales con un contenido humillante.

Considera que en el caso particular, *“el factor de la violencia como un mero forcejeo entre atacante y víctima”* no constituye una conducta con un fin libidinoso. Por tanto, *“la violencia no fue con el ánimo de satisfacer la libido de mi defendido, así como tampoco el acto fue de tal entidad como para vulnerar el bien jurídico libertad y formación sexuales, en tanto el simple palpar o tocar fugazmente las nalgas no es suficiente para saciar el ánimo libidinoso y aún menos para coartar la libertad y formación sexuales de la señora AVENDAÑO”*.

La demandante refiere algunos conceptos doctrinales sobre la violencia, para luego afirmar que si se aceptara, en gracia de discusión, que su defendido actuó en la forma como lo denunció la señora Avendaño, no se acreditan los requisitos de violencia y ánimo libidinoso que estructuran el tipo penal.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - radicado 25743 del 26 de octubre de 2006- la conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz, sin su aquiescencia, es un acto reprochable, pero no constituye un delito de los previstos en el título IV de la Ley 599 de 2000; cuando el comportamiento está precedido de violencia física o moral, capaz de doblegar al sujeto pasivo, merece la respuesta punitiva del Estado.

Considera un exabrupto jurídico “*calificar de violencia un simple jaloneo o forcejeo que hizo mi defendido sobre la señora AVENDAÑO*” y no le es dable al fallador de segunda instancia elevarlo a la categoría de violencia, para considerar que se ocasionó un daño a la integridad sexual de la víctima. Además, la aparente violencia desplegada por el señor LEAL LEMOINE, no tenía el ánimo de despertar su propio apetito sexual.

De esa manera, el *Ad quem* interpretó en forma errónea y parcial la conducta tipificada como acto sexual violento, por lo cual solicita se case la sentencia impugnada.

ALEGATO NO RECURRENTE

La apoderada de la parte civil solicita que se inadmita la demanda de casación, por las siguientes razones:

(l) Es incuestionable la improcedencia del recurso por la vía ordinaria, dado que la favorabilidad se pregonaba de la ley, no de la

jurisprudencia. La demandante no tiene en cuenta el momento en que tuvo ocurrencia el hecho delictivo, sino que invoca la Ley 1236 de 2008, cuya aplicación debe llevarse a efecto cuando no se agraven las condiciones del acusado.

En consecuencia, sólo era factible acudir a la casación discrecional y ceñirse a las exigencias legales que rigen su formulación.

(II) En cuanto a la causal enunciada, desatiende los fines de la casación y desestima los requisitos consagrados en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, así como los principios que rigen la impugnación, entre ellos, el de no contradicción.

(III) La demandante aspira a que se acepten sus opiniones personales, conjeturas y planteamientos, a través de una exposición que no se ciñe a la causal invocada, desconociendo que el recurso no es una instancia adicional en la que se puedan presentar, en forma libre, los argumentos de disenso contra los fallos de instancia.

CONSIDERACIONES

La demanda que se examina no cumple a cabalidad con las exigencias previstas en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, será inadmitida.

1. En principio, le asiste razón a la demandante en acudir a la casación común u ordinaria para sustentar el recurso, invocando para ello el principio de favorabilidad. Sobre el particular, tiene dicho la Sala que para efectos de verificar la posibilidad para el procesado, de acceder a la casación común, es indispensable confrontar las normas

que se encontraban vigentes para la fecha en que ocurrieron los hechos y aquella en la cual se profirió el fallo de segunda instancia.

Así se dijo en pasada oportunidad⁴:

De acuerdo con lo anterior, para establecer la procedencia del recurso es necesario confrontar los preceptos procesales y sustanciales vigentes tanto para el momento de ocurrencia de los hechos objeto de la investigación, como para la fecha de emisión del fallo de segunda instancia, pues de haberse presentado sucesión de leyes durante el decurso del proceso y una de ellas abría la puerta al procesado para acceder a la casación común, no es posible exigir que la demanda cumpla requisitos diferentes a los señalados en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000.

En este caso, el procesado ROBERTO ALFONSO LEAL LEMOINE fue condenado por el delito de acto sexual violento, consagrado en los artículos 206 del Código Penal, que para el momento de los hechos - 26 de noviembre de 2002- tenía señalada pena de prisión de 3 a 6 años, inferior al quantum señalado para acceder al recurso de casación por la vía común u ordinaria. Sin embargo, con la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008, que estableció para dicha conducta una pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años y en su vigencia se dictaron los fallos de instancia, no surge necesario acudir a la casación por la vía discrecional o excepcional, consagrada en el inciso 2° del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal.

2. No obstante, la Sala constata que al elaborar la correspondiente demanda, la recurrente no se ciñó a las exigencias técnico-formales

⁴ Sentencia de casación 24.120 del 15 de septiembre de 2005.

en cuanto a la formulación del reproche, su desarrollo y demostración de acuerdo a la causal de casación invocada.

Es así como reprocha que el juzgador incurrió en violación directa de la ley sustancial, derivada de la interpretación errónea del artículo 206 del Código Penal, pero al tratar de demostrar el desacierto, incurre en la insuperable falencia técnica de conducir su alegato al plano netamente valorativo, en punto de la violencia, como elemento estructurante del tipo penal en comento.

De manera reiterada la jurisprudencia de la Sala ha precisado que cuando se denuncia la violación directa de la ley sustancial, es menester demostrar la ocurrencia de un yerro de juicio, en cuanto a la norma llamada a gobernar el respectivo supuesto de hecho.

Por tanto, surge como exigencia ineludible aceptar la forma como los sentenciadores declararon los hechos y valoraron las pruebas, dado que el debate se agota en el plano netamente jurídico, bien sea porque se dejó de aplicar el precepto correspondiente a una situación en concreto (falta de aplicación), o se aplicó al supuesto de hecho la disposición que no correspondía (indebida aplicación), o se le otorgó a la norma aplicada un alcance indebido (interpretación errónea).

2.1. La interpretación errónea, hipótesis aludida en la demanda, se verifica cuando el juzgador acierta en la selección de la norma llamada a regular el caso, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no corresponde, o le asigna unos efectos distintos a su real contenido.

La libelista no demuestra cómo los falladores incurrieron en ese desatino, sino que se ocupa de analizar el aspecto relacionado con la violencia para interpretarlo desde su personal entendimiento y de paso justificar el comportamiento de su defendido, en orden a concluir que no se vulneró el bien jurídico de la libertad y formación sexuales de la víctima.

Con esa postura argumentativa atenta contra la viabilidad del recurso, porque se percibe que su verdadera discrepancia radica, justamente, en la declaración fáctica y en la valoración probatoria de los sentenciadores, en total alejamiento del análisis jurídico que presupone la interpretación errónea de una norma sustancial, pues no se ocupa de demostrar la manera como el sentenciador otorgó al precepto un alcance indebido o un sentido jurídico que no corresponde a su contenido.

Desatino que se evidencia aún más cuando aprovecha este escenario para presentar los hechos y exponer una valoración de las pruebas distinta a la efectuada por el sentenciador, sin reparar que en esta sede ninguna censura se puede escudar en el desacuerdo que se tenga en cuanto al mérito asignado a determinados elementos de juicio pues, de todos modos, el criterio judicial prevalece sobre cualquier otro, salvo que se demuestre, con apoyo en la causal de casación pertinente, que en la apreciación de los medios de prueba el juzgador desconoció los parámetros que rigen el sistema de valoración probatoria.

De contera, el cargo adolece de una fundamentación razonada, porque al involucrar en el mismo argumentos que responden a diversas especies de error, entiéndase violación directa e indirecta de la ley sustancial, es imposible determinar cuál es el verdadero propósito de la recurrente, con lo cual deja de lado los presupuestos

de claridad y precisión que deben ostentar las construcciones argumentativas destinadas a evidenciar la ilegalidad del fallo recurrido.

2.2. Adicionalmente, observa la Sala que la casacionista pretende prolongar un debate que se agotó en las instancias, en cuanto refiere que según la jurisprudencia de esta Corporación, contenida en el radicado 25743, la conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz, sin su aquiescencia, es un acto reprochable, pero no constituye un delito de los previstos en el título IV de la Ley 599 de 2000, por lo cual considera un exabrupto jurídico *“calificar de violencia un simple jaloneo o forcejeo que hizo mi defendido a la señora AVENDAÑO”*.

Precisamente, ese reclamo de la libelista fue ampliamente examinado por el Tribunal, quien desechó la posibilidad de acoger los argumentos plasmados en la sentencia de casación del 26 de octubre de 2006, radicado 25.743, en los siguientes términos:

Así entonces, advierte la Sala que el presente asunto difiere del analizado en aquella oportunidad, razones por las cuales mal puede concedérsele un trato jurídico idéntico.

En esa oportunidad la atipicidad objetiva de la conducta endilgada se determinó a partir de que la acción recayó en una mujer mayor de edad -capaz- como ocurre en el presente caso, sin embargo, la atipicidad también reposó en que fue descartada la violencia del agresor, circunstancia que no se compadece con los hechos que hoy ocupan a la Sala, dado que, como quedó ampliamente evidenciado, el procesado sí utilizó la violencia -fuerza física- sobre la víctima.

Además de lo anterior, en dicho asunto, el agresor fue un transeúnte sin ningún parentesco o cercanía con la víctima, sin embargo en éste caso la

conducta fue realizada por una persona cercana a la ofendida, dada su condición de superior jerárquico en su ámbito laboral.

Finalmente el acto realizado por aquél transeúnte no fue apto para excitar o satisfacer su lujuria y menos, despertar la de la ofendida, en cambio, en el presente asunto la conducta por sí misma y por las especiales condiciones de tocamiento fue idónea para despertar la libido del procesado y ocasionar un daño de integridad sexual de la víctima RUBY MILENA AVENDAÑO MENDEZ.

Así las cosas para la Sala resulta evidente que el comportamiento desplegado por ROBERTO LEAL LEMOINE se trató de un acto lujurioso cuando prácticamente abrazó los glúteos de su víctima, y pese a los requerimientos que esta le hiciera de que la “soltara” optó por utilizar su fuerza y tratar de arrinconarla, levantándole la blusa a la altura de los senos, contacto físico (sic) lejos está de constituir un simple “*palpar o tocar fugazmente*”, encontrándose probado que se trató de un acto sexual violento, vulnerándose con ello la libertad sexual de RUBY MILENA, concluyéndose que la conducta atribuida al procesado es la de acto sexual violento⁵.

Esos juicios del fallador son por completo desconocidos por la demandante, quien parte de considerar que lo ocurrido el día de autos fue un simple “jaloneo” o “forcejeo”, para desarticular el factor violencia que, en su sentir, no está probado en el expediente.

Con esa orientación le otorga un alcance distinto a la censura, en cuanto pretende justificar el comportamiento de su representado, a manera de un alegato de libre factura, ajeno a la técnica del recurso, bajo la personal y subjetiva forma de apreciar el desarrollo de los acontecimientos, con la equivocada pretensión de que la Sala escoja su dialéctica a la del Tribunal, sin consideración alguna a la presunción de acierto y legalidad que ampara a los fallos de instancia.

⁵ Cfr fls 26 y 27 C. Tribunal.

Así las cosas, el error denunciado es solo un pretexto para acudir a esta sede con el único propósito de exponer apreciaciones subjetivas en cuanto a la forma como se debió resolver el asunto, postura que de antaño ha sido rechazada por la jurisprudencia de la Corte.

3. Finalmente, es oportuno señalar que la revisión integral del proceso permite inferir que no se ha incurrido en protuberantes causales de nulidad ni en infracción flagrante de derechos fundamentales, por lo tanto, no hay lugar a proceder de oficio.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Comisión de servicio

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Comisión de servicio

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NUÑEZ
Secretaria