

Proceso No 31715

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N°228

Bogotá, D. C., julio veintisiete (27) de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora de Wilson Rodríguez Gálvez, contra la sentencia del Tribunal de Cali que confirmó la del Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, mediante la cual se le condenó como autor del delito de acto sexual abusivo agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- Los primeros fueron tratados en el fallo impugnado de la siguiente manera:

El señor Wilson Rodríguez Gálvez fue denunciado por haber cometido actos sexuales abusivos en contra de la niña (de 11 años de edad) D.T. T. el 18 de agosto de 2007, cuando la madre de ella Aralis Tamayo Perdomo, la envió donde la señora Libia Isabel Salgado esposa del acusado, a llevarle una ensalada; momento que fue aprovechado por Rodríguez Gálvez para amarrarla con los pies, sujetarla, tocarle los senos, besarla y tocarle los glúteos al igual que la vagina. Se mencionó que anteriormente

a esos hechos, la misma persona le había tocado en los glúteos y por consiguiente los comportamientos abusivos, ocurrieron en dos oportunidades.

2.- El 23 de octubre de 2007 en el Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Cali con función de control de garantías, se llevó a cabo la diligencia de legalización de captura, formulación de la imputación, y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

3.- El 31 de marzo de 2008 ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad se realizó la audiencia de formulación de acusación por la conducta punible atribuida en la definición de situación jurídica.

4.- Realizado el juicio oral el 1 de agosto siguiente, ese despacho condenó a Wilson Rodríguez Gálvez a la pena de sesenta y seis (66) meses de prisión, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual, se abstuvo de condenarlo en perjuicios, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado.

5.- La anterior decisión fue apelada por la defensora y el 4 de febrero de 2009 el Tribunal de Cali confirmó la decisión de primera instancia, fallo que fue objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

1.- En el cargo primero acusó la sentencia de violar el debido proceso porque no se realizó con prontitud la audiencia de libertad que solicitó ante el Juzgado 9 Penal Municipal con función de control de garantías, toda vez que la situación de Rodríguez Gálvez se adecuaba a lo normado en el artículo 317 numeral 5º del Código de procedimiento penal. Hizo una enumeración de los principios de respeto a la dignidad

humana, libertad, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, derechos de las víctimas, prevalencia de los tratados internacionales, moralidad, lealtad, contradicción, publicidad, juez natural, doble instancia y cosa juzgada.

Adujo que la función de aquellos servidores es la de garantizar los derechos del imputado, víctima y sociedad en las “audiencias preliminares ante el juicio”, proferir medida de aseguramiento, controlar la legalidad de las actuaciones de la fiscalía, aplicar el principio de celeridad y resolver el interés de las partes para que sus reclamaciones se decidan con rapidez, especialmente las que tengan relación con la libertad. De igual manera, garantizar el acceso a la justicia a los particulares para que no se genere un “caos” en la justicia.

Afirmó que la mora judicial conlleva una violación clara del debido proceso y que sólo se justifica en situaciones imprevisibles que no permitan al juez cumplir con los términos señalados en la ley, razón por la que éstos obligan a las partes e intervinientes de acuerdo con el artículo 228 de la Constitución.

Manifestó que a Rodríguez Gálvez no se le respetó el debido proceso por parte del Juez de control de garantías ante quien se acudió para que protegiera el derecho a la libertad. Anotó que contra los sindicatos de la comisión de delitos sexuales se “está observando” parcialidad y repulsión de parte de las autoridades quienes ejercen sobre ellos “una especie de venganza”, razones por las que concluyó la actuación está viciada y no podía emitirse ningún fallo en su contra.

2.- En el cargo segundo acusó la sentencia de incurrir en error de hecho derivado “de falso razonamiento” y por exclusión de la duda.

Afirmó que el juzgador apreció el testimonio de la menor atendiendo a la naturalidad y espontaneidad con que lo hizo y sin ninguna tacha de contradicción, pero sin tener en cuenta los “elementos constitutivos de la sana crítica”, pues debió asegurar que lo

relatado fuera realizable y enmarcado dentro de la “ejecutabilidad de las acciones” concordantes en el tiempo.

Hizo mención a la forma como la niña dijo ser agarrada por el procesado, es decir, amarrada a los pies con los de aquél, besándola en la boca y tocándole por encima de la ropa su vagina, y estando de pie, lo cual debió impactarle por el susto, sin haber gritado ni tratado de zafarse.

Enuncia que ella siempre aludió a la inverosimilitud de lo dicho por la víctima pues de haber ocurrido así, hubiera ocasionado “el desplome de los sujetos al suelo” pues al habérsele colgado en la forma de “tun tun” necesariamente se habrían caído, argumentos que no fueron tenidos en cuenta.

Pregona que a la niña no se le debe creer cuando dijo que no gritó por temor de que “el señor Wilson” la matara con un cuchillo, palabras que son producto de la mentira y la fantasía. Refirió que las menores en esa edad cuando están “en curso para la adolescencia” son dables a imaginar con su sexualidad.

Afirmó que si los sicólogos y el Ministerio Público se hubieran alejado de la emotividad, aspectos sentimentales y aplicado la sana crítica, se habría esclarecido sin duda que los hechos no pudieron tener ocurrencia de la forma narrada por la menor.

3.- En el cargo tercero afirmó que se incurrió en error en la formulación jurídica de la imputación, la cual no debió ser por actos sexuales abusivos sino por injurias de hecho del artículo 226 del C. Penal, toda vez que los tocamientos de forma pasajera en los lugares íntimos del ser humano y los besos no constituyen acto sexual abusivo, “pero si conllevan a la rabia, la ira, al sentimiento de impotencia de haberse visto manoseado sin consentimiento alguno”, aspecto que es una causal mas de nulidad del proceso.

Por lo anterior, solicita a la Sala casar la sentencia “y en su lugar se decrete la nulidad” y

se dicte el fallo que en derecho corresponda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- El recurso extraordinario de casación entendido como control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segundo grado se halla des-formalizado en lo relativo a las exigencias rigurosas de debida técnica que en el pasado inmediato se demandaban, a las que en el presente no se les debe otorgar tanta preponderancia pues ello implicaría contrariar el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Debe resaltarse que la des-formalización no convierte a la casación penal en una tercera instancia para prolongar en libre discurso los debates dados en las instancias sobre unos presuntos vicios de procedimiento e incursión en error de hecho derivado de falso raciocinio, aspectos que de manera genérica se formularon en la demanda sin que se hubiese demostrado la existencia de la duda probatoria, ni se advierta ningún error in iudicando, ni menoscabo a lo debido procesal como para superar los defectos de la misma en orden a decretar la nulidad ni a proferir un fallo sustitutivo a favor del procesado como fuera la solicitud de la casacionista.

En esta sede extraordinaria a efecto de la prosperidad de los cargos antes que exigencias formales de debida técnica lo que se demandan son requerimientos lógico-jurídicos contundentes en la finalidad de demostrar con efectiva trascendencia sustancial que la declaración de justicia objeto de impugnación, la cual llega a esta sede extraordinaria amparada por el principio de la doble unidad jurídica de decisión, se fundó en errores de hecho o de derecho manifiestos o se profirió al interior de un juicio viciado por irregularidades sustanciales que afectaron la estructura o la garantía del debido proceso o del derecho de defensa, falencias claramente diferenciadas en sus alcances que reclaman el correspondiente control legal o constitucional y los

necesarios correctivos.

2.- En lo que corresponde a los requerimientos lógicos y de conclusión que debe cumplir la demanda con la que se sustenta la impugnación extraordinaria, se ha señalado que si bien el nuevo estatuto procesal no enumeró de manera singular las exigencias que debe cumplir la misma como en efecto y de manera puntual lo hacía el anterior artículo 212, habrá de observarse que de los artículos 183 y 184 de la Ley 906 de 2004 se derivan las siguientes:

- (i) Que se señalen de manera precisa y concisa las causales invocadas.
- (ii) Que se desarrollen los cargos, esto es, que se expresen sus fundamentos o se ofrezca una sustentación mínima. Y,
- (iii).- Que se demuestre que el fallo es necesario para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

Lo anterior porque de correspondencia con lo establecido en el 184 inciso 2°, no será seleccionada la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos:

- (i). Si el demandante carece de interés jurídico.
- (ii). Si prescinde de señalar la causal.
- (iii). Si no desarrolla los cargos de sustentación, y
- (iv). Cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

3.- Las siguientes son las falencias que se advierten en la impugnación presentada por la defensora de Rodríguez Gálvez:

3.1.- Tratándose de una demanda de casación presentada contra una sentencia proferida que corresponda al sistema acusatorio, la Sala ha venido precisando que el censor debe orientar lo acusado en orden a demostrar con trascendencia argumentativa que en el trámite instrumental o en el fallo de segundo grado se consolidaron afectaciones de principios, derechos o garantías fundamentales de incidencia sustancial o procesal, para lo cual habrá de invocar la causal de que se trate para el caso señalándola de manera expresa y singular, e indicando las razones con las cuales estima se ha materializado la modalidad de error o violación, sin olvidar de referirse así sea de manera abreviada pero puntual cuál de los fines consagrados para la casación en los términos del artículo 180 ejusdem amerita necesaria la intervención de la Corte, esto es, si se hace indispensable para lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a ellos, o lo relativo a la unificación de la jurisprudencia.

Como la casación penal es rogativa y por esencia se constituye en un juicio objetivo y lógico-jurídico de confrontación con el que se pretende la ruptura sustancial total o aminorada o la invalidación procesal que se eleva contra las sentencias objeto de control de constitucionalidad y legalidad, resulta de utilidad metodológica que el impugnante acoja los lineamientos dados por la jurisprudencia de la Sala Penal los cuales poseen valor normativo en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, para de esa forma adentrarse en ésta sede extraordinaria en el desarrollo y sustentación de los diferentes motivos de casación consagrados en el artículo 181 ibídem, pautas que como eslabones armónicos se constituyen en un conjunto de directrices orientados a conseguir que el casacionista argumente los objetos de censura de acuerdo con unos dictados mínimos que sean lógicos y coherentes, más no difusos como aquí ha ocurrido.

3.2.- Respecto de los fines de la casación del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, la impugnante no dijo nada acerca de si la demanda estaba orientada a lograr la efectividad

del derecho material, concreción de garantías fundamentales de Rodríguez Gálvez o la necesidad de la unificación de la jurisprudencia, omisión que de por sí daría lugar a la inadmisión de la misma.

No obstante, en el desarrollo de los cargos formuló dos censuras por violación al debido proceso y otra por la vía indirecta enunciando un supuesto error de hecho derivado de falso raciocinio que condujo a la falta de aplicación del in dubio pro reo, de lo cual se puede inferir de manera tácita que el libelo se presentó en orden a lograr la corrección de supuestas falencias de procedimiento y en búsqueda de la efectividad del derecho material, acusaciones sobre las que desde ahora debe decirse, no lograron demostrar la consolidación de vicio alguno ni la materialización de la duda probatoria.

3.3.- De las impugnaciones de nulidad.-

En el cargo tercero, advierte la Sala que la libelista desconoció el postulado de prioridad en el método general de presentación de los errores acusados al haber planteado ese reparo de último y subsidiario.

Al respecto se debe recordar, que el orden de formulación de las censuras por falencias in procedendo en la demanda de casación está regulado por el postulado de prioridad, el cual en su método indica que ante el evento de ser plurales, deberá tenerse en cuenta la mayor incidencia procesal que pueda llegar a tener la prosperidad de alguno de ellos, aspecto que se verifica en concreto atendiendo al resultado de corrección e invalidación que el mismo como realidad pudiese llegar a producir.

En esa medida, los reparos que en forma inicial debe formularse en casación penal son los de nulidad y si fueren varios en su orden deberán presentarse empezando por el que pueda llegar a producir el mayor efecto de invalidez, lo anterior habida razón que si alguno se llegase a demostrar y a decretar, el correlativo efecto será retrotraer la actuación para realizar las enmendaciones del caso, imponiéndose en todo evento al

impugnante especificar los alcances de invalidación que se propone respecto de cada una de las censuras de nulidad formuladas.

3.4.- En los cargos primero y tercero no tuvo en cuenta que en los precedentes jurisprudenciales de la Sala, los que tienen valor normativo, se ha establecido que las propuestas y demostración de las nulidades en esta sede extraordinaria no están exentas del cumplimiento de unos requerimientos básicos que posibiliten a la Corte abordar el estudio dogmático, jurídico y sustancial de una sentencia o de una actuación en particular, con unos márgenes de movilidad desde luego relativos, de manera que la rigidez de la instrumentación de las formas no haga negación de la posibilidad de reajustar los extremos estructurales del proceso o la actuación de los jueces a la debida legalidad sin que este medio extraordinario de censura se desnaturalice ni despoje de sus esencias que lo caracterizan ni de su finalidad.

Con lo anterior se significa que en la formulación y demostración de falencias in procedendo en casación penal, no se puede omitir el cumplimiento de los requisitos insístase lógico-trascendentes que identifican a la impugnación extraordinaria en general, de manera que en tratándose de la causal segunda de la Ley 906 de 2004 el casacionista no está relevado de esas observancias, en el entendido que este recurso a pesar de estar des-formalizado no es de libre ni abierta formulación ni permite una amplitud sin límites como para que la Sala proceda a cubrir las falencias de lo enjuiciado o a enmendar los desaciertos de la argumentación.

Por consiguiente, en la formulación de nulidades a partir de los principios que normativamente las regulan, corresponde al censor identificar la actuación en la que se contrae la vulneración de las garantías fundamentales de estructura o garantía, precisando el momento a partir del cual se hace necesario decretar la invalidez retrocediendo la actuación para de esa manera restablecer la debida legalidad del proceso.

Además, le corresponde detenerse en la trascendencia directa que el error in procedendo refleja o se recoge en el fallo y ocuparse de argumentar demostrativamente que de no haberse consolidado la irregularidad denunciada, el desarrollo de la actuación habría sido otro y de contera distintos los extremos de lo resuelto, pues sólo así se torna dable demostrar que lo indebido procesal con proyecciones de irregularidad sustancial denunciada únicamente se puede enmendar a través del remedio garantista de la nulidad.

3.5.- En el cargo primero acusó la sentencia de estar viciada porque no se realizó con prontitud la audiencia que solicitó ante el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cali para que definiera lo relativo a la libertad de Rodríguez Gálvez toda vez que su situación se adecuaba a lo establecido en el artículo 317 numeral 5º de la Ley 906 de 2004.

Revisada la actuación se advierte que ese despacho judicial, recibió la petición el día viernes 16 de mayo de 2008, laboró el sábado 17 siguiente en el turno de las 12:00 p.m. hasta las 8:00 p.m., se reintegró el día 20 de ese mes fecha, y fijó fecha para la realización de aquella diligencia el 17 de junio de ese año, la cual no se pudo llevar a cabo por la no comparecencia de la Fiscalía y se señaló para el 4 de julio, cuando se determinó la ausencia de procedencia, toda vez que el juicio oral se llevó a cabo el 21 de mayo.

En el expediente se observa que el escrito de acusación se presentó el 21 de noviembre de 2007, la audiencia de formulación de cargos se efectuó el 31 de marzo de 2008 y el juicio oral el 21 de mayo siguiente, de donde se infiere sin dificultad que la causal de libertad del numeral 5º del artículo 317 ejusdem modificado por el artículo 29 de la Ley 1142 de 2007 por haber transcurrido noventa (90) días ininterrumpidos¹

desde la fecha de presentación del escrito de acusación y sin que se hubiese dado inicio a la audiencia del juicio oral, se había cumplido el 19 de febrero de 2008, es decir, antes

de la solicitud que radicó la defensora el 15 de mayo de esa anualidad.

Si bien es cierto el Juez Noveno Penal Municipal con funciones de control de garantías, al advertir que se trataba de la protección de un derecho fundamental, pudo perfectamente realizar la audiencia el 20 de mayo, esto es, un día antes de la audiencia de juzgamiento y conceder la libertad al aquí procesado porque los términos de acuerdo con la normativa en cita se encontraban vencidos, pero la circunstancia de la no práctica en esa fecha y haberse diferido para el 17 de junio y desarrollado de manera efectiva el 4 de julio cuando se negó aquel derecho porque el juicio oral ya se había dado el 21 de mayo, no se constituye en factor de invalidez de todo lo actuado a partir de ese momento con potencialidad de retrotraer hasta dicho estadio para rehacer todo y empezar de nuevo, ni de nulidad de los fallos de instancia.

La falencia puesta de presente desde luego, se presentó e impidió que Rodríguez Gálvez gozara de manera provisional de la libertad, pero no dejaba sin vigencia la medida de aseguramiento ni la formulación de acusación dadas en su contra, ni se constituía en obstáculo preclusivo para impedir el seguimiento del juicio oral, ni el proferimiento de las sentencias de primero y segundo grado, razones más que suficientes por las que se inadmite la censura.

3.6.- En el cargo tercero acusó al fallo de segunda instancia de haberse dictado en un juicio viciado “por errónea formulación jurídica de la imputación” pues a su criterio los cargos atribuidos por la Fiscalía no debieron darse por actos sexuales abusivos sino por injurias de hecho de acuerdo con el artículo 226 del C. Penal.

Al respecto, olvidó la impugnante que en tratándose de una censura por esa modalidad, esto es, por falencias en la calificación que implican la variación del nombre genérico de la infracción, la impugnación debe plantearse bajo los alcances de la causal tercera en la Ley 600 de 2000 y segunda en la Ley 906 de 2004, es decir por afectaciones al

debido proceso, pero la sustentación y desarrollos de acuerdo con las pautas metodológicas de la causal primera².

En sentido contrario, en los eventos en que el error no involucre el nombre genérico de la conducta punible sino el específico, la impugnación habrá de formularse, objetivarse y demostrarse bajo los alcances de la causal primera por violación directa por tratarse de una discusión que tiene lugar en estricto derecho, o por la vía indirecta por falencias en la apreciación de medios de prueba, en cuyo evento se impone poner de presente los errores de hecho o de derecho con las correlativas trascendencias.

La casacionista no cumplió ninguna de esas exigencias, y desde su particular visión se limitó a plantear que los tocamientos de forma pasajera en los lugares íntimos de una persona no constituyen acto sexual abusivo y no vulneraron el bien jurídico tutelado correspondiente y se adecuan al comportamiento de injuria de hecho del artículo 226 ejusdem, dejando de esa manera la censura en una enunciación y carente de evidencias.

Desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial no se advierte que el comportamiento desplegado por Rodríguez Gálvez corresponda a la conducta punible en cita, ni que se den los soportes fácticos para aplicar la línea jurisprudencial trazada a partir de la sentencia del 26 de octubre de 2006 (Radicado 25.743).

En efecto, en el asunto de que se ocupó el precedente que viene de citarse la Corte caso de oficio la sentencia de quien fue condenado por el delito de acto sexual violento, y en lugar declaró la nulidad de lo actuado al concluir que no se trataba de ese comportamiento sino el de injuria por vías de hecho, de acuerdo con las siguientes conclusiones:

Sostuvo que (i) no hubo violencia porque el procesado no desplegó ninguna fuerza física o moral dirigida a extinguir o a reducir la capacidad defensiva de la señorita, (ii) Si no hubo violencia, mal se puede hablar de nexo causal entre ella y la afectación sexual, (iii) El ataque fue fugaz, tan fugaz, que es imposible hablar de agresión sexual pues de cara al

bien jurídico protegido es esencial una mínima permanencia, que no la hubo en éste caso, (iv) El comportamiento fue sorpresivo, sin violencia, (v) entre la dama y el procesado no hubo correspondencia corporal alguna, por lo que es imposible afirmar existencia de acto sexual, y (vi) la conducta del procesado, tal como fue imputada, no fue apta para excitar o satisfacer su lujuria y/o la de la víctima³.

El agravio de que se ocupa el artículo 226, como se desprende de su propia estructura, implica en sus contenidos materiales unas vías de hecho, es decir, un comportamiento de procacidad orientado a la ofensa injuriosa de una persona, el cual se materializa no a través de la voz, ni la palabra hablada o escrita en la forma como se recoge en el artículo 220 ejusdem, sino mediante una acción externa la que como fenómeno se puede evidenciar de diversas maneras, y desde luego comportan una finalidad y resultados infamantes.

Por el contrario, en los actos sexuales con menor de catorce años del artículo 209, inciso 1º, la conducta en sus fases objetiva y subjetiva, se dirigen de una parte, a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles abusivas que se tornan invasivas de las partes íntimas del otro, quien en todo caso se trata de una persona no capaz cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación dada esa minoría de edad y quien carece de una cabal conciencia acerca de sus actos, y se consuman mediante la relación corporal, exterioridades que fueron desplegadas por el aquí procesado, razones suficientes por las que se inadmite lo así demandado.

3.7.- En el cargo segundo acusó a los jueces de incurrir en error de hecho “por falso razonamiento y exclusión de la duda”, impugnación en la que en libre discurso cuestionó la credibilidad que se otorgó al testimonio de la menor víctima, el cual calificó de carente de claridad, espontaneidad, nada convincente por contrariar la realidad, fantasioso y

proclive a la mentira.

Adujo que si los sicólogos y el Ministerio Público hubieran analizado y confrontado lo dicho por ella y aplicado la sana crítica “se habría esclarecido la duda” pues los hechos no pudieron tener ocurrencia de la forma en que los manifestó.

Uno de los principios regentes de la casación penal es el de trascendencia, el cual siempre y cualquiera fuere la causal elegida, obliga al censor a desarrollar no un alegato sin medida, sino a ocuparse en la elaboración de un verdadero juicio lógico-jurídico concluyente, demostrando los errores en los que se ha incurrido en la sentencia impugnada, enjuiciamiento desde luego discursivo que no es de libre formulación, pues en sus desarrollos y fundamentos debe abstenerse de plasmar sus particulares criterios de apreciación de los hechos o de las pruebas como si fuera un memorial de instancia en ligera contraposición a como se hiciera por el Tribunal, pues de forma reiterada se ha dicho por esta Sala que la casación penal no es una tercera instancia.

Desde la perspectiva de las exigencias lógico-jurídicas, contundentes y sustanciales en orden a romper en forma total o parcial lo resuelto en las instancias, debe insistirse que las impugnaciones que en casación penal se efectúen por la modalidad del error de hecho por falso raciocinio, el cual se materializa por la violación que efectúan los juzgadores a los postulados de la sana crítica, no pueden quedarse en el plano de lo enunciativo como en ésta censura ha ocurrido.

La sana crítica conforme a rigores conceptuales se identifica en sus contenidos materiales con los ejercicios de verificabilidad por los que transita el conocimiento en su camino hacia la aprehensión de la verdad no absoluta sino concreta y singular, sendero en el que los juzgadores deberán ser respetuosos de las máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia que al ser correctamente aplicadas permiten efectuar inferencias acertadas, llegar a conclusiones veraces de contera correctas y otorgar

credibilidad a los indistintos medios de convicción habida razón de la verosimilitud de los mismos.

Tratándose de esta clase de acusación, corresponde al casacionista no quedarse en meras afirmaciones pregonando genéricamente que los jueces no aplicaron la sana crítica al testimonio de la menor del cual tan sólo se ocupó de adjetivarlo con depreciaciones, sino que además corresponde adentrarse en puntualizar si el desconocimiento estuvo dado en máximas de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia, y ocuparse de la incidencia de dichos errores en las dispositivas de lo fallado, demostrando que de no haber ocurrido dichas falencias valorativas otro habría sido o podido ser el sentido de lo sustancialmente decidido, aspectos estos que omitió la casacionista quien para el caso debía ocuparse de evidenciar el in dubio pro reo en orden a su aplicación, aspectos que en un todo olvidó pues ese instituto expresión de la presunción de inocencia de manera escasa fue mencionado. Y,

4.- No puede la Sala superar las deficiencias ni corregir las imprecisiones de la demanda, luego se ve avocada a inadmitirla de conformidad con lo dispuesto por el artículo 184, inciso 2°, de la ley 906 de 2004 y, además, porque no encuentra afectación de derechos o garantías fundamentales o falencias de legalidad de la pena ni de otro tenor que justifiquen salvar tales obstáculos, según autorización del inciso 3° de la misma normativa, en concordancia con el artículo 180 ibídem.

5.- La declaratoria de inadmisibilidad anunciada tan sólo admite el “recurso de insistencia presentado por alguno de los Magistrados de la Sala o por el Ministerio Público”, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 ejusdem.

En el citado ordenamiento procesal no fue incluida la manera concreta de utilizar dicho instituto, razón por la cual la Sala, previa definición de su naturaleza, se vio impelida a establecer las reglas que habrán de seguirse, en los siguientes términos:

5.1.- La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por medio de la cual la Corte decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que reconsidere lo decidido. También podrá ser propuesto oficiosamente por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso de casación no haya sido interpuesto por un Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

5.2.- La solicitud se puede presentar ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

5.3.- Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates 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 en un plazo de quince (15) días.

5.4.- 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 de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

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

RESUELVE:

1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensora de Wilson Rodríguez Gálvez.

2.- Advertir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados atrás por la Sala.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS
QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 “En suma, advierte la Corte que la distinción realizada por el legislador en los numerales 4º y 5º del artículo 317 de la Ley 906 de 2004 modificados por el artículo 30 de la Ley 1142 de 2007 no responde a criterios razonables y objetivos y quebranta el derecho de igualdad de las personas, circunstancia que impone en virtud del artículo 4º de la Carta Política dar prevalencia a su artículo 13 y por ello, entender que la contabilización “en forma ininterrumpida” de los términos previstos en el citado numeral 4º del artículo 317, también se hace extensiva a los tiempos establecidos en el numeral 5º del mismo precepto”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009. Rad. 30.363.

2 “Cuando en casación se plantea un ataque por indebida calificación jurídica de la conducta, si la correcta presupone la variación del nomen iuris genérico que presidió la imputación, debe plantear la censura dentro del marco de la causal tercera, por desconocimiento del debido proceso, pero desarrollarla siguiendo los lineamientos técnicos propios de la causal primera”.

“Hipótesis en la cual debió cumplir al menos con “las siguientes exigencias: (i) exponer las razones por las cuales el tipo penal seleccionado no es el llamado a regular el caso, (ii) señalar la norma que recoge típicamente la conducta investigada, (iii) expresar las razones por las cuales la calificación correcta es la que el actor propone, y (iv) indicar la manera clara y precisa los errores de orden jurídico o de carácter probatorio que viciaron el proceso de subsunción” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de septiembre de 2007. Rad. 22.785.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Rad. 30.305