

Proceso No 23597

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta número 041

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil cinco (2005)

Decide la Corte lo pertinente con relación a la admisión de la demanda de casación interpuesta por el defensor de Gerlein Moyano Tovar en contra de la sentencia proferida por el Tribunal superior de Bogotá el 6 de agosto de 2004, mediante la cual confirmó la del Juzgado once penal del circuito de la misma ciudad, que lo condenó como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor a la pena principal de 44 meses de prisión.

HECHOS

Ramón Eduardo Sarmiento decidió ofrecerle una oportunidad de trabajo a su familiar Gerlein Moyano Tovar. Le brindó apoyo y techo, y compartió su residencia con él desde los primeros meses del año 1995, hasta dos años después. Luego, al averiguar el por qué del comportamiento retraído de su hijo David, se enteró que Moyano Tovar había abusado sexualmente de él en esos tiempos, y de su sobrino Luis Carlos, en la nueva casa a donde se había ido a vivir.

ACTUACION PROCESAL

Teniendo como fundamento la denuncia formulada el 29 de mayo de 1998 por Ramón Eduardo Sarmiento, la fiscalía 234 seccional abrió investigación previa el 23 de julio del mismo año (fs., 10), y el 16 de diciembre de la misma anualidad, investigación penal, disponiendo la vinculación del sindicado (fs., 18).

El 24 de diciembre de 1999 la fiscalía lo declaró persona ausente (fs., 40), y el 25 de julio de 2001 le resolvió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor (fs., 49), conducta por la cual finalmente fue acusado el 19 de marzo de 2002 (fs., 67).

Rituada la fase de la causa, el 3 de febrero de 2004, el Juzgado once penal del circuito de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de 44 meses de prisión como autor del delito por el cual fue acusado (fs., 105), mediante sentencia que fue confirmada por el Tribunal superior de la misma sede el 6 de agosto de 2004 (fs., 15 C. tribunal).

Esta última decisión la recurre el defensor del procesado en sede de casación.

DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en la causal tercera de casación el demandante invoca dos cargos y uno con apoyo en la primera.

Causal tercera

A juicio del demandante, si el sindicado cumplió la mayoría de edad el 11 de octubre de 1996 y los hechos denunciados ocurrieron un año antes, la justicia penal no tenía competencia para juzgarlo.

Para demostrar ese supuesto toma apartes de la declaración de Ramón Eduardo Sarmiento, padre de una de las víctimas, de los cuales concluye que, por lo menos con relación al hijo de aquel, la conducta se materializó antes de cumplir el sindicado su mayoría de edad; o al menos debe favorecer al procesado la duda razonable acerca de esos extremos.

Es mas, las declaraciones extraproceso aportadas en la diligencia de audiencia pública, que las instancias no apreciaron, reafirman esas conclusiones.

De otra parte -en el segundo cargo-, el demandante cuestiona la legalidad de la sentencia al estimar que los hechos no se adecuan al tipo legal que la fiscalía, el juzgado y el tribunal seleccionaron.

Según lo afirma, se asume en las decisiones que el sindicado ejecutó la conducta de acceso carnal abusivo y no la de corrupción, como es lo correcto, teniendo en cuenta que los menores no aseguraron que el procesado los hubiese accedido carnalmente.

Además, el concepto médico legal es confuso a ese respecto, de donde concluye que no se demostró el acceso carnal abusivo, desconociendo de ese modo los artículos 1, 3, 303 y 305 del decreto 100 de 1980.

Causal primera.

Al no haber apreciado las pruebas extraproceso aportadas en la diligencia de audiencia pública (las declaraciones de los padres y tíos de los menores), se infringió indirectamente la ley sustancial al incurrir en un error de hecho, bien porque el juzgado no las consideró, o ya porque el Tribunal se refirió a ellas, pero sin atender su eficacia demostrativa.

Lo correcto no era limitar su poder demostrativo, sino ordenar su ratificación, para no

desconocer su valor probatorio. Al hacerlo, el tribunal pasó por alto las reglas de la sana crítica.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda no satisface las exigencias formales y debe inadmitirse por las siguientes razones:

El recurso de casación, como juicio de legalidad y constitucionalidad a la sentencia, procede cuando la decisión es (i) violatoria directa o indirectamente de una norma de derecho sustancial (causal primera), (ii) cuando no está en armonía con la resolución acusatoria (causal segunda) y (iii) cuando se ha dictado en un juicio viciado de nulidad (causal tercera).

Pues bien:

La Corte le ha concedido algún margen de flexibilidad a la manera cómo se debe proponer la causal tercera, lo cual no significa que sea de libre elaboración y que se pueda eludir la necesaria precisión acerca del tipo de nulidad que se alega, los fundamentos que la sustentan, las normas que se considera quebrantadas, el perjuicio que se genera con tal irregularidad y los beneficios que se obtendrían con la anulación del proceso.¹ Por esas razones, como ocurre precisamente ahora cuando se discute el postulado del juez natural, atendiendo la esencia del asunto y respetando el principio de autonomía, la argumentación debe desarrollarse de acuerdo al sentido de la causal primera, aun cuando las incidencias tengan relación con la causal tercera. Al respecto la Sala ha señalado lo siguiente:

“...para denunciar la configuración de un motivo de nulidad derivado de la falta de

competencia del juzgador, la censura debe formularse al amparo de la causal tercera pero desarrollarse siguiendo los lineamientos técnicos de la primera, optando por una de las dos vías establecidas para ella. Si se opta por la directa es deber del censor indicar las disposiciones que el juzgador aplicó indebidamente y de las que correlativamente dejó de aplicar, o aquéllas en las que se equivocó en fijar su contenido o alcance y las razones jurídicas de este desacierto, sin que por dicha vía sea procedente controvertir la apreciación probatoria. Si la transgresión a la ley se originó en errores de apreciación probatoria, es su deber concretar cada uno de ellos, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, y demostrar su incidencia en la violación de la ley, y, por ende, la falta de competencia del órgano jurisdicente con compromiso de la validez del juicio.” 2

En ese orden, nótese que el demandante ni señaló ni acomodó el discurso a la modalidad de error que estaba en el deber de escoger. Expuso, apenas, y al final, que el tribunal no apreció los testimonios que aportó en la audiencia pública, pero no elaboró una nueva interpretación de la prueba en sistemática para demostrar la trascendencia del error de existencia que es lo que al parecer denuncia y que le daría sentido a la indebida aplicación de las normas sobre competencia y a la nulidad que a partir de ella se originaría.

Del cargo, entonces, se rescata simplemente su opinión acerca de esa temática, la cual es en todo caso insuficiente para cumplir con las exigencias de claridad, precisión y coherencia argumentativa que se reclaman en esta sede.

Podría pasarse por alto que el segundo cargo no corresponde a la causal tercera, siempre y cuando la argumentación fuese autosuficiente. Mas lo que allí se expresa es una confusión de institutos que muestran la incoherencia del planteamiento. En efecto, la indebida selección del tipo penal es un problema de

aplicación de la ley que como tal tiene su sede en la causal primera y no en la tercera.

Precisamente por razón de aquella confusión, el demandante no precisó el error y simplemente se limitó a manifestar su opinión acerca de la posible, y según él, correcta apreciación de los medios de prueba, olvidando que en sede extraordinaria el aspecto probatorio del fallo solo se agrieta demostrando la configuración de un error de hecho o de derecho que incide en la declaración de justicia final.

El último cargo, con apoyo en la causal primera, igualmente carece de la claridad, precisión y argumentación necesarias. En efecto, no indica si se trata de una violación indirecta de la ley y si ella se origina en un error de hecho por falso juicio de existencia, de identidad o de raciocinio. Si se analizaron, tergiversaron o adicionaron los medios de prueba o no se apreciaron de conformidad con las reglas de la experiencia y de la sana crítica.

Podría deducir la Corte, cuando mas, que el demandante pretendió denunciar un falso juicio de raciocinio, pero para ello tendría que ignorar el principio de limitación y sustituir el querer del censor, lo cual por supuesto se opone a las reglas que rigen al recurso extraordinario.

La demanda, como se ha dicho, no es clara ni coherente y confunde los cargos en sus objetivos y en sus fundamentos, hasta el punto que de admitirla la Corte tendría que complementarlos, lo cual solo sería posible de hacer pasando por alto los principios que al recurso le son inherentes.

Por esas razones, que dicen relación con la forma de la demanda (artículos 207, 212 y 213 del código de procedimiento penal), se inadmitirá.

La Sala, adicionalmente, no advierte violación a derecho fundamental alguno que lleve a la Corte a remediarlo oficiosamente.

DECISION

En consecuencia, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de Gerlein Moyano Tovar.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARON

Aclaración de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ HERMAN GALAN CASTELLANOS

ALFREDO GOMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

ALVARO O PEREZ PINZON JORGE QUINTERO MILANES

YESID RAMIREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACION DE VOTO

Convencida de la coherencia dentro de la cual debe estar enmarcada la interpretación judicial, procedo a consignar los motivos que me llevan a variar mi criterio y asumir junto con la posición mayoritaria de la Sala que en punto de los preceptos que establecen el quantum punitivo exigido por el legislador para acceder al recurso de casación por la vía ordinaria, es preciso en virtud del principio de favorabilidad de la ley procesal con efectos sustanciales, no sólo verificar la norma adjetiva que regía al momento de proferirse el fallo de segundo grado, como era mi posición disidente, sino también la disposición vigente para cuando se cometieron los hechos motivo de investigación e inclusive, cualquiera otra que hubiere regido entre la comisión del delito y el momento de calificar el libelo de casación, siempre que con ello se beneficie el procesado, esto es, se le permita acceder al referido medio impugnatorio por la vía ordinaria, dado que la vía discrecional, como ya reiteradamente se ha dicho, comporta mayores exigencias a fin de conseguir la admisión de la demanda y la consiguiente revisión del fallo atacado por parte de la Sala de Casación Penal.

En efecto, consideraba que en virtud de la alteridad o intersubjetividad del derecho, no existía un derecho al recurso de casación en abstracto, sino por el contrario, que este tenía que ser concreto frente a un supuesto establecido en la ley, que no era otro que el fallo de segunda instancia y que por ello, la regla legal que se ocupara del acceso y condiciones de tal impugnación sólo podía ser la vigente para cuando el ad quem dictara su sentencia y no antes, tanto menos, la que regía en el momento en que se comete el ilícito.

No obstante, una revisión de tal criterio de conformidad con la reiterada posición de la Sala y con recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional³, amén de la nueva

previsión legal sobre favorabilidad de las normas procesales de efecto sustancial, contenida en el inciso del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, me llevan a concluir que, en verdad, también el principio de favorabilidad en pro del sindicado opera respecto de la normatividad anterior al fallo de segundo grado en la medida que le permita acceder al recurso de casación por la vía ordinaria, por las siguientes razones.

Si bien el objeto del recurso extraordinario de casación no lo constituye la conducta del procesado, ni los delitos, ni las decisiones judiciales en general, sino única y exclusivamente las sentencias de segundo grado, incluidas las de primera instancia cuando ello sea viable en virtud del principio de unidad de los fallos, a partir de unos propósitos específicos, unas causales taxativas y unas reglas técnicas puntuales, cuya decisión se adopta en un nuevo fallo en el cual se determina si se casa o no la decisión atacada, un replantamiento del tema de la aplicación favorable de los referidos preceptos, me llevan a concluir que para acceder al recurso extraordinario de casación, también se impone la selección de las normas que en esta materia resulten más favorables al procesado, vigentes para cuando se cometió el delito y hasta cuando se decida sobre la admisibilidad de la demanda de casación, entre las cuales se encuentran, desde luego, aquellas que señalan el quantum punitivo para acceder a dicho recurso por la vía común.

En el asunto objeto de estudio advierto que si bien la Ley 600 de 2000 vigente para cuando el ad quem dictó el fallo de segundo grado (3 de febrero de 2004) no permitía al procesado GERLEIN MOYANO TOVAR acceder a la impugnación extraordinaria por el sendero común, pues el referido delito tiene una sanción que no excede los ocho (8) años de prisión, el artículo 35 de la Ley 81 de 1993 (Diario Oficial No. 41.098 del 2 de noviembre de 1993), según el cual, procedía el recurso extraordinario de casación contra los fallos de segundo grado sancionados con pena privativa de la libertad “cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años”, el cual regía para cuando se cometió el ilícito (primeros meses de 1995), si lo permitía, imponiéndose entonces aplicar este precepto en

virtud del principio de favorabilidad de la ley procesal con efectos sustanciales, como en efecto ocurrió.

En los anteriores términos dejo consignada la aclaración de mi voto, no sin antes expresar que comparto también las consideraciones expuestas en orden a estimar que el censor incurrió en múltiples desaciertos en la presentación formal del libelo los cuales conducían sin duda a su inadmisión y que, además, no se advierten circunstancias que impusieran la intervención oficiosa de la Sala.

Con toda atención,

MARINA PULIDO DE BARÓN

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente expreso que comparto la decisión pero hago estas precisiones:

1. Si de estar a la caza de paternidad de criterios se trata, dígase en honor a la verdad que hace rato la Corte Constitucional sentenció:

“En el caso que aquí se examina, la norma aparentemente podría considerarse de carácter procesal; sin embargo, ello no es así pues de su contenido se deduce una situación desfavorable para los procesados que interpongan la casación, ya que ordena que se aplique a las casaciones que se interpongan a partir de su vigencia sin tener en cuenta el momento en que el hecho delictivo tuvo ocurrencia”⁴.

2. La Sala de Casación Penal de manera uniforme y pacífica había definido que

la ley de casación a tener en cuenta, sobre todo para reunir el requisito de procedibilidad del quántum punitivo, era la vigente al momento de proferirse la sentencia de segundo grado, criterio anclado en el texto del art. 6 cpp-2000:

“Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal...”

3. El anterior postulado también era apoyado por la Corte Constitucional:

“Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos”⁵.

4. Pero sucedió que hubo un cambio legislativo: la ley 906 de 2004 varió ese criterio de “actuación procesal” por el de “hecho delictivo”, para establecer la ley que rige los recursos, específicamente, el extraordinario de casación. Vale decir: ha existido un cambio normativo que le otorga un nuevo perfil a ese postulado para el trámite de la casación que, en ese contexto, se comparte.

Atentamente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

1 Cfr., Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de octubre de 2004, radicado 21108, M.P. Alvaro Pérez Pinzón. En el mismo sentido, sentencia del 8 de julio de 2004, radicado 1500, M.P. Mauro Solarte Portilla.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, auto del 12 de diciembre de 2003, M. P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego. Radicado. 21379. En el mismo sentido, Cfr., providencia del 21 de julio de 2004, radicado 14538, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

3 Por ejemplo fallo T-272/05 del 17 de marzo de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-252 de 28 de febrero de 2001, M. P., Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

5 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-601 de 2001, M. P., Dr., MARCO GERADO MONROY CABRA.