



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente
Luis Guillermo Salazar Otero
Aprobado Acta No. 343

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil doce (2012)

ASUNTO:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Pablo Antonio Díaz Rodríguez contra la sentencia de febrero 6 de 2009 por medio de la cual el Tribunal Superior de Yopal confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma sede en diciembre 2 de 2008, a través de la cual condenó a dicho acusado como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado.



Corte Suprema de Justicia

HECHOS:

Hasta la edad de los 9 años la menor L.L.J.A. se crió en un hogar comunitario, al cabo de lo cual pasó a convivir en el año 2004 con cinco hermanos, su progenitora Mabel Jiménez y el compañero marital de ésta, Pablo Antonio Díaz Rodríguez, en el municipio de Aguazul.

En ese entorno y en época comprendida entre los años 2005 y 2006 Pablo Antonio Díaz Rodríguez accedió carnalmente en varias ocasiones a la menor L.L.J.A. quien contaba para entonces 10 años de edad.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los anteriores acontecimientos fueron puestos en conocimiento por la propia menor en mayo de 2007 ante la Comisaría de Familia de Aguazul y ésta a su vez trasladó la información a la Fiscalía, la cual adelantó desde agosto 8 de ese año una investigación previa y sumario a partir de agosto 31 siguiente.



Corte Suprema de Justicia

Así, previa captura, se vinculó mediante diligencia de indagatoria a Pablo Antonio Díaz Rodríguez quien luego, en resolución del 21 de diciembre de 2007 fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de acceso carnal abusivo agravado.

2. El mérito de la instrucción fue calificado en abril 18 de 2008 con acusación en contra del procesado, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por las circunstancias previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, decisión que fue confirmada en segunda instancia el 27 de junio de ese año.

3. Correspondió adelantar la etapa de la causa al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yopal, el cual en diciembre 2 de 2008 dictó sentencia para condenar al acusado como autor del delito imputado a la pena principal de 128 meses de prisión, decisión esta que fue apelada por la defensa, en cuya virtud entonces el Tribunal Superior de aquella ciudad profirió la suya el febrero 6 de 2009 confirmando la impugnada.



Corte Suprema de Justicia

LA DEMANDA:

Contra el fallo de segunda instancia el defensor del procesado interpuso el recurso de casación y le formula dos reparos.

El primero con sustento en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 por considerar que se desconocieron las reglas de producción y apreciación de la prueba base de la sentencia toda vez que el Tribunal avaló la violación al deber de lealtad, oportunidad y análisis lógico-científico de la prueba que tanto la Fiscalía como el a quo infringieron.

Es que, agrega, el Tribunal admitió que la corroboración de los hechos contenidos en la exposición de la menor y en el dictamen legal, no se logró, luego *“la prueba de cargo no existe, y como corolario o consecuentemente todo lo que de allí se deduzca, estará signado por la ineficacia de su incidencia probatoria, pues se estaría partiendo de un precedente viciado”*.

No obstante, el ad quem en su discurso, más adelante afirmó lo contrario, pero de todas maneras le surge el interrogante al censor de cómo concebir el análisis del



Corte Suprema de Justicia

testimonio de la menor, si de entrada el juzgador admite que el mismo nunca fue corroborado por el instructor. En ese caso, dice, no existiría materia probatoria formalmente hablando y eso impediría seguir con el estudio del recurso, de ahí que por economía procesal solicite se deseche continuar con el examen de la impugnación, se case la sentencia y se profiera fallo sustitutivo.

Sin embargo y en gracia de discusión, afirma, el testimonio de la menor, soportaba la confirmación de tres hechos: una reunión familiar con posterioridad a los ilícitos sucesos; la inexistencia del hurto de dinero que se le atribuía y la relación sexual con su novio Diego Cárdenas, más en la audiencia pública se despejan dichos soportes y se demuestra que lo de la reunión familiar fue mentira, que la menor sí hurtó un dinero a su progenitora y que nunca tuvo relaciones sexuales con Diego, quedando expuesta su capacidad de mentir fácilmente sobre hechos graves.

A pesar de lo anterior, agrega, *“el Tribunal con base en suposiciones inadmisibles que contrarían elementalmente la crítica valorativa de la prueba y la iniciativa científica de quien está ampliamente dotado de facultades cognitivas y de experiencia judicial, permite la perniciosa incursión de la instructora e insiste*



Corte Suprema de Justicia

en atribuirle certeza al dicho de la menor, para soportar la única prueba de cargo que existe en el plenario”.

Reitera en consecuencia su pedido de que se case el fallo recurrido y se dicte uno sustitutivo de carácter absolutorio por ausencia de prueba plena de la responsabilidad penal, o al menos por duda imposible de eliminar en este momento.

El otro reparo lo funda el censor en la causal segunda de la citada norma al estimar que se desconoció la estructura del proceso por afectación sustancial de sus componentes o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

En primer término, dice, la apreciación de pruebas infundadas y elusivas de las garantías procesales conduce al desconocimiento de los principios de favorabilidad, igualdad y dignidad así como el del precedente constitucional. Por tanto si el proceso no cuenta con la prueba que demuestre que el acusado es realmente responsable del acceso carnal que se le imputó en el pliego de cargos porque los medios probatorios arrimados al proceso no lo permiten, o fueron mal receptados es elemental que la decisión solo puede ser de absolución, de lo contrario se afecta la garantía debida a las partes.



Corte Suprema de Justicia

Es nula de pleno derecho, afirma, la prueba practicada con violación del debido proceso, luego si existe una sindicación que no ha sido ratificada en la etapa instructiva, o no se han allegado otros elementos de convicción que la corroboren, no se puede decir que aquella es eficaz para vincular a un sospechoso, mucho menos para concluir que es responsable penalmente.

Solicita por ende se case la sentencia recurrida y se dicte una absolutoria *“siempre que las garantías fundamentales de la parte que represento, han sido violadas sustancialmente”*.

En el evento de que no prosperen los anteriores reparos solicita subsidiariamente se sustituya por domiciliaria la prisión impuesta al procesado por cuanto el artículo 461 de la Ley 906 de 2004 lo permite, más aún cuando la negativa a su subrogación por el juzgador viola el debido proceso, la igualdad, la dignidad y la favorabilidad, todo lo cual rebosa los límites de discrecionalidad que permite la ley al operador judicial según la sentencia C-318 de 2008, precedente judicial este que no puede ser desconocido por ningún juez de la República.



Corte Suprema de Justicia

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En opinión de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, carece de razón el demandante al pretender darle una connotación general a una afirmación particular del ad quem en tanto el señalamiento de éste se refiere únicamente a la valoración psicológica practicada el 7 de mayo de 2007.

Adviértase, afirma, como una vez la menor pone en conocimiento de la autoridad los hechos, es sometida a entrevista para luego realizarse el protocolo del informe pericial sobre delito sexual, al cabo de lo cual las diligencias son enviadas por la Comisaría de Familia a la Fiscalía.

Se escucha luego la declaración de la menor y posteriormente en ejercicio de control de legalidad sobre la idoneidad del medio probatorio se oyó el testimonio del médico legista, de modo que no es posible afirmarse que la Fiscalía no corroboró el contenido de la documentación remitida por la citada comisaría, de ahí que los señalamientos dirigidos a sostener que no existe formalmente prueba para condenar carece de fundamento.



Corte Suprema de Justicia

Tampoco le asiste razón al censor, afirma la Delegada, cuando pretende restarle eficacia probatoria al dicho de la menor so pretexto de que la reunión familiar de que ella habló nunca se celebró, o porque se hurtó un dinero de su progenitora, o porque la relación sexual con su novio Diego fue una mentira, ya que como bien lo explicaron las instancias la actitud de su madre fue siempre de abandono y de incredulidad frente a su situación, lo que evidencia una mayor vinculación emocional de aquella con el procesado que con su hija, luego el análisis que a este respecto hizo el juzgador no resulta vulnerador de ninguno de los principios generales de la prueba; por el contrario la situación se ajusta a lo que vivió esta menor al regresar a su núcleo familiar y convertirse en víctima de los asedios de su padrastro.

De igual manera es explicable la conducta de Diego Javier González ya que de aceptar el comportamiento señalado por la menor podría abocarse a problemas judiciales, a lo que se suma que su patrón era el encausado, por ende la falta de credibilidad que a su versión atribuye el Tribunal configura un juicio de valor acorde con los postulados generales de apreciación probatoria.



Corte Suprema de Justicia

Finalmente, agrega el Ministerio Público, en lo que hace al pedimento de la medida sustitutiva de prisión domiciliaria, no existe en el Tribunal una variación sobre el tema porque la conducta acá imputada se sanciona con una pena mínima superior a 5 años.

A efecto de sustentar su aserto transcribe jurisprudencia de esta Sala para concluir que la petición del recurrente resulta improcedente, por eso solicita la desestimación de los diferentes pedimentos planteados en la demanda y en consecuencia que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES:

1. Bajo el supuesto verificado de que los dos cargos planteados tienen un común sustento y el censor persigue con ellos idéntica consecuencia, esto es la absolución de su defendido, su examen no puede conducir sino a la conclusión de carencia de prosperidad.

2. En ese orden, es cierto que el Tribunal consideró que *“para proceder a analizar el testimonio de la menor, necesariamente hay que empezar por recordar la forma como se inicia el proceso, lo consignado en los informes o documentos*



Corte Suprema de Justicia

remitidos por la Comisaría de Familia, ya que ninguno de ellos ni lo allí mencionado fue posteriormente corroborado, como correspondía, por la Fiscalía”, mas de tan genérico aserto no pueden seguirse las conclusiones que pretende el demandante, mucho menos cuando en la forma como se ha alegado, él resulta descontextualizado frente a la restante argumentación expuesta por el ad quem, eso sin dejar de mencionar el hecho de que se estaría exigiendo por fuera de los parámetros legales, la corroboración de las pruebas, a través de otras, como condición de credibilidad.

Cuando el ad quem se refiere a la carencia de ese elemento lo hace es en relación con la época de los hechos, como que luego de dicha afirmación se dedica a establecerla a partir del análisis de la valoración psicológica, del protocolo de informe pericial para investigación de delito sexual y de la propia versión de la víctima, porque ciertamente no había univocidad en aquella, para finalmente concluir que al analizar la versión de la ofendida *“la única crítica que admite es su no coincidencia con lo dicho en los informes de la Comisaría en cuanto a las fechas, más concretamente en cuanto al año en que sucedieron los hechos y aquél en el cual se enteró su madre”*.



Corte Suprema de Justicia

Pero esa ausencia de corroboración acerca del tiempo de ocurrencia del delito, en consideración del Tribunal no conlleva a restarle credibilidad a la menor *“pues, dada la contundencia y claridad de lo afirmado, debe concluirse que fue una inexactitud de los mismos”*.

“Recogiendo los elementos atrás referidos sobre la valoración del testimonio, dijo el juzgador de segunda instancia, es indudable que el vertido por la menor merece credibilidad por su claridad, contundencia, expresión de las circunstancias en que ocurrieron los hechos y de aquellas en que se encontraba ella”.

No es cierto por tanto que la queja del Tribunal haya sido en todo el contenido de las pruebas, su único reparo, como quedó visto, fue en la fecha de los hechos, por ello resulta fuera de contexto afirmarse por el censor que ante la no corroboración del dicho de la menor, ni del protocolo del informe pericial, tales pruebas no existen, sanción que evidentemente resulta de su inventiva y no de alguna disposición legal.

3. Tampoco los cuestionamientos de credibilidad que plantea el defensor respecto al testimonio de la menor tienen fundamento; aquellos los basa en tres aspectos que



Corte Suprema de Justicia

surgidos de las declaraciones de la madre de la niña y de Diego González, según su opinión demuestran la facilidad con que la ofendida miente: no existió la tal reunión en la que supuestamente informó a su progenitora los hechos de que la hacía objeto su padrastro; es cierto que huyó de su morada, no por las inexistentes vejaciones a que la sometía el procesado, sino porque se apoderó de \$40.000; y finalmente, no es cierto que haya tenido relaciones sexuales con su novio Diego.

No conduce el censor esa crítica por algún yerro con trascendencia en casación y a cambio la plantea como la simple expresión de su criterio enfrentado al más autorizado, dada la doble presunción de acierto y legalidad, del juzgador, quien tanto en primera como en segunda instancia, señaló razonadamente los motivos por los que esos aducidos obstáculos de credibilidad eran franqueados.

Así argumentó el a quo al examinar los testimonios de Mabel Jiménez, madre de la menor y de Diego González:

“Estas dos declaraciones, al analizarse con detenimiento, dejan ver su parcialidad. En la primera por ejemplo, ... observamos en



Corte Suprema de Justicia

la historia socio familiar y seguimiento de la Comisaría de Familia y del ICBF, cómo desde una edad prematura de la niña, la progenitora la entregó a una madre comunitaria, según consta en actas porque tenía a cinco hijos más y porque su compañero le pegaba, y volvió a tener la custodia de la menor , no porque ella lo solicitara sino únicamente porque no había otra persona que se hiciera cargo y ante la premura de tiempo ya que la señora que la tenía estaba impedida físicamente para continuar con la crianza, concluyendo que es una mujer completamente desprendida y desinteresada por su hija, ya que en el tiempo que la niña crecía en compañía de otras personas y hasta cuando se supo de ella no se preocupó por su estado si le hacía falta algo, esto lo único que indica es que no existe en realidad sentimiento maternal, en cambio sí existe uno muy fuerte con su compañero sentimental con quien ha convivido por más de doce años, y es muy cuestionable su posición de dejar que su hija se vaya de la casa como si nada, por el supuesto hecho de sustraer una suma de dinero, además cuando la pequeña refirió que cuando le comentó a su progenitora lo sucedido y el agresor lo negó todo, su actuación se limitó a decirle a la niña que no dijera nada, deduciéndose que antes que el bienestar de la menor lo que le importa es permanecer al lado de su compañero sentimental, por lo que encuentra el despacho que su dicho no es sincero, al contrario es evidentemente parcializado como ya se dijo”.



Corte Suprema de Justicia

En cuanto al relato de Diego Javier González lo estimó el a quo inseguro y no oferente de credibilidad por su confusión e interés en favorecer a quien fuera su empleador, mientras que el Tribunal estimó que *“difícil sería que el testigo admitiera haber tenido relaciones sexuales con una menor cuando precisamente está declarando en un proceso penal en el cual hay una persona en la cárcel por haberlas tenido. Y menos lo confirmaría, si negándolo, puede ayudar de alguna manera a quien fue en dos oportunidades su patrón, habiéndole inclusive brindado vivienda en la segunda de ellas”*.

4. No constituyen, por tanto, la alegada ausencia de corroboración a que alude el censor, ni la asignación de crédito al dicho de la menor en desmedro del que pudieran ofrecer el procesado, su compañera y su ex empleado, situaciones que incidan negativamente, en la forma como lo sostiene el recurrente, en la apreciación probatoria, o en la estructura del proceso, o en la garantía debida a cualquiera de los sujetos procesales.

No revelan las aducidas falencias yerro alguno de hecho o de derecho en la valoración de esas pruebas, ni afectación



Corte Suprema de Justicia

en las garantías del debido proceso, o de las demás a que inconexa y genéricamente se refiere el casacionista, por eso ninguna vocación de éxito pueden tener las censuras propuestas en aras de obtener la absolución del enjuiciado.

5. Finalmente cuestiona el demandante que a su prohijado no se le haya reconocido, con violación de los artículos 461 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y de principios como el debido proceso, igualdad, dignidad y favorabilidad, el sustitutivo de prisión domiciliaria, más un tal reparo deviene igualmente infundado, no sólo porque el asunto no se ventiló en las instancias, en éstas se trató fue la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, sino porque además la competencia para pronunciarse en relación con aquella norma en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo cual supone obviamente un fallo debidamente ejecutoriado.

Así por demás lo ha señalado la Corte¹:

“... dígase que no existe posibilidad de predicar la aplicación del

¹ Auto de septiembre 1º de 2010, Rad. No. 32844



Corte Suprema de Justicia

principio de favorabilidad al enfrentar el artículo 38 del Código Penal, frente al 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, pues una y otra norma operan en ámbitos procesales bien distintos y, además, obedecen a fines diversos, lo cual hace imposible afirmar que regulan el mismo hecho. Se dirá, eso sí, que el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 regula de manera más favorable aquello que igualmente desarrollan los artículos 357 y 362 de la Ley 600 de 2000, pues ambos se refieren a la detención preventiva. Pero, naturalmente –reitera la Corte– el juicio de favorabilidad no puede operar entre normas que no regulan la misma figura.

“Ahora bien, que por vía del artículo 461 del Código de Procedimiento Penal de 2004 el sentenciador haya debido conceder la prisión domiciliaria, toda vez que allí se establece que procede “la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva” es un razonamiento inadmisibles, pues la misma norma precisa con claridad que esa facultad opera no dentro de las instancias o al proferirse los fallos que les ponen fin, sino una vez la sentencia cobre firmeza y ello, en el caso que ocupa la atención de la Sala, aún no tiene lugar.

“... esa facultad está reservada a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando profiere fallos definitivos, mas



Corte Suprema de Justicia

no a los jueces de primera o segunda instancia, como tampoco a la Corte cuando actúa como Tribunal de Casación.

“... el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal, norma última que está supeditada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, o lo que es lo mismo, su aplicación es posible jurídicamente cuando la sentencia ha adquirido firmeza, la que no podría pregonarse en esa instancia. Postura que la Corte ya tuvo la oportunidad de precisar:

“...Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringido a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación...”.



Corte Suprema de Justicia

Por ende, como la Sala actúa aquí como tribunal de casación y no como fallador definitivo de instancia, y además por cuanto la sentencia no ha cobrado firmeza, no le está dado arrogarse en esta sede extraordinaria la competencia que por virtud del artículo 461 de la Ley 906 de 2004 le corresponde únicamente al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en un momento procesal bien diverso.

Casación oficiosa.

La condena proferida en contra del acusado incluyó las agravantes previstas en los numerales 2º y 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, esto es cuando *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”* y cuando el hecho *“se realizare sobre persona menor de doce (12) años”* (hoy 14, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008), mas es evidente que la imputación de esta última circunstancia resulta incompatible, por infracción al non bis in ídem, con la descripción típica del delito en tanto de esta hace parte precisamente la minoría de 14 años de la víctima.



Corte Suprema de Justicia

Por eso y en atención precisamente a la exequibilidad condicionada de dicho precepto que declarara la Corte Constitucional en su Sentencia C-521 de 2009, la Sala casará parcial y oficiosamente el fallo recurrido para excluir dicha agravante, sin que esto implique modificación punitiva, dado que pervive la del numeral segundo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Casar parcial y oficiosamente el fallo impugnado, para excluir la agravante prevista en el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal, modificado por el 7° de la Ley 1236 de 2008.

En lo demás la sentencia recurrida permanece incólume.

Esta providencia no admite recurso alguno.

República de Colombia

Casación Rdo. 32396
P/.Pablo Antonio Díaz Rodríguez



Corte Suprema de Justicia

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal
de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria