Proceso nº 34661

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Dr. Luis Guillermo Salazar Otero
Aprobado Acta No. 189

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Víctor Hugo Puentes Cely contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2010 por el Tribunal Superior de esta capital, Sala Penal, confirmatoria de la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado 18 Penal del Circuito de la misma ciudad el 28 de enero de tal año, que condenó al procesado a la pena principal de 66 meses de prisión como responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

HECHOS

Los hechos de este proceso son sintetizados en la sentencia impugnada, así:

"Los hechos materia del proceso tuvieron ocurrencia el 1° de diciembre de 2006, en el inmueble habitado por las familias de la señora Aymara Castillo Rodríguez y el señor Víctor Hugo Puentes Cely, cuando éste, pretextando querer despedirse de los hijos de aquella, pidió a la menor J.A.C.C. y su hermano N.H. que fueran a su apartamento ubicado en el tercer piso de la edificación, para luego pedirle el favor al jovencito que le ayudara a colocar unos carteles anunciando el ahorro de agua y energía eléctrica, mientras él, ya en el segundo piso a donde se trasladaron para realizar tal labor, subió a la niña a una silla e introdujo sus manos por debajo de la falda para tocarle los glúteos en actitud morbosa".

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Acudió ante las autoridades a denunciar estos hechos la madre de la infanta, propiciando la respectiva audiencia de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, que se cumplió ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías el 3 de junio de 2008.

El 26 de agosto de dicho año se formuló la respectiva acusación por el delito que ameritó las decisiones referidas.

Con posterioridad, en desarrollo de la audiencia preparatoria, el defensor del inculpado solicitó se precluyera la investigación, petición denegada por el Juzgado 28 Penal del Circuito el 10 de diciembre, en decisión confirmada por el Tribunal Superior el 10 de febrero de 2009.

Tramitada la fase del juicio, se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos glosados previamente.

DEMANDA

Tres son los cargos que el actor postula contra la sentencia impugnada en casación.

El ***primero*** constitutivo de nulidad por afectación del debido proceso derivado de falta de competencia de los Magistrados del Tribunal Superior Dagoberto Hernández Peña y Hermens Darío Lara Acuña que conocieron de la apelación de la sentencia de primera instancia, toda vez que habían conocido del proceso al confirmar la negativa de preclusión solicitada, por decisión del 10 de febrero de 2009, concurriendo dos de las hipótesis en que se hallaban impedidos para actuar en los

num. 6 y 14 del C. de P.P., con quebranto para las garantías de independencia judicial e imparcialidad.

El ***segundo*** cargo afirma incongruencia "*entre la situación fáctica y la respuesta jurídica a la misma*" y está referido a la adecuación típica de la conducta, toda vez que en su criterio no concurre el delito previsto por el art. 209 del C.P., sino el estatuido en el art. 226, esto es, injuria por vía de hecho.

Con apoyo en diversa doctrina de la Sala que estima pertinente[1], afirma el actor que dados los hechos imputados y la descripción del delito de actos sexuales abusivos, éste supone la presencia de múltiples actos y no de uno sólo, por lo cual a lo sumo la conducta desarrollada por Víctor Hugo Puentes Cely sería la propia de injuria por vía de hecho, a pesar de tratarse de una menor incapaz para la libre disposición sexual, pues de lo contrario se estaría frente a ausencia absoluta de tipicidad.

Así las cosas, para el censor se evidencia violación del debido proceso por error en la formulación jurídica de la imputación, de modo que debe invalidarse lo actuado a partir de la propia audiencia de formulación de imputación.

[1] Cas. 24323/05; Cas. 25465/06; Cas. 29117/08; Cas. 30305/08 y Cas. 32422/10

Como ***tercer*** reparo acusa el actor error de hecho por falso juicio de identidad. Se refiere en concreto a lo depuesto por la menor en el juicio oral, que en la síntesis del Tribunal aparece recortado en su verdadero contenido, toda vez que acorde con lo allí expuesto, la menor se habría retirado de la presencia del procesado, cuando éste se disponía a meter sus manos por debajo de su falda, esto es, que no habría alcanzado a realizar la conducta imputada, aun cuando con posterioridad declarara de distinta manera lo acontecido, esto es, aceptando que si hubo tocamiento de su "*cola*".

Esto es, a pesar de afirmar que si fue tocada, para el libelista, el Tribunal ha debido valorar estas contradicciones que conducen, según su criterio, a que no se desvirtúe la presunción de inocencia que le asiste al acusado y en cuya virtud solicita se case el fallo y se le absuelva.

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

I. Intervino en primer término el defensor del recurrente, para anunciar que reitera en lo básico y fundamental los supuestos aducidos en sustento de los yerros acusados.

II. Por su parte, el Fiscal Delegado ante la Corte, designado especialmente para intervenir en este caso, lo hizo bajo el criterio de considerar que se debe mantener la sentencia pues ninguno de los cargos está llamado a prosperar.

Así, respecto de la ***primera*** censura, observa cómo la doctrina de la Sala citada en apoyo de las causales de impedimento aducidas, revisada en su integridad, conduce a considerar, contrariamente a lo aducido, que al no haber comprometido los Magistrados su imparcialidad, no concurren, debido a que la decisión de segunda instancia que denegó la preclusión no hizo juicio de fondo ni análisis probatorio alguno.

Por demás, recuerda que la decisión de un funcionario impedido no conduce a invalidar lo actuado sino, eventualmente, a hacer disciplinable su conducta que, en todo caso, no corresponde a los supuestos de este proceso.

Referido al ***segundo*** ataque, para el Fiscal Delegado tanto desde el punto de vista fáctico como normativo, es un hecho que la conducta imputada de actos sexuales abusivos encuentra plena comprobación en las afirmaciones de la menor ofendida, e igualmente respecto de la descripción típica de la conducta, pues, la expresión singular empleada en algunos de los delitos de esta naturaleza (arts. 206, 207, 210,

210ª del C.P.) en relación con aquellos de contenido plural, resulta indiferente, toda vez que tienen la misma connotación.

Finalmente, respecto del ***tercer*** reparo, observa el Fiscal que tampoco se presenta el falso juicio de identidad propuesto, pues si bien debido a una falla técnica la entrevista de la menor hubo de repetirse y en una fracción fue más precisa que en el otro fragmento, es lo cierto que en el análisis conjunto de sus afirmaciones se despeja cualquier duda sobre los hechos, de donde carece de fundamento el error de hecho acusado.

III. Coincidente con el criterio del Fiscal, el Procurador Delegado comenzó por precisar en relación con el ***primer*** cargo, que ciertamente no cualquier participación conduce al impedimento, siendo que el Tribunal calificó la solicitud preclusiva de temeraria e improcedente, por lo cual no hubo un pronunciamiento de fondo que comprometiera su criterio.

En lo relacionado con el ***segundo*** ataque, llama la atención el Ministerio Público sobre las normas supranacionales y doctrina constitucional que conducen a hacer más exigente la protección de los menores, en forma tal que conductas como la que es objeto de juzgamiento configuran sin duda atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, específicamente en la modalidad de actos sexuales abusivos y

no el de injuria por vías de hecho aducido. En este sentido, cotejando doctrina extranjera encuentra que el tocamiento de glúteos, en la forma en que procedió el procesado, configura sin discusión atentado a dicho bien, encontrándose por demás fuera de duda la lesión al bien jurídico protegido y así consolidado el elemento de antijuridicidad material.

En lo atinente al ***tercer*** cargo, para el Procurador es evidente que no concurre el error de hecho acusado, como que el relato de la menor fue en lo esencial valorado por el sentenciador, sin que medien contradicciones que califica de sólo aparentes, de ahi que tampoco ésta censura es viable.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. A través del primer cargo persigue el actor se declare la nulidad de lo actuado, a partir de considerar lesivo del debido proceso el hecho que dos integrantes de la Sala de decisión del Tribunal Superior que profirió la sentencia de segunda instancia no se hubieran declarado impedidos, no obstante que ya se habían pronunciado en este asunto, a través de decisión fechada el 10 de febrero de 2009 en que se ratificó la

negativa de primera instancia al pedido de preclusión elevado por la defensa.

2. La Corte desde antiguo ha exaltado por su raigambre constitucional[2], la garantía de juzgamiento que ha impuesto la construcción procesal del instituto de los impedimentos, por resultar relevante en orden a preservar los principios de independencia e imparcialidad judicial y procurar la depuración de circunstancias incidentes en la decisión que cada caso amerita y de preconceptos que puedan llegar a alterarla.

Dentro de la rigurosa taxatividad que esta clase de hipótesis ha impuesto para asegurar la permanencia del servidor en cumplimiento de sus deberes funcionales, la Ley 906 de 2004 contempló en el artículo 56 los motivos impeditivos que a su vez pueden ser presentados como causales de recusación de los funcionarios judiciales.

3. Específicamente el actor casacional aludió a las causales 6 y 14 de dicha norma como concurrentes, aun cuando en relación con ésta última no argumentó, toda vez que según alegó, dos de los Magistrados que fallaron este asunto en

[2] arts. 228 y 230 de la Carta Política

segunda instancia habrían participado dentro del proceso, en los términos ya señalados.

La Corte[3] al delimitar el contenido y alcance material, entre otras, de la causal referida, en la decisión a que alude el actor, entre otras, ha sido precisa y reiterada en el sentido de considerar que:

"…no es cualquier tipo de participación la que amerita la separación del proceso, como fórmula para garantizar un juez independiente e imparcial, tal y como ya lo ha sostenido esta Sala; en el entendido que la participación que justifique la prosperidad del impedimento ha de ser aquella de tal entidad que haya comprometido la imparcialidad del juez, que haya efectuado valoración probatoria o el conocimiento profundo y detallado de los hechos materia de juzgamiento".

4. La formal presentación del reparo casacional induce en principio a asumir que efectivamente dadas las características de la decisión que rechaza una propuesta preclusiva, per se implica la anticipación de juicios de valor que comprometen el criterio de los funcionarios intervinientes, en forma tal que surge la inhabilitación para un postrer conocimiento del mismo asunto.

---

[3] Auto 30529/08

Sin embargo, en análogo sentido y por demás coincidentes con el pensamiento de la Sala, advierten tanto la Fiscalía como el Ministerio Público en sede de casación, que en el caso concreto no es válido sostener el motivo impediente, toda vez que la participación de los funcionarios judiciales careció de cualquier poder enervante frente a su posterior intervención.

5. En efecto, visto el contenido del pronunciamiento que se afirma incidente en la pretendida imparcialidad de los Magistrados, es paladino que en ningún momento asumieron postura o juicio de valor comprometedor en términos del debate a iniciarse en el juicio, pues además de considerar que la solicitud de preclusión carecía de sustento en alguna de las causales que la hacían propicia dada la oportunidad en que se adujo[4], la misma se calificó de temeraria, realzando la Sala de decisión por tanto que resultaba absolutamente improcedente y carecía de cualquier fundamento, máxime cuando no atendió el condicionamiento según el cual sólo podría instarse pedido semejante si mediaba una causal sobreviniente, dada la firmeza de la acusación, en el entendimiento que la Corte Constitucional le dio al revisar la exequibilidad de los referidos preceptos en la sentencia C-920 de 2007.

[4] arts. 331 y 332 del C. de P.P.

Por tanto, al mantenerse incólume el juicio de los Magistrados que rechazaron en los términos indicados la apelación propuesta contra el auto que denegó la preclusión y sin anticipar, en manera alguna, su criterio de valoración, ningún factor inhibitorio que estructure causal impeditiva se configuró para el juicio y nada obstaba, conforme procedieron, a tomar parte de la Sala de Decisión que desató el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, la censura no es viable.

Segundo cargo

1. Cuanto el actor denomina incongruencia entre la "*situación fáctica y la respuesta jurídica a la misma*" en la propuesta de este reparo, expresa un pretendido error de calificación de la conducta imputada, haciendo prevalecer en el caso concreto el delito de injuria por vía de hecho sobre el de actos sexuales diversos del acceso carnal que confluye en la solicitud de invalidación de lo actuado.

2. El argumento principal que termina por ser el único con pleno desarrollo ante la difusión que exhiben los demás motivos esgrimidos, se edifica en la propia literalidad

descriptiva del delito de actos sexuales con menor de catorce años del art. 209 del C.P., dada la expresión plural que de la conducta hace, esto es que supone, en concepto del censor, la realización de múltiples actos abusivos y no de uno singular, conforme sucedió en este caso, en que la imputación es haber tocado los glúteos de la menor *J.A.C.C.*

3. Emerge desde luego precario el sustento de este reproche, simplemente al inferir que la descripción del delito de actos sexuales con menor de catorce años sólo es comprensible a través de la consolidación de múltiples acciones vulneradoras del bien jurídico "*libertad, integridad y formación sexuales*", cuando la explicación para la técnica empleada en la configuración típica surge nítida de la propia índole de las conductas que esta tipología de atentados estructuran y de la limitación legislativa que supone señalar cada uno de los actos que pueden dar lugar a dicha especie delictiva diversa del acceso carnal, sabido que para la modalidad de éste último sí existe en la ley una definición de acuerdo con la cual consiste en "*la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal, o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto*" (art.212 id.), lo que no está precisado en precepto alguno en relación con el género de actos sexuales diversos que también son punibles.

4. Como quiera que los actos de contenido sexual diversos del que se ha entendido propio del acceso carnal, trascienden a cualquier aspiración que pretenda su enunciación más allá del género al que pertenecen, es entendible que en la descripción de esta clase de delincuencias se aluda a la multiplicidad de las que orientadas por el sujeto agente a satisfacer una apetencia sexual, quedan comprendidas dentro de dicho ámbito, sin que esto signifique que deba concurrir una suma plural de ellas para reputar de este modo la tipificación de la conducta, toda vez que una sola expresión realizadora de actos libidinosos actualiza el tipo penal del art. 209 en comento.

5. Y, aun cuando no existe uniformidad en la enunciación de los diversos delitos que consolidan atentados a la libertad, integridad y formación sexuales del Título IV, visto que por ejemplo el art. 206 del C.P. que describe el "*acto sexual violento*" alude a "*acto sexual diverso al acceso carnal*" y lo propio hace el art. 207 id. en relación con persona puesta en incapacidad de resistir cuando alude a la sanción si se ejecuta "*acto sexual diverso del acceso carnal*", fuera de cualquier duda está que en estos casos no se trata de hacer una diferencia en relación con la singularidad de la conducta y por el contrario una cualquiera de aquellas de contenido sexual diversas del

acceso carnal estructuran los respectivos comportamientos delictivos. De la misma forma que cuando el precepto 209 señala "*actos*" no exige una pluralidad de conductas de contenido sexual como supuesto para su adecuación típica.

En el mismo sentido, adviértase cómo el Capítulo Segundo integra los "*actos sexuales abusivos*" como género comprensivo entre otras especies de estos delitos, los de "*acceso carnal abusivo con menor de catorce años*" (art. 208), "*actos sexuales con menor de catorce años*" (art. 209) y el "*acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir*" (art. 210), entre otros, que hace notar la indiferencia derivada de la propia denominación típica frente al contenido material que estructura cada modalidad delictiva.

6. Ahora bien, el Fiscal se detuvo en su alegato conceptual sobre las pretensiones casacionales de este cargo, en el desarrollo factual, para relievar el contenido sexual del tocamiento reprochado en este caso como punible, habida cuenta que el actor planeó conducir a la niña hasta su habitación, prescindiendo de encender la luz pese a la poca luminosidad existente y la alzó para subirla a una silla, lograr que la impúber lo abrazara y hacer lo propio, para enseguida introducir sus manos por debajo de la falta y palpar sus

glúteos, hecho lo cual y ante la reacción de la menor que se separó de inmediato de su lado, llamarla para ofrecerle dinero en un gesto propio de querer comprar su silencio.

Aun cuando en estricto sentido el fundamento de la censura conduciría a prescindir de la más mínima controversia probatoria, la secuencia referida es pertinente para hacer notar la relevancia que para el bien jurídico destacado en el título IV del C.P., tienen conductas como la imputada en este caso y su ostensible vulneración, esto es, que la propia narración de la niña como sujeto pasivo conduce indubitablemente a consolidar el juicio de lesividad propio de la antijuridicidad material que desde luego también concurre, al margen de la simple afirmación en contra que se hace en el libelo.

7. En condiciones semejantes, pretender degradar la conducta imputada hacia un delito de "*injuria por vías de hecho*", conforme lo plantea el censor, resulta desconocedor del juicio de tipicidad directo, inmediato y completo o pleno, por afectación de la libertad, integridad y formación sexuales, que elude cualquier alternativa en éste sentido y rechaza por ende la especulación tendiente a sostener una aparente concurrencia de menoscabo a la integridad moral de la menor

que en este caso no tiene cabida considerado el carácter eminentemente sexual de la conducta enjuiciada.

En este caso surge claro que el comportamiento llevado a cabo por el acusado no tuvo finalidad distinta a satisfacer su concupiscencia, es decir, su connotación erótico sexual es irrefutable.

A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre del 2008, radicación 30.305, en el sentido de que cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, deben ser objeto de una especial

protección, lo cual implica que hechos como los aquí investigados se valoren en su justa medida y susciten el reproche punitivo adecuado.

Este reproche tampoco puede prosperar.

Tercer cargo

1. A manera de tercer reparo, adujo el actor a error de hecho por falso juicio de identidad.

En el plano de su teórica configuración, doctrina antigua ha decantado que tiene ocurrencia esta especie del yerro fáctico en aquellos casos en que el sentenciador tergiversa el contenido material de la prueba, esto es, que falsea cuanto ella expresa desde el punto de vista de su objetiva representación.

2. Aludió el libelista para dicho cometido a lo expresado por la menor J.A.C.C. al comienzo de su relato en el juicio oral, hasta el espacio de su narración en que parecería significar que ella repudió al inculpado antes de hacerle caricias libidinosas, sin desconocer que antes de culminar la entrevista y ser de nuevo preguntada para precisar los hechos, afirmó

sin lugar a equívocos que si fue tocada en sus glúteos por el imputado.

3. La consecuencia que hace derivar el casacionista al presentar este reparo en los términos indicados, resulta verdaderamente insólita, pues pese a admitir que de la integridad del relato de la niña emerge indubitable que fue objeto de tocamientos indebidos en su cuerpo, pretende, de esta manera fraccionando la prueba y propiciando una valoración tergiversada de la misma, se acoja la primera parte de su relato para favorecer los intereses del inculpado.

4. Como es evidente, si de un análisis de la prueba conjunto e integral se demuestra, en los términos en que la sentencia lo declaró, que la menor fue objeto de tocamiento en sus glúteos y que dado su inequívoco contenido sexual, repelió la cercanía de Víctor Hugo Puentes Cely, aun cuando sin que finalmente ese acto eludiera las pretensiones del actor y la materialización de una conducta con contenido sexual repudiada en esta actuación, no es parcelando lo depuesto por la niña que puede tener viabilidad la tacha que sobre la identidad de este relato se ha postulado.

Este cargo tampoco prospera.

En razón y mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO **FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ **MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ MUÑOZ**

Corte Suprema de Justicia

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN **LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

JULIO E. SOCHA SALAMANCA **JAVIER ZAPATA ORTIZ**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA
Secretaria