

Proceso No 28330

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA No.193

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007)

VISTOS

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por la defensora de FERNANDO YOVANNY CASTAÑEDA UCHUVO contra la sentencia dictada el 31 de mayo del 2007 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente entre el 24 de agosto de 2005, el señor FERNANDO YOVANNY CASTAÑEDA UCHUVO en su calidad de profesor de música del Gimnasio Pedagógico Carrusel de Colores de la ciudad de Bogotá, manipuló los genitales de la menor M.Z.Y. de 3 años de edad en el salón de clases del curso de prejardin. El 27 siguiente (sábado), la menor manifestó a su tía Sandra Patricia Yopasa Talero su deseo de no regresar al colegio porque la molestaban y la tocaban.

De esta circunstancia fue enterada la madre de la menor, quien se dirigió a la directora del plantel educativo para solicitar las explicaciones del caso, quien resolvió solicitar el

concepto de la psicóloga de la institución, la cual concluyó que decía la verdad.

El 3 de septiembre de 2005, la madre de la menor denunció lo sucedido ante la fiscalía.

El 5 de septiembre un fiscal seccional de Bogotá formuló imputación al indiciado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, agravado por los numerales 2 y 4º del artículo 211 (Id), ante el juez 51 penal municipal con función de control de garantías, y el 22 de septiembre siguiente, presentó escrito de acusación por la misma ilicitud.

La audiencia de formulación de acusación se realizó ante el Juzgado 32 Penal del Circuito con funciones de conocimiento el 20 de octubre.

El 16 de noviembre se efectuó la audiencia preparatoria.

El 14 de marzo del 2006 se adelantó el juicio oral, en el que se anunció que el fallo sería de carácter condenatorio.

El 10 de noviembre se leyó la sentencia. En ella se le impuso al señor CASTAÑEDA UCHUVO la pena principal de 80 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Igualmente se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y se declaró que no se hacía “acreedor a purgar la pena en su domicilio”.

El fallo, apelado por la defensa y el tercero civilmente responsable, fue confirmado integralmente por el Tribunal Superior en la fecha que se dejó indicada.

LA DEMANDA

Con invocación de la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, la defensora

del señor CASTAÑEDA UCHUVO plantea un cargo único acusando la sentencia de segunda instancia por haber incurrido en “desconocimiento de la estructura del proceso, violación directa de la ley sustancial, al no dar aplicación al artículo 448 ibídem, por no estar en consonancia la sentencia condenatoria con los cargos formulados en la audiencia de formulación de acusación, afectando gravemente los derechos y garantías constitucionales y legales del procesado”.

El motivo del disenso lo concreta en dos acápites donde fundamenta las “afectaciones” de dos garantías: del principio de congruencia (artículo 448 de la Ley 906 de 2004) y del principio de controversia como consecuencia del desconocimiento del primero de ellos (artículos 15, 378 y 448 (Id)).

Considera que el derecho al debido proceso fue violado por la sentencia al desconocer el principio de congruencia, como consecuencia de la falta de consonancia entre la “audiencia de formulación de cargos” y la sentencia condenatoria.

Al efecto, precisó que según la denuncia formulada por la madre de la menor, el 27 de agosto de 2005, ésta habría manifestado su intención de no querer volver al colegio, por cuanto “allí la molestaban”. Una vez adelantadas las diligencias preliminares de indagación e investigación se judicializó al señor CASTAÑEDA UCHUVO y en la audiencia de formulación de la acusación, la fiscalía concretó el cargo por el delito de acto sexual con menor de 14 años, agravado.

Igualmente en el alegato de apertura del juicio oral, la fiscalía manifestó su intención de probar la ocurrencia de los hechos para el día 24 de agosto de 2005.

De esta manera la sentencia debía circunscribirse a tales presupuestos fácticos, pero en cambio, las instancias “variaron los hechos jurídicamente relevantes relatados en el escrito de acusación, sorprendiéndose de esa manera a la defensa, que fijó su estrategia en la dirección de controvertir los hechos allí expuestos”.

La defensa se dedicó a comprobar con los testimonios de quienes laboraron el 24 de agosto de 2005, que el condenado tuvo a su cargo la labor de trasladar e instalar unos computadores en el inmueble donde funciona el colegio, sin que nadie hubiera observado que ingresó al salón donde se encontraba la menor. No obstante los juzgadores de instancia decidieron que los hechos ocurrieron entre el 21 y el 27 de agosto de 2005, sin tener en cuenta la fecha establecida por el ente acusador.

Agrega que en el debate oral se comprobó con los testigos “auscultados”, cuáles fueron las actividades programadas por el centro educativo para el 24 de agosto. Igualmente que el procesado no ingresó al referido salón.

Frente al principio de contradicción destaca la importancia para el procesado de conocer en concreto la información recibida por la fiscalía, con el fin de presentar las justificaciones o elementos probatorios que enseñen las actividades desplegadas en el momento de los hechos delictivos, sin que sea posible que los cargos que se debatirán en el juicio oral sean modificados, de acuerdo con el principio de igualdad de armas.

Específicamente insiste en que el juez estaba obligado a resolver la solicitud de condena conforme a la formulación de la acusación “compendiada en el alegato de apertura” de la fiscalía en el juicio oral en donde manifestó que probaría los hechos ocurridos el 24 de agosto de 2005. Sin embargo, la fiscalía en el alegato de cierre señaló que no tenía la seguridad por parte de M.Z.Y. de que exactamente hubieran ocurrido ese día, con lo cual cambió la fecha de ocurrencia de los hechos y quebrantó el principio de controversia, establecido en los artículos 15 y 378 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el de congruencia previsto en el artículo 448 (Id).

CONSIDERACIONES

Como fácilmente se concluye, la demanda no reúne los requisitos mínimos que exige el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal y, por lo tanto, no puede ser aceptada.

En efecto, de entrada se advierte la deficiencia de la técnica casacional en que incurrió la libelista cuando al amparo de la causal segunda prevista en el artículo 181 (Id) agrupa en un mismo cargo un reproche por nulidad de la actuación procesal con la enunciación de otra discrepancia por violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual obviamente debió ser formulado por separado a través de la causal primera y en forma subsidiaria.

Las contradicciones del enunciado son patentes, porque la nulidad por desconocimiento del debido proceso repele la violación indirecta, pues ésta exige un fallo de fondo, en tanto que aquella obliga a retrotraer el trámite al momento procesal en que se haya suscitado la irregularidad sustancial. Además es claro que la invocación a la violación directa de la ley sustantiva queda sin soporte, al ser citada una norma procesal.

Seguidamente acusa a la sentencia de violar el debido proceso, por vulnerar el principio de congruencia, toda vez que aquella no guardaría correspondencia con los hechos presentados por la fiscalía en la formulación de la acusación, concretamente en relación con la fecha de la comisión del delito, lo que a su vez habría implicado el desconocimiento del principio de contradicción, al no permitirle ejercer la defensa frente a los específicos cargos imputados por el ente acusador.

Sobre el particular es del caso recordar que el principio de congruencia garantiza la concordancia entre la formulación de cargos y el fallo, como base esencial del debido proceso y del derecho de defensa en su componente de contradicción, ya que establece el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado a partir del cual la defensa puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes.

No obstante, en el caso que ocupa la atención de la Sala, contrario a lo sostenido por la

casacionista, tales principios se mantuvieron incólumes en la actuación, como quiera que i) de las sentencias proferidas en primera y segunda instancias se desprende con nitidez que los cargos formulados contra el procesado en la acusación (actos sexuales con menor de 14 años agravado por los numerales 2 y 4 del artículo 211 del Código Penal) coinciden con la condena impuesta en la sentencia y ii), si bien la acusación -entendida como un acto complejo compuesto por la presentación del escrito y la formulación respectiva- no fue precisa en señalar la fecha específica de los hechos (evento que sí fue concretado en la audiencia de formulación de la imputación al determinar que fue cometido el 24 de agosto de 2005), presentó con nitidez los aspectos que rodearon la comisión del hecho punible y entregó detalles del momento en que su familia conoció del suceso (27 de agosto de 2005), supuestos todos que fueron estrictamente atendidos por el fallo condenatorio de segunda instancia en los acápites denominados “De la afectación de garantías fundamentales” y “Del conocimiento para condenar”, respetando los límites de la acusación.

Ciertamente el fallador explicó con suficiencia, a partir de la confrontación de la formulación de la imputación, la formulación de la acusación, los elementos materiales de prueba incorporados al expediente y la sentencia de primera instancia, que en el recurso de apelación la defensa del actor interpretó con desacierto los fundamentos de hecho presentados por el A quo, pues lo evidente es que éste no desconoció la fecha en que ocurrieron los hechos (24 de agosto de 2005), ya que su argumentación precisamente se dedicó a desvirtuar la coartada del procesado para ese día además de especificar con mejor claridad el momento en que la víctima comentó lo sucedido con su familia (entre el 21 y el 27 de agosto de 2005), lo cual de manera alguna se traduce en una variación de la situación fáctica o jurídica presentada en la acusación y en la falta de identidad de ellos con la sentencia como pretende volverse a presentar en sede del recurso extraordinario de casación, como si se tratara de una instancia adicional.

Tampoco se violó el principio de contradicción por la manifestación de pretender

probar la ocurrencia de los hechos sucedidos el 24 de agosto de 2005 para luego precisar que no tenía certeza de que hubieran ocurrido exactamente ese día, pues como claramente lo enseña la cita de la demanda es claro que el ente fiscal lanza la segunda afirmación agregando que no puede estar seguro de ello a partir del dicho de M.Z.Y. -la víctima-, lo cual se desprende de las pruebas que valoraron los juzgadores -fundamentalmente del dictamen psicológico- en las que se indicó que dada la corta edad de la menor (3 años) no ostentaba ubicación temporal, sin que ello implique la inexistencia de los hechos.

Además de que evidentemente no es cierta la acusación lanzada en la demanda contra la sentencia en torno a la violación de los principios de congruencia y contradicción, es claro que en el evento de que aquella hubiera estado fundada, tampoco se observa que el libelo pudiera demostrar en concreto la materialización de un agravio para los derechos del procesado, pues no se ocupa de mostrar con seriedad la trascendencia del supuesto yerro en la decisión finalmente adoptada, principio que rige este mecanismo de defensa excepcional.

De otro lado, se observa que más que la adecuada sustentación del cargo, los fundamentos de la demanda tienden a contrastar la valoración de los medios de prueba realizada por los juzgadores, específicamente de los testimonios y el dictamen pericial psicológico, lo cual de manera alguna podía efectuarse a través de la causal segunda de casación (nulidad), pues ello habría correspondido eventualmente a la verificación de un error de hecho por violación indirecta de la ley sustancial, que debía formularse con la especificación clara del falso juicio cometido: existencia, identidad o raciocinio.

En últimas la demanda no pasa de constituir un conjunto de simples e infundadas opiniones que ninguna vocación de prosperidad tienen en casación.

En esta sede, como se sabe, se enjuicia la sentencia por haber sido producto de errores

trascendentes cometidos por los falladores o por haber sido dictada con desconocimiento de la estructura del debido proceso o de la garantía debida a cualquiera de las partes, y no sencillamente porque se hayan compartido o no unas argumentaciones defensivas.

Lo anterior es bastante para reiterar lo afirmado al comienzo de las consideraciones: en la demanda no se perciben los mínimos requisitos legales y por tanto no puede ser asumida para laborar el fondo del asunto.

Como, de otra parte, la Sala no observa flagrantes violaciones de derechos fundamentales, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación, se abstiene de obrar de oficio.

Ahora bien, finalmente es del caso precisar que al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decida no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala en los siguientes términos¹:

(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con fundamento en los cuales la Sala decidió no seleccionar la demanda, o para demostrar por qué no empece las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su facultad para superar sus defectos y decidir de fondo.

(v) Es potestativo del Magistrado disidente o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

(vi) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se selecciona la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es “mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”, se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante,

como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala, si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición”.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensora de FERNANDO YOVANNI CASTAÑEDA UCHUVO contra la sentencia dictada el 31 de mayo del 2007 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y bajo los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, procede la insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Cita medica

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
DE LEMOS

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto del 12 de diciembre de 2005 (radicado 24.322).