

Proceso No 31795

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

YESID RAMÍREZ BASTIDAS y

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta N° 295

Bogotá, miércoles, dieciséis (16) de septiembre de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Oscar Germán Gutiérrez León contra la sentencia proferida el 22 de enero de 2009 por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual lo condenó a las penas de prisión de 180 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al encontrarlo autor responsable de las conductas punibles de tortura, actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con incesto (Código Penal, artículos 178, 209, 211-4 y 237).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los primeros fueron descritos en el fallo impugnado en los siguientes términos:

El 14 de junio de 2005 Josefa Fonseca Guevara se enteró de los vejámenes sexuales a que era sometido su hijo menor los fines de semana cuando lo llevaba a su lugar de

residencia su padre Oscar Germán Gutiérrez León.

Se puso también en conocimiento de las autoridades que el menor fue sometido por su padre a tratos físicos y síquicos crueles y degradantes. Informó además la denunciante que el procesado efectuaba tocamientos en los genitales del menor, introducía elementos por su aparato excretor, le frotaba el órgano viril sobre los glúteos, así mismo se indicó que el enjuiciado obligaba al menor a orinar sentado, lo vestía como mujer, le tildaba de bruto y tonto, le hacía comentarios como el de “mejor hubiese sido mujer” y lo llamaba “Susanita la mariquita”.

2. Cumplidas las diligencias investigativas se realizaron las audiencias preliminares ante el juez de garantías y, una vez presentado el escrito de acusación, el 26 de diciembre de 2006 se adelantó la audiencia de acusación ante el Juzgado 5° Penal del Circuito Especializado de Bogotá, oportunidad en la que se elevaron cargos contra Oscar Germán Gutiérrez León por los delitos de tortura, acto sexual violento e incesto (Código Penal, artículos 178, 206, concordado con el 211-2-4, y 237).

3. El juzgado de primera instancia el 14 de enero de 2008 profirió sentencia condenatoria contra el procesado por el punible de acto sexual con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con incesto (Código Penal, artículos 209, 211-4 y 237) y le impuso 7 años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Lo absolvió del punible de tortura.

4. La anterior decisión fue apelada:

— Por la defensa del procesado: solicitó revocar la sentencia impugnada y en su lugar absolver porque los hechos quedaron en entre dicho.

— Por el Fiscal: reclamó revocar la providencia objeto del recurso de alzada y en su lugar condenar al procesado por el delito imputado por la Fiscalía con los agravantes

previstos en el artículo 211-2 y 4 del C.P. y por tortura.

— Víctima: solicitó aumentar el monto de la indemnización decretada.

5. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 22 de enero de 2009, revocó parcialmente la sentencia del a quo y dispuso condenar a Oscar Germán Gutiérrez León a la pena principal de 180 meses de prisión como autor responsable de los delitos de tortura, actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con incesto (Código Penal, artículos 178, 209, 211-4 y 237).

6. Contra la sentencia del ad quem se propuso por la defensa el recurso de casación y la Sala con el propósito de desarrollar la jurisprudencia la admitió.

LA DEMANDA:

La demanda contiene los siguientes cargos:

PRINCIPALES:

PRIMERO: Con sustento en la causal 2ª del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, se reclama la nulidad del proceso por desconocimiento de su estructura al vulnerarse la regla de congruencia que debe existir entre el escrito de acusación y la sentencia.

Aduce que en el escrito de acusación se invocó el punible de acto sexual violento y las instancias condenaron por el delito de acto sexual violento con menor de 14 años.

Solicita casar la sentencia y proferir fallo absolutorio.

SEGUNDO: Al amparo de la causal 3ª se alega una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de falso juicio de existencia, por haber incurrido la instancia

en manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba que ha servido de fundamento de la sentencia.

Consideró que no se valoró el dictamen pericial rendido por el médico psiquiatra José Gregorio Mesa Azuero, especialmente en lo que tiene que ver con las respuestas dadas durante el contrainterrogatorio formulado por la Fiscalía y el interrogatorio del Ministerio Público.

Expresó que de haber sido valorado el testimonio del profesional citado se estaría ante una incertidumbre insalvable que conduciría a hacer prevalecer el principio del in dubio pro reo.

TERCERO: Con fundamento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, demanda la sentencia del Tribunal por haber sido emitida en circunstancias de “violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio”.

Cuestiona que el ad quem basó su fallo en la declaración de la sexóloga Martha Agudelo Yepes, porque existe una contradicción entre lo denunciado inicialmente y lo que arrojó el proceso a través de las pruebas practicadas en el juicio oral. Explicó que las reglas de la experiencia indican que a los niños se les dice “no meta” o “no lo meta”, los pies manos, etc., de modo que no es de recibo la utilización del verbo “poner”, como lo utilizó la Corporación de segunda instancia al describir los hechos.

Reclama que se revoque lo resuelto por el Tribunal y se dicte fallo absolutorio.

CARGO SUBSIDIARIO:

A partir del numeral 1º del artículo 181 de la ley procesal alega una violación directa de la ley penal sustancial por aplicación indebida de los artículos 178 del Código Penal, y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Luego de citar lo dicho por el ad quem concluyó que se vulneró el principio de tipicidad porque los hechos imputados al procesado no corresponden a la descripción típica prevista en la ley penal colombiana. Destacó que comparado el estándar internacional frente a las previsiones legislativas internas de Colombia, aquél contiene mayores elementos configuradores de la tortura, razón por la cual no es factible hacer la remisión normativa.

Dijo que el error es de tal magnitud que de no haberse incurrido en él se habría proferido fallo absolutorio, porque el tipo penal colombiano de tortura no prevé el supuesto de aplicar sobre una persona métodos tendientes a anular su personalidad.

Por este cargo solicitó casar el fallo de segunda instancia y confirmar la absolución que impartió el a quo por el delito de tortura.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA:

1. Recurrente: Se ratifica en los cargos elevados contra la sentencia y solicita que se case el fallo de instancia.

2. No recurrentes:

(i). Fiscal Delegado: Solicitó que se declare la improsperidad de los cargos invocados.

Respecto del cargo primero resaltó que los tipos penales de acceso carnal violento y acto sexual con menor de 14 años hacen parte del mismo título y, en tanto la regla de correspondencia entre la acusación y la sentencia no exigen una armonía perfecta, se debe concluir que no se vulneró el principio de congruencia.

En relación con los cargos segundo y tercero expresó que las valoraciones probatorias de

las instancias fueron correctas, que la prueba aportada destruyó cualquier duda sobre la responsabilidad del acusado y que el ataque no tiene la trascendencia necesaria como para destruir lo resuelto por el Tribunal.

Acerca del cargo subsidiario concluyó que los hechos materia de acusación y que tienen que ver con el delito de tortura tienen previsión típica en el inciso segundo del artículo 178 del Código Penal.

(ii). Procuradora Delegada: Señaló que los cargos segundo y tercero no superan las exigencias mínimas exigidas para los fines de la casación, por lo que se concentró en los cargos atinentes a la congruencia y la ilegalidad por aplicación del tipo de tortura.

Expresó que sí se violó el principio de congruencia porque el procesado fue acusado por el delito denominado acto sexual violento y resultó condenado por acto sexual con menor de 14 años, sin que la fiscalía hubiese solicitado cambio en el tipo penal materia de juzgamiento. Recordó jurisprudencia reciente de la Sala y concluyó que el juez no está facultado para modificar la acusación y condenar por delito diferente al indicado por la Fiscalía.

Enseguida presentó un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre los tipos descritos en los artículos 206 y 209 del Código Penal, y manifestó que es posible condenar por acto sexual violento teniendo como víctima a un menor de 14 años.

Solicitó a la Corte que se case oficiosa y parcialmente para que se anule el fallo demandado y se ordene a las instancias ajustar la condena de acuerdo con los hechos probados y se evite la impunidad.

En relación con el cargo subsidiario indicó que el tipo penal de la tortura previsto en la legislación nacional fue consagrado con acato de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, de donde concluyó que acciones dirigidas a anular la personalidad de

la víctima se incorporan en el precepto punitivo vigente.

Advirtió que en los términos de la sentencia C-587/92 y dado que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se incorporan al bloque de constitucionalidad, situación en la que se encuentran los convenios internacionales referidos a la tortura, resulta legítimo invocar dichas normas.

Reclamó la improsperidad del cargo.

(iii). Representante de las víctimas: Solicitó que no se acepten las súplicas de la demanda y que por tanto no se case el fallo.

Respecto del cargo primero dijo que las instancias procedieron con criterios de justicia material al condenar al procesado por un delito diferente al indicado en la acusación, pero en la medida que con ello no se sorprendió a la defensa ni se vulneró la regla de contradicción, el cargo propuesto y la nulidad solicitada no deben ser aceptados.

Enseguida planteó que las acciones dirigidas a anular la personalidad del menor son constitutivas del delito de tortura, de modo que resulta inadmisibile el reparo aducido por el casacionista.

Y sobre los cargos segundo y tercero, que hacen referencia a un falso juicio de existencia y falso raciocinio, expresó que la prueba sí fue valorada debidamente por los jueces de instancia y que los reparos planteados en la demanda no revisten la trascendencia suficiente como para derrumbar lo resuelto en la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La casación se concibe como un recurso extraordinario y como un medio de control jurisdiccional de la constitucionalidad y de la legalidad de los fallos, que en los

términos del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

Al seguir siendo un recurso se puede interponer para controvertir la sentencia de segundo grado antes que alcance ejecutoria material; y, la connotación de extraordinario la da el hecho de surtirse por fuera de las instancias en tanto no plantea una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en ellas sino un juicio de valor contra la sentencia que puso fin al proceso, esencialmente, por haberse proferido con violación de garantías fundamentales, materializado a través de una demanda que no es de libre elaboración porque debe ceñirse a unos parámetros lógicos mínimos, a causales taxativas y sólo procede contra sentencias de segundo grado.

En la Ley 906 de 2004, para hacerlo funcional a la nueva dinámica procesal, se le perfiló a la manera del certiorari del derecho angloamericano y del amparo mexicano fundamentalmente para la garantía de derechos esenciales de partes e intervinientes y la unificación de la jurisprudencia, con un trámite de sustentación y decisión en audiencia, un recurso de insistencia, el deber de la Corte de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo “atendiendo los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada” (artículo 184, inc. 3), además de una gran flexibilidad en relación con la llamada técnica para hacer del recurso algo más afín con el Estado de Derecho en su expresión máxima de Estado Constitucional de Derecho.

La casación como medio de control constitucional y legal implica para la Corte Suprema de Justicia la tarea de verificar que las sentencias de segunda instancia se ajusten a la normatividad constitucional especialmente en lo referente al respeto de los derechos fundamentales garantizados a cada uno de los intervinientes, y que los fallos de los jueces se ciñan a la legalidad estricta.

Esa función restaurativa del ordenamiento jurídico la ejerce la Corte, no sólo desde la perspectiva del entendimiento clásico de la función nomofiláctica (nomofilachia) de la casación, sino y, sobre todo, en torno a la protección por vía de casación del ius constitutionis o del ius litigatoris, imperativos que definen la procedencia de la casación tanto en protección de la ley (nomofiláctica y unificadora), como de los derechos del litigante (ius litigatoris) y del orden justo que garantiza la Constitución¹.

En cumplimiento de tales propósitos, cuando la Corte admite una demanda de casación se ha de entender que cualquier defecto atribuible a la misma ha sido superado, lo cual implica que las partes e intervinientes no están legitimadas para cuestionar los aspectos formales del libelo, de modo que en el momento de la sustentación del recurso deben centrar sus propuestas en la forma como se debe resolver de fondo el asunto, con la facultad del recurrente de ampliar, complementar, explicar los argumentos ya vertidos en la demanda, y de los no recurrentes de contradecir o avalorar esa fundamentación, en todo o en parte, pero sin que sea posible escoger cuál cargo y cuál no para abstenerse de referirse en su intervención a él, como desde hace mucho tiempo lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte.

2. Los problemas jurídicos que deben ser resueltos en el presente asunto tienen que ver con (i) el principio de congruencia, (ii) las cuestiones probatorias referidas al error de hecho por falso juicio de existencia y al falso raciocinio, y (iii) los hechos que pueden tipificar el delito de tortura.

Para dar respuesta a lo anterior en primer lugar se disertará sobre los criterios jurisprudenciales vigentes sobre la congruencia exigida entre acusación y condena; se examinará la jurisprudencia vigente sobre dictámenes periciales y los indicios y las máximas de la experiencia; enseguida se determinarán los alcances del tipo de tortura; y, finalmente, se enfrentará el caso concreto resolviendo en su orden los cargos propuestos.

3. El principio de congruencia:

3.1. La Corte² tiene dicho que en materia penal la congruencia consiste en la adecuada relación de conformidad (i) personal, (ii) fáctica y (iii) jurídica que debe existir entre la resolución de acusación, la intervención fiscal en la audiencia de juzgamiento, el sentido del fallo y la sentencia, siendo la acusación el marco referente, principio que ha sido objeto de diferentes avances y precisiones por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Con motivo del Acto Legislativo 3 de 2002 y los desarrollos legales del mismo, la congruencia ha pasado a ocupar lugar destacado en la casuística que se deriva de la aplicación del Sistema Acusatorio colombiano.

La legislación procesal que implementa el sistema en mención, señala en su artículo 448 que

el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

3.2. El principio de congruencia aparece en el ordenamiento jurídico colombiano como una barrera en contra de la arbitrariedad y límite a las facultades que se otorgan a los administradores de justicia cuando deben resolver un asunto penal; irradia su efectividad al impedir que una persona pueda ser acusada por unos hechos y delitos, y termine condenada por sucesos o conductas punibles diferentes.

En el proceso penal se es imputado o acusado a partir de la actividad que despliega la Fiscalía ante los jueces y no por obra del querellante o denunciante, lo que supone la existencia de controles jurisdiccionales sobre la imputación y la acusación. Muy diferente es lo que ocurre en el proceso civil, por ejemplo, pues la cualidad de demandado la adquiere, sin más, quien diga el actor en su demanda. A diferencia del proceso civil, donde la acción se ejercita en el escrito de demanda y se fija en ella, suministrándole al juez el presupuesto para que pueda actuar con base al aforismo *nemo iudex sine actore*, la

acción penal tiene unas peculiaridades propias, pues se caracteriza por su desarrollo y reconocimiento «escalonado»³.

La virtualidad de estos «escalones» consiste en que desde meras sospechas se puede llegar a la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que permiten hacer una imputación, la cual tiene que depurarse hasta la acusación, pues en caso de mostrarse infundada se le cierra el paso de forma que el proceso no debe continuar, y lo procedente es petitionar la preclusión de la investigación.

Afirmar que la acción penal es técnicamente un *ius ut procedatur* o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación. Precisamente por esta razón la acción penal, a diferencia de la civil, se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.

3.3. En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 *ibídem*), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.

El escrito de acusación se adopta atendiendo a la probabilidad de que el hecho o hechos configuradores de la notitia criminis puedan ser atribuidos penalmente a una persona. Es decir, la adquisición de la categoría de acusado se reconoce a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, una conducta punible. Para devenir formalmente en acusado no basta con ser sospechoso sino que se requiere un estudio y valoración de los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida por parte de la Fiscalía, para así señalar en el escrito de acusación a una persona como probable responsable de la conducta delictiva (art. 336 ib.). La principal función del escrito consiste en evitar acusaciones sorpresivas de forma que delimita el ámbito subjetivo de la acusación en un doble sentido, porque sólo podrá solicitarse condena en el juicio oral a quien haya sido previamente acusado y, por exclusión, garantiza al acusado que solamente podrá ser declarado responsable de los delitos que correspondan a los hechos delimitados en el escrito de acusación.

Otros peldaños del proceso lo son las audiencias de acusación, preparatoria y del juicio oral. El último de los pasos es un momento clave en la estructura del proceso, pues consiste en la decisión jurisdiccional que pone fin a la actuación: la sentencia. En ella se analiza y decide si el iter procesal debe concluir con condena o absolucón. En definitiva, llegados a este instante del proceso tiene lugar la resolución específica sobre la acción penal, con la que se realiza la última revisión por parte de los jueces sobre la acusación, debiéndose rechazar en todo caso las acusaciones infundadas o sorpresivas.

3.4. Toda esta serie de controles impone que la decisión judicial de apertura del juicio oral ha de venir precedida de una exhaustiva inspección sobre la seriedad y verosimilitud de la acusación que se ejercita, debiendo el juez verificar que el debate en el juicio oral se limite a los aspectos fácticos de la acusación y que estos se concretan en lo que jurídicamente se argumente hasta el alegato final. Con ello el juez extrema las medidas sobre la acusación pues la congruencia entre la acusación y la sentencia constituye una

garantía del debido proceso que se debe salvaguardar a toda persona.

Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de *factum* y de *iure* le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación⁴.

3.5. La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos

narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad.

El incumplimiento de tal obligación por parte de los delegados fiscales implica desatender de manera grave una carga procesal, y, en virtud de las reglas propias del garantismo penal, dejar a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo, pues en lugar de condenar por todos los delitos y con todas las agravantes, éstos se verán obligados a proferir la sentencia en los precarios términos en los que aparezca elevada la acusación. Esto es así porque el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (*nemo iudex sine actore*), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su existencia y ulterior desarrollo del proceso.

3.6. Lo expuesto permite reiterar, sin que exista duda, que el principio de congruencia constituye un elemento consustancial al debido proceso y eficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa. En cuanto a lo primero porque hace parte de la estructura del proceso y en cuanto a lo segundo porque permite que la defensa determine la estrategia que debe desplegar en busca del resultado que más le favorezca.

Es que uno de los fines esenciales del Estado, como ha quedado dicho, es el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan cuando una vez se comunica al indiciado la imputación, ora que la acepta o la debata en el juicio, se le condena por otros delitos o nuevas circunstancias -de hecho y/o de derecho- que agrava la penalidad con el pretexto de constituir un elemento objetivo irrefutable que se advierte implícitamente y que por lo mismo se debe entender conocido desde un comienzo por el imputado o el acusado, según sea el caso⁵.

3.7. Las anteriores consideraciones dogmáticas han llevado a que la Sala determine que es posible condenar por delito distinto al acusado siempre y cuando, de manera concurrente y necesaria, se respeten las siguientes reglas⁶:

- a). Es forzoso que la Fiscalía así lo solicite de manera expresa. Si la Fiscalía no hace afirmación motivada, clara e inequívoca dirigida a que se condene por delito diferente al indicado en la acusación -declaración que puede hacerse hasta el momento en que se presenta el alegato de cierre del juicio oral⁷-, el juez no está autorizado a emitir condena por delito diferente;
- b). La nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género⁸. Por ejemplo, si la acusación se presentó por un delito doloso se podrá condenar en la modalidad culposa;
- c). El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad, de manera que resulta inaceptable una variación que se realice para empeorar la situación del acusado, a menos de las modulaciones que adelante se consagran;
- d). La tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, de modo que, verbi gracia, si se acusó por acceso carnal violento no se podrá condenar por un abuso sexual desprovisto de rudeza o fuerza; y,
- e). No debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

3.8. El desconocimiento del principio de congruencia puede motivar a las partes e intervinientes a promover el recurso extraordinario de casación previsto en la Ley 906 del 2004, el cual sigue los mismos lineamientos reglados en estatutos anteriores; si bien no trasladó la causal de casación que traían las regulaciones procesales precedentes, relacionada con la incongruencia entre la acusación y la sentencia, de ello no es viable concluir que cuando el juez incurre en esa irregularidad no pueda ser invocada a través

del recurso extraordinario, pues resulta indiscutible que cuando el juzgador profiere un fallo desatendiendo los parámetros de la acusación desconoce las reglas básicas de un proceso como es debido porque afecta de manera sustancial su estructura básica, siendo el yerro demandable por vía de la causal segunda⁹.

4. La prueba pericial en la sistema procesal de 2004:

Los diferentes cambios normativos que se consagran en materia de pruebas en la nueva legislación procesal penal han llevado a la Sala a reflexionar y a fijar el alcance de las reglas sobre incorporación de ellas de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de 2004.

Respecto de la prueba pericial resulta claro que cuando en el juicio se pretende incorporar, al requerirse conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, debe cumplirse con lo estatuido en las normas procesales (artículos 405 a 423 de la Ley 906 de 2004).

La Sala ha precisado¹⁰, por ejemplo, que

no se puede confundir... la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.

Y como ocurre con todos los medios probatorios la pericial debe ser considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

Por ello de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha entendido que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, de modo que resulta intolerable una actitud pasiva o de irreflexiva aceptación del juez frente al dictamen, pues fácilmente pueden potenciarse y extenderse los errores que como humano puede cometer el perito¹¹.

5. Los indicios y las reglas de la experiencia¹²:

5.1. La problemática de los indicios y las reglas de la experiencia ha sido objeto de frecuentes reflexiones por parte de la Sala, materias sobre las cuales, entre otros pronunciamientos, ha dicho:

El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.

Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta, y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la

manera como los indicios se articulan entre sí, es decir, su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto, o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía, o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía, o porque el proceso de valoración condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

De derecho, porque el juzgador pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida. Como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso sometida a tarifa legal, es obvio que frente a ella la modalidad del error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta a través del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone -como condición lógica del cargo- aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad, no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

La inferencia lógica, entonces, es atacable en casación. Pero en atención a que la misma es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible para hacerlo es el error de hecho por trasgresión ostensible de los principios de la sana crítica. La

hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador y la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia.

Así las cosas, para que el cargo quede correctamente demostrado es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser) o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios especializados en una determinada materia. Se precisa además y ello es obvio, la fundamentación correspondiente a la trascendencia del error.

La Sala ha sido reiterativa en lo precedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza. En consecuencia, aunque el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, ello no significa en manera alguna que el conjunto indiciario cuya fuerza de convicción depende de que se le estime globalmente, pueda dejar de ser enfrentado por el demandante¹³.

5.2. Y respecto de las máximas de experiencia la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

La Sala observa que las máximas de la experiencia en su carácter de tesis hipotéticas por su contenido, de las cuales se esperan que produzcan consecuencias en presencia de determinados presupuestos, se construyen sobre hechos y no sobre juicios sensoriales, cuya cualidad en su repetición frente a los mismos fenómenos bajo determinadas condiciones¹⁴.

En igual sentido dijo:

Recuérdese que la regla de la experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que se llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable (...)

Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta generalización, los cuales deben ser expresados en términos racionales para fijar reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y factibilidad, en un contexto socio histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca credibilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre se da A, entonces sucede B¹⁵.

Bien puede afirmarse que las máximas de experiencia obedecen su existencia “a cualquier ámbito imaginable de la vida de la naturaleza y del hombre”¹⁶, valga decir surgen en, por y para la praxis social colectiva, de modo que

vano sería el esfuerzo por querer encerrar en categorías a efectos clasificatorios, todos los ámbitos vitales de las que proceden esas máximas, o querer describirlas y determinar en número y contenido para puntos concretos, de tal suerte que el cúmulo es inagotable¹⁷.

No obstante que son irreductibles y hasta imposibles de numerarlas, clasificarlas e introducirlas en un catálogo, debe tenerse muy en claro con Stein que:

No pueden ser simples declaraciones sobre acontecimientos individuales, así como tampoco juicios plurales sobre una pluralidad de sucesos obtenidos mediante recuento (...) no son nunca juicios sensoriales y no corresponden a ningún suceso concreto

perceptible por los sentidos, de manera que no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones¹⁸.

En dicho sentido puede afirmarse que aquellas se constituyen en prácticas colectivas que hacen parte de un imaginario cultural (pueblos indígenas o afro descendientes) bastante amplio de cuyos contenidos en eventos se ocupan de manera concreta los estudios de la antropología y la sociología a las que se acude para que profieran singulares dictámenes a ser evaluados judicialmente, es decir, se trata de comportamientos que no pueden reducirse a reflexiones, suposiciones, anécdotas sueltas, episodios ni sucesos singulares que puedan ser dados en libre arbitrio por el juzgador, ni por ocurrencia de las partes acerca de una forma de acontecer de fenómenos que en últimas sus desenlaces son esporádicos, plurales u ocasionales.

En dicha proyección, las máximas de experiencia pueden ser tenidas como el resultado de prácticas colectivas sociales que por lo consuetudinarias se repiten dadas las mismas causas y condiciones y producen con regularidad los mismos efectos y resultados, al punto que comienzan a tener visos de validez para otros, y a partir de ellas se pueden explicar de una manera lógica y causal acontecimientos o formas de actuar que en principio tengan la apariencia de extrañas o delictuosas.

Las máximas de la experiencia corresponden al conocimiento que tiene el juez de lo usual, es decir, a pautas que provienen de la experiencia general, y que expresan la base de conocimientos generales asociados con el sentido común que pertenecen a la cultura promedio de una persona espacio-temporalmente situada en el medio social en el cual se encuentra el despacho judicial. Estas máximas ponen de manifiesto el contexto cultural y los conocimientos del sentido común, que se encuentran a disposición del juez como elementos de juicio para la valoración de las pruebas. Son tesis hipotéticas que indican las consecuencias que cabe esperar a partir de algunos presupuestos, es decir, en ciertas condiciones se repiten, como consecuencia, los mismos fenómenos. Se parte de

lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos comprobados. Así, las personas que se encuentran en determinada situación se comportan de una manera particular (Stein 1999:24-25).

Todas las máximas de la experiencia son notorias, y expresan frecuencias de fenómenos (hechos observados) tendencias generales u opiniones; es de este elenco de pautas del sentido común que el juez puede extraer criterios a partir de los cuales es posible plantear inferencias de carácter probatorio. Tales guías del sentido común se expresan de múltiples maneras y abarcan una gran diversidad de situaciones.

Estas máximas remiten a criterios de inferencia respecto de los pasos enunciados relativos a hechos; sin embargo, tales máximas han de ser de carácter general y no se deben limitar a ser únicamente expresión de valoraciones, de suerte que no todo razonamiento basado en dichas máximas resulta aceptable. Tales máximas se encuentran asociadas con lo verosímil, que corresponde a lo normal o habitual¹⁹.

Dentro del universo de las máximas de experiencia se incluyen también, las que “sólo son conocidas en círculos reducidos gracias a conocimientos técnicos específicos en cuanto a principios de un arte o ciencia”²⁰, de donde se traduce que por la circunstancia de tratarse de unos órdenes de saber altamente especializados, el juez recurre a la prueba pericial para que sean evaluadas en el caso concreto de que se trate y a partir de los dictámenes proceder a efectuar las inferencias que correspondan.

Aquellas pues, resultan instrumentales y aplicativas como “premisas mayores” con referencia a unos hechos objeto de valoración, y a partir de ellas se pueden construir hipótesis de responsabilidad penal o de exclusión de la misma.

Debe hacerse claridad que las máximas de experiencia entendidas así, no expresan ni reflejan algo en concreto. Por el contrario, por tratarse de generalidades, su función está dada en ser útiles en la aclaración o explicación del por qué de un determinado

comportamiento.

6. El delito de tortura:

6.1. Diferentes instrumentos internacionales desde antaño se han venido ocupando del respeto a la dignidad humana y la prohibición y castigo de la tortura, los tratos crueles inhumanos o degradantes, convirtiéndose tal asignatura en una de las causas que más interés y preocupación ocupa en las agendas universales dedicadas a los derechos humanos.

Lo dicho se constata en una gran cantidad de documentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²¹, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales de 1949, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²², la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²³, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura de 1986²⁴, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1988, la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, para sólo nombrar los más conocidos en los ámbitos universal y regional.

En los anteriores instrumentos se conmina a los Estados no sólo a adoptar medidas concretas para impedir las aflicciones físicas o psíquicas (derecho a la no tortura) sino a investigar y condenar a los responsables de las mismas (delito de tortura) y establecer mecanismo de prevención de tales prácticas.

En el artículo 1° de la Convención contra la Tortura se la define como

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideraran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas,

definición que se entiende

sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

6.2. En el ámbito interno si bien la Constitución Política de 1886 no consagró la proscripción de la tortura de modo expreso, sí desarrolló a partir del artículo 16 la proscripción de la misma en tanto se estableció como finalidad de la autoridad pública de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes.

La Ley 70 de 1986, que adopta para el orden interno la Convención contra la Tortura, impone a los Estados partes la obligación de considerar en el orden interno como delito y sancionar penalmente todos los actos de tortura²⁵. Igualmente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, adoptada por la Ley 409 de 1997, incluyó en la definición de tortura el empleo de métodos que sin causar dolor físico o angustia síquica, anulan la personalidad de la víctima o disminuyen su capacidad física o mental.

6.3. El legislador de 1980 estableció en el Código Penal el delito de tortura bajo una descripción simple y genérica²⁶ -con sujeto activo indeterminado y sin fijación de un móvil específico condicionante de la ejecución de la conducta²⁷-, precepto que luego se modificó para agravar la pena²⁸.

La jurisprudencia de la Sala²⁹ entendió que

Al carecer la descripción típica del artículo 279 del Código Penal de elementos normativos, jurídicos o extrajurídicos y subjetivos que modifiquen o den otras connotaciones a esta clase de tortura, impera colegir que el concepto jurídico de tortura física no se aleja del naturalístico.

Referida la tortura a la aflicción corporal, la etimología del vocablo y la acción que de ella se desprende, no permite hacerlo coincidir con la denominada por la ley tortura moral, lo cual significa que esta debe precisarse por vía interpretativa superando el análisis gramatical en cuanto a que la tortura no sólo puede ser física, sino también moral.

Esta clase de tortura, quizás por este aparente escollo, suele confundirse con la física al equipararla con los efectos internos que todo mal origina; de ahí que para diferenciarla y concretarla en su exacto contenido, se torna necesario clarificar estos dos aspectos, pues es incuestionable que la ley penal describe dos conductas diferentes.

Es claro que en determinados casos la víctima puede ser sometida a tortura física y moral, pero cuando ésta es independiente y utilizada como único procedimiento, no es acertado atribuirle a aquellos eventos en los que por haber empleado “medios físicos refinados” no queden huellas externamente visibles en la víctima de la tortura, ya que si el medio utilizado fue físico, es indudable que existe tortura física; cosa distinta es que no haya dejado rastros del maltrato en el cuerpo del sujeto pasivo, pero este hecho no elimina la conducta ejecutada.

...

La tortura moral en nuestra normatividad punitiva es una conducta diferenciable de la tortura física en su ejecución y efectos producidos por la víctima; estas dos clases de torturas no pueden entenderse como si la una fuera complemento o consecuencia de la otra, pues el calificativo moral que utiliza el legislador para describir esta clase de tortura no puede interpretarse en el intrincado campo de las disposiciones filosóficas que suscita este termino aisladamente considerado.

...

En estas condiciones, mientras en la tortura física el sometimiento de la víctima a la voluntad del victimario es consecuencia del dolor corporal que se le inflige, en la síquica la limitación de las capacidades determinadas del sujeto pasivo se logra mediante procedimientos que no afectan la materialidad del cuerpo humano, tales como amenazas, pero en cualquiera de estas dos modalidades de tortura es imprescindible el sometimiento de la víctima a la voluntad extraña; no hay tortura si el amenazado sigue gozando de sus capacidades determinativas.

La Corte Constitucional puntualizó:

El delito de tortura puede presentarse bajo dos modalidades distintas: tortura física o tortura moral. En cualquiera de las dos modalidades, de todas maneras, el sujeto activo es indeterminado, lo que implica que puede ser cometido por cualquier persona, y también por funcionarios públicos. El artículo 279 del Código Penal, que consagra el tipo penal de tortura con sujeto activo indeterminado, se ajusta a la Constitución Nacional por cuanto la fuerza vinculante de los derechos constitucionales no limita su alcance a deberes de abstención por parte del Estado; por el contrario, esos derechos, entre los cuales está el derecho a no ser torturado, son susceptibles de violación por parte tanto del Estado como de los particulares. La redacción del tipo penal de tortura tampoco vulnera el

principio de tipicidad y el de legalidad consagrados en la Constitución.

6.4. La Constitución Política de 1991 hizo expresa mención a la tortura e imperativamente en su artículo 12 determinó que

nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El legislador de 2000, consecuente con la preceptiva superior, mantuvo en el artículo 178 del Código Penal como comportamiento punible que atenta contra el bien jurídico de la autonomía personal el tipo de tortura:

El que inflija a una persona dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

6.5. El tipo penal autónomo³⁰ descrito en el artículo 178 debe entenderse a partir del principio de legalidad y dentro de las estrictas reglas de tipicidad, sin desconocer ni olvidar los alcances de preceptos superiores que integran el bloque de

constitucionalidad, criterio hermenéutico a partir del cual se debe entender que tortura es lo que señala el precepto del Código Penal pero matizado en su alcance con la amplia definición que de tal concepto aparece en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, vigente en el orden interno de conformidad con la Ley 409 de 1997, sin que se olvide que en materia de tortura

nuestro ordenamiento superior y la legislación que lo desarrolla, “son incluso más amplios que los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país”, y que el derecho internacional es norma mínima que se integra a la legislación interna³¹.

Lo anterior permite afirmar que en Colombia pueden ejecutar acciones constitutivas del delito de tortura tanto los servidores públicos³² como los particulares³³, que la misma puede estar encaminada a obtener información, edificarse como medio de castigo, intimidación o coacción derivada de cualquier forma de discriminación, o con fin distinto de los anteriores, todo lo cual puede darse por medio de afectaciones físicas³⁴ (fuerza que causa dolor o sufrimiento) o psíquicas³⁵ (morales en los términos del Código Penal de 1980).

7. El caso concreto:

7.1. Primer cargo: violación del principio de congruencia:

En el presente asunto se tiene establecido que la Fiscalía acusó a Oscar Germán Gutiérrez León, entre otros punibles, por el delito de acto sexual violento previsto en el artículo 206 del Código Penal, agravado de acuerdo al 211-2-4. Tal propuesta inculpativa fue mantenida en la audiencia de acusación y en el alegato de cierre presentado por la delegada fiscal al finalizar el juicio oral.

Los jueces de primera y segunda instancia concluyeron que los elementos fácticos determinaban la ocurrencia del tipo denominado actos sexuales con menor de 14 años (agravado), el cual aparece regulado en el artículo 209 en concordancia con el 211-4 del estatuto penal.

Según lo constatado los jueces desbordaron su ámbito de competencias porque se abrogaron la calidad de titulares de la acción penal, desconociendo que el responsable de la misma es la Fiscalía General de la Nación por medio de sus delegados, y por tal virtud solamente el representante del ente acusador estaba autorizado para proponer a los jueces cambios en la imputación jurídica, de modo que al insistir en el juicio oral en los aspectos fácticos y jurídicos planteados en el escrito de acusación la judicatura no tenía otro camino diferente al de condenar por dicho reato o absolver porque el sistema acusatorio que implementa la Ley 906 de 2004 no permite al juzgador fallar -en cualquiera de los dos sentidos posibles- por hechos o denominaciones jurídicas distintas a aquellas que fueron objeto de acusación, a menos que, respetándose el núcleo fáctico, la nueva tipicidad merme la penalidad o la conserve, conforme precedentes judiciales que dicen del deber de examinar el caso específico sobre dosimetría punitiva³⁶.

Lo anterior permite reafirmar a la Sala que cuando el juez decide condenar por un delito distinto a aquél por el cual la Fiscalía acusa o pide condena, a menos de lo anotado atrás, está asumiendo de manera oficiosa una nueva acusación, inaceptable en una sistemática de partes que entiende la acusación como pretensión de la autoridad requirente y no como decisión judicial³⁷. Y en los anteriores términos, el servidor judicial también está obligado a absolver por el delito acusado en aquellos eventos en que la Fiscalía renuncia a la acusación.

En el presente asunto los falladores de las instancias transgredieron el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y el fallo, porque modificaron la denominación jurídica de la conducta punible y alteraron la esencia de la imputación

fáctica. Ello es así porque en el acto sexual violento se está ante una acción que doblega la resistencia de la víctima, en tanto que en los actos sexuales con menor de catorce años se tiene en cuenta la presunción *iuris et de iure* según la cual los menores de catorce años no se determinan ni actúan libremente en materia sexual, surgiendo así una diferencia tan relevante que supone necesariamente una situación fáctica distinta.

Y respecto de la solicitud de nulidad planteada por la representante del Ministerio Público ha de afirmarse sin lugar a equívocos que resulta del todo improcedente. La Sala tiene definido que ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevar al juez de conocimiento al convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la Fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste -luego de agotado el trámite procesal- una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión y, además, es evidente que en este caso no se configura ninguna de las causales que permitan la invalidación del juicio³⁸.

En consideración a que se incumplió la regla referida a la congruencia que se exige entre la acusación y la sentencia el cargo prospera y se casará el fallo demandado.

Al prosperar el cargo edificado en la falta de congruencia entre la acusación y el fallo la Corte observa que la prueba aportada al juicio oral permite establecer plena coincidencia entre los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación, motivo por el cual se erige en Tribunal de instancia para condenar al procesado por el delito de acto

sexual violento (Código Penal, artículos 206, concordado con el 211-4, y 237).

Al restablecerse la congruencia entre la acusación y la sentencia ha de advertirse que la pena por el acto sexual violento que es materia de la condena, en todo tiene que respetar los límites máximos del punible que desconoció la consonancia, porque no se puede hacer más gravosa la situación del procesado por mandato del principio de la no reformatio in pejus.

La condena por el delito sexual violento en nada afecta lo relativo a la violencia psíquica desplegada para tipificar el delito de tortura porque las acciones se individualizan y resultan independientes entre sí, con claro respeto –además– por la prohibición superior de doble imputación de un mismo hecho (artículo 29 Const. Pol.). Y de acuerdo con la motivación de los hechos y el racional y razonado análisis probatorio efectuado por el acusador que sobre la violencia ejercida en la víctima por su padre dijo que aquél manifestó que “le pegaba en la barriga y lo pellizcaba mientras ejercía sobre él los actos sexuales”, concurren con nitidez los tres delitos imputados y por los que ahora se deriva responsabilidad penal pues los correspondientes juicios de tipicidad son correctos y cada uno de ellos es perfectamente escindible y autónomo, consultando entonces esta decisión judicial la rectitud tanto de la formalidad y el rito, como el aspecto sustantivo o material (artículo 228 Const. Pol.), sin sacrificio del principio de no reformatio in pejus (artículo 31 inciso 2 Const. Pol.), y como en el comienzo de su intervención en la audiencia de sustentación lo planteó la Procuradora Delegada.

7.2. Cargos segundo y tercero:

Estos cargos los soporta el demandante en un error de hecho por falso juicio de existencia por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba y en un falso raciocinio, respectivamente.

7.2.1. En cuanto a la omisión valorativa del testimonio del médico psiquiatra José Gregorio Mesa Azuero, la Sala considera que dicha desatención resulta irrelevante frente a la importancia de la prueba aducida en el juicio oral y tomada en cuenta por el Tribunal para proferir el fallo de condena.

Sometido a examen lo resuelto por el ad quem se establece que el fallo de condena relacionó y analizó la siguiente prueba.

— La denuncia instaurada por la madre del afectado;

— Las declaraciones testimoniales rendidas por cada uno de los especialistas que tuvieron contacto con el niño y sus profesores (Psicóloga del Centro Zonal de Kennedy, Paola Enid Vásquez, sexóloga Martha Agudelo Yepes, psicóloga de Cafam Leonor Guáqueta Cárdenas, psiquiatras Darío Fernández Roa y Nancy de la Hoz Matamoros, docentes Carolina Cárdenas Roa y Miriam Rocío Ramírez Bolívar, profesor de educación física Paulo Forero Arias).

Los anteriores medios de convicción llevaron al Tribunal a afirmar que

en el presente caso sí se cuenta con medios de conocimiento suficientes que impiden negar la validez del dicho del menor, máxime teniendo en cuenta que fue la madre del afectado quien puso en conocimiento los hechos no sólo por lo que ella misma observó en la conducta del menor sino por las ideas suicidas que el niño manifestó en el plantel educativo situación que el juzgador de instancia analizó con ayuda de los informes de los distintos especialistas que tuvieron conocimiento del caso.

Y agregó:

Conforme al análisis realizado advierte la Sala sin lugar a dudas que con la conducta desplegada por el procesado, se realizaron actos sexuales con el menor, existiendo

contacto material entre el sujeto activo y pasivo, pues el implicado hizo consistir su comportamiento en realizar actos de tocamiento en el menor, con la clara finalidad de satisfacer su deseo sexual, pues la declaración rendida por el menor así como los testimonios de la denunciante y de cada uno de los especialistas y profesores que tuvieron contacto con el infante merecen plena credibilidad para la Sala toda vez que permiten tener el conocimiento seguro de la forma en que ocurrieron los hechos.

Así las cosas, es evidente que en el caso concreto no hay lugar a aplicar el principio universal de in dubio pro reo solicitado por la defensa toda vez que se logró determinar que con los actos libidinosos realizados con el menor (actos de tocamiento y manipulación de sus partes íntimas), se alteró la sexualidad normal del niño, cambiando su decurso natural antes de que su organismo y psiquis hayan alcanzado la madurez necesaria.

Resulta evidente que la omisión valorativa no afecta los hechos demostrados en el juicio oral, derivando la prueba omitida como intrascendente para las conclusiones definitivas, razón por la cual el cargo no prospera.

7.2.2. El falso raciocinio erigido a partir de la declaración de la sexóloga Martha Agudelo Yepes, como en el cargo anterior, tampoco tiene la consistencia ni la trascendencia necesarias para desquiciar el sentido del fallo atacado.

Quedó expresado en acápite 5.2. qué es lo que se entiende por regla de la experiencia, criterio que contrastado con lo relatado por el libelista no alcanza a erigirse en práctica colectiva ni hace parte de un imaginario cultural.

Las limitaciones verbales de los menores no permiten elaborar juicio definitivos sobre las prácticas idiomáticas utilizadas por ellos, de modo que entrar en distinciones sutiles para dar un alcance diferente a “no meta” o “no lo meta” frente a la expresión “poner”, no pasa de ser un argumento sin contenidos materiales concretos que impidan aceptar que en contra del menor se adelantaron prácticas sexuales lesivas de sus bienes jurídicos.

Válido resultó el razonamiento del ad quem cuando recordó que

la especialista indicó que los niños carecen de experiencia sexual por lo que es muy frecuente que ese “poner” o “colocar” lo perciban y trasmitan como “meter” o “introducir”, situación que a juicio de la declarante no configura una contradicción.

El cargo no prospera.

7.3. Cargo subsidiario:

Señala el demandante que se violó el principio de tipicidad por el Tribunal porque se hizo una remisión al estándar internacional que desborda los alcances del precepto punitivo nacional.

La Sala precisa que el delito de tortura descrito en la legislación colombiana tiene un aparte inicial en el que se enuncian los supuestos generales de tortura aceptados en convenios y tratados internacionales. Y en el aparte segundo, buscando que ningún supuesto quede excluido de esta modalidad típica, se dispone de manera genérica que la comisión de la conducta con fines distintos a los anteriores también acarrea la misma pena para el responsable del hecho.

Cuando el fallador considera que se incurrió en el tipo de tortura por parte del acusado al pretender anular la personalidad de la víctima, está adecuando la conducta del procesado a la descripción típica prevista en el inciso segundo del artículo 178 del Código Penal, porque la producción de humillaciones³⁹ al titular del bien jurídico autonomía personal, que pasa por todo el espectro de conductas que implican desconocimiento de la dignidad humana -como lo constituye toda práctica dirigida a anular la personalidad o autoestima de la víctima-, es un acto de tortura sancionable en los términos del precepto citado porque constituye una modalidad de sufrimiento psíquico.

Olvida el libelista en su alegato que el delito de tortura es de aquellos que la doctrina denomina como pluriofensivo porque con el mismo se irradia protección a varios bienes jurídicos, como lo son la dignidad humana, la libertad, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad, de modo que resulta legítimo afirmar que también protege el derecho de la persona a no ser sometida contra su voluntad a procedimientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos, discernimiento, sentimientos o decisión⁴⁰.

Tergiversar la identificación sexual o pretender un comportamiento sexual diferente al que la naturaleza ha dado a una persona, y tal práctica es permanente y sistemática que conduce a cambios en la personalidad del ofendido, constituye un acto de tortura psicológica dirigida a la destrucción de la personalidad de la víctima y se sanciona en los términos del inciso segundo del artículo 178 del Código Penal.

Como las acciones atribuidas al procesado encajan en la descripción punible citada, y el Tribunal obró en los términos de los principios de legalidad y tipicidad, se tiene que concluir que el cargo resulta impróspero.

8. Fijación de la pena a imponer:

Como quiera que los delitos por los cuales se condena al acusado son los de tortura, acto sexual violento e incesto, y no existe motivo para variar los topes punitivos determinados por el ad quem (dado que se equiparan las penas atribuibles por los delitos sexuales tenidos en cuenta), resulta razonable que la pena se determine en ciento ochenta (180) meses de prisión.

Para lo anterior se tiene como sustento los límites punitivos del artículo 178 del Código Penal, norma en la que se establece prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1,066,66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Adicionalmente, por el acto sexual violento agravado se incrementa la pena en treinta (30) meses de prisión (artículos 206 y 211 numeral 4, ibídem) y en diez (10) meses en virtud del delito de incesto (artículo 237 ib), quedando una pena de 168 meses de prisión, penas que por tratarse de un concurso heterogéneo de conductas punibles y en atención de la gravedad y modalidad de los delitos juzgados se aumentará en doce (12) meses.

Empece de haber omitido el ad quem cuantificar la pena de multa la Sala por mayoría se abstendrá de corregir el yerro advertido en atención a que el principio de la no reformatio in pejus no permite agravar la situación del recurrente.

9. Cuestión adicional:

Estando el proceso pendiente de fallo llegó un documento suscrito por el procesado que no puede ser tenido en cuenta para los efectos del fallo que ahora se emite. Y respecto del reclamo que plantea sobre el impedimento de la representante del Ministerio Público, está en libertad el acusado de promover las acciones que considere convenientes ante las autoridades competentes.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo parcialmente con el concepto de la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°. CASAR parcialmente la sentencia demandada para condenar al procesado Oscar Germán Gutiérrez León como autor responsable del concurso de delitos de tortura, acto sexual violento e incesto (Código Penal,

artículos 178, 206, 211-4 y 237).

2°. IMPONER a Oscar Germán Gutiérrez León en su calidad de autor responsable de los delitos de tortura, acto sexual violento e incesto, las penas de ciento ochenta (180) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. En lo demás la sentencia se mantiene incólume.

3°. ADVERTIR que contra esta decisión no procede recurso alguno.

4°. COMISIONAR AL MAGISTRADO PONENTE, en los términos del artículo 164 de la Ley 906 de 2004, para que proceda a la exposición del presente fallo.

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

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
DE LEMOS

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

Salvamento parcial de voto

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Salvamento parcial de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Salvamento parcial de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El derecho fundamental a la legalidad punitiva en su vertiente formal (lex previa) y material (lex certa), monopolio del legislador, garantiza la seguridad jurídica y la libertad personal al establecer los delitos y las penas estrictamente necesarias para la conservación de la sociedad⁴¹.

Respetuosamente discrepo de la decisión de mayoría que a pesar de reconocer que el Tribunal dejó de aplicar al procesado Óscar Germán Gutiérrez León la pena de multa de ochocientos (800) a dos mil (2000) salarios mínimos legales vigentes establecida en el artículo 178 del cp para el delito de tortura, vulnerando el principio de legalidad, esa irregularidad no se pudo subsanar en virtud de la limitación impuesta por el principio de no reformatio in pejus. Al respecto digo:

1. La categoría de fundamental de un derecho se otorga por su consagración constitucional, norma que a la vez se erige en fuente jurídica de sus limitaciones. Ella es una unidad, un sistema armónico y coherente, en el que todas sus normas son útiles para determinar los límites de los derechos y sus posibles restricciones porque no pueden anular otros derechos de similar estirpe ni la salvaguardia de éstos debe contradecir o agotar el contenido de aquellas prerrogativas pues la interpretación correcta es la que lleve a la máxima efectividad de toda la Constitución⁴², porque como con razón apunta Habermas

Las normas concernientes a principios, que ahora embeben todo el orden jurídico, exigen una interpretación constructiva del caso particular, referida al sistema de reglas en conjunto, y muy sensible al contexto⁴³.

2. Un llano test de ponderación señala que se deben ponderar las garantías a la no reforma peyorativa establecida en el inciso 2 del artículo 31 constitucional: “El superior no podrá agravar la pena impuesta (la situación jurídica) cuando el condenado sea apelante único”, y la de legalidad previamente fijada en los artículos 6 y 29 inciso 2 de la [Constitución Política](#):

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

3. Para establecer cuál garantía esencial debe primar por ostentar el núcleo más fuerte, hay que decir que cuando los derechos humanos apenas hacían parte del catálogo de aspiraciones que los Iluministas reclamaban a favor de los asociados, a partir de posturas ius naturalistas se les confirió un valor absoluto e inherente a la persona, pero, una vez fueron positivados, se empezó a ver la necesidad de relativizarlos, limitarlos o delimitarlos, pues

el hecho de vivir en sociedad permite atisbar la existencia de conflictos entre diferentes titulares de derechos, por lo que resulta necesario conjugarlos armónicamente y por lo tanto limitarlos externamente⁴⁴.

3.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional indica que como quiera que no existe una jerarquía normativa entre los diferentes derechos fundamentales que consagra la Carta Política y los mismos deben ser garantizados en la mayor medida posible⁴⁵, surge un problema hermenéutico cuando estos concurren o coexisten o entran en conflicto o se enfrentan a postulados que constituyen los pilares que fundamentan nuestro Estado social democrático de Derecho, de donde surge la necesidad de su armonización⁴⁶.

3.2. Y la doctrina dice que

“Como lo muestra la problemática de la colisión de los derechos fundamentales, el contenido del derecho fundamental está condicionado porque los derechos fundamentales pueden entrar en la práctica en colisión con otros derechos fundamentales y porque necesariamente deben ponerse en concordancia con otras normas del sistema jurídico (entendido como sistema coherente). Por eso, todos los derechos fundamentales, respecto de su estructura, son derechos fundamentales condicionados. La razón de ello es que pueden ser limitados según las circunstancias. La ponderación entre argumentos para normas de derechos fundamentales en colisión es indispensable en el caso concreto”⁴⁷.

4. El principio de legalidad⁴⁸ se traduce en materia penal en la necesidad imperiosa e insoslayable de que el legislador defina previamente el delito y la pena, el juez competente y las formas propias de cada juicio⁴⁹, con lo que se delimita el ejercicio del ius puniendi y se ata al legislador a los contenidos supremos, pues éste debe responder

a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo⁵⁰.

Y, más adelante, el debido proceso público aparece consagrado en el texto constitucional de manera conglobante pues inmersos en él pueden observarse los principios de legalidad y favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa material y técnica, el debido proceso en sentido estricto, el non bis in ídem y la no reformatio in pejus.

La supremacía de la estricta legalidad dice desde luego relación a los principios formales del Derecho penal -que limitan la competencia de los órganos estatales en materia de persecuciones penales-. Desde el punto de vista material es indudable que la

prioridad corresponde a la dignidad humana y, por tanto, no hay ley que valga contra ésta, tal como acertadamente lo destaca el artículo 1° del nuevo Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), en armonía con el artículo 1° de la Constitución Política de 1991 que reconoce a este principio el carácter de primer fundamento de todas las instituciones⁵¹.

5. Cuando un proceso penal llega al conocimiento de una autoridad superior en virtud de un recurso propuesto exclusivamente por el procesado, se impone la aplicación respetuosa del precepto superior consagrado en el artículo 31 de la Carta y desarrollado por los artículos 204 de la Ley 600 de 2000 y 20 de la Ley 906 de 2004. Tal principio tiene cobertura absoluta en la medida en que la pena impuesta por las instancias haya sido respetuosa de la legalidad y de los límites punitivos impuestos por el legislador⁵².

Lo antes dicho significa que en todos los casos en que las decisiones judiciales se mantengan dentro de los límites que establecen los preceptos y la consecuencia jurídica que contienen las normas penales, al apelante único no se le puede hacer más gravosa su situación, vr. gr., si una persona fue condenada a la pena de 13 años como autor responsable de un delito de homicidio agravado (art. 106 del CP), a quien por razones funcionales le corresponda resolver la impugnación que interpuso el acusado, por expreso mandato de la prohibición consagrada en el artículo 31 de la Carta, le está negado agravar su situación porque está dentro de los límites legales.

6. Pero ya se vio que en el Estado Social de Derecho, la garantía esencial que prohíbe la reforma peyorativa tanto para victimario como para víctima cuando son recurrentes (tanto en reposición como en apelación) únicos, no es absoluta y, en caso de concurrencia o conflicto con otros derechos, se debe proceder a dar una solución al asunto por vía de las reglas de ponderación, armonizando los límites del principio de legalidad de la pena con los de la prohibición de la reforma peyorativa:

La Ley Fundamental, como el conjunto de principios básicos que adoptan y describen el modelo de sociedad dentro de un marco conceptual general, no es una codificación cerrada ni un modelo descriptivo completo y exhaustivo, sino que sus previsiones establecen el contenido esencial o los esquemas que engloban los valores esenciales de la comunidad, la forma de Estado, los límites de los poderes públicos, sus funciones y responsabilidades, la forma de organización política, económica y social; pero al lado de esa concepción estructural del modelo de Estado, se levanta como razón y esencia misma del Pacto Constitucional el reconocimiento del valor superior de la persona humana, la supremacía de los derechos humanos como metas y fines esenciales del Estado⁵³.

Las penas establecidas en la legislación penal han superado los exámenes de constitucionalidad y por tanto resultan ajustadas al principio de proporcionalidad para sancionar al amparo de sus extremos punitivos los ataques que puedan recibir los bienes jurídicos protegidos, de donde se tiene que la imposición de una sanción que desborde el tope máximo, se tace por debajo del límite mínimo o por vía de alguna de las instituciones del derecho penal conlleve una rebaja de pena más allá de la autorizada legalmente, debe ser corregida, sin importar que el condenado sea apelante único, pues desde la Constitución se reclama imperativamente que los poderes públicos en general, y la rama judicial en particular, desplieguen su actividad de manera encaminada a conseguir “la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica”⁵⁴.

En la vida en comunidad y de cara a la organización estatal, a la par de los derechos esenciales de vida-libertad-igualdad, cobra especial relieve para hacer real y efectivo el valor de dignidad, el derecho a la seguridad, y dentro de este el de seguridad jurídica... Así es como el derecho a la seguridad viene a cobrar especial relevancia en el orden a la protección de la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad. Sin seguridad material y jurídica de nada sirve la formulación abstracta de derechos, el

establecimiento de un Estado de Derecho se tornaría inane e insignificante, pues la incertidumbre, la inseguridad, la variabilidad de las situaciones y por tanto la injusticia, cundirían, anegándose la vida social y la justicia en un subjetivismo peligroso que propiciaría la inconformidad, la violencia y la guerra civil.

7. La pena que legalmente se consagra como consecuencia de un comportamiento punible está ajustada dentro de unos límites que le permiten caracterizarla como necesaria, proporcional y razonable (CP, art. 3º) y en tal medida con ella se busca obtener como fines la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (CP, art. 4º).

8. Algunos de los valores constitucionales que pueden colisionar con el principio que proscribe la reforma en peor, además de la legalidad (desarrollo y aplicación del valor y principio dignidad humana), son los derechos de las víctimas (también titulares de la dignidad humana y del derecho de defensa de sus garantías fundamentales) y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos con el fin de realizar la justicia y lograr un orden justo, amén de la igualdad, de donde se tiene que tales derechos autorizan, e inclusive exigen, una limitación de esa garantía constitucional establecida a favor del condenado⁵⁵.

El principio de legalidad del delito y de la pena, es en el campo penal, un desarrollo y aplicación del principio esencial de dignidad humana, pues en este ámbito sólo mediante él se garantiza al individuo ser tratado como persona e innato titular de derechos y garantías. Es así, visto como corolario lógico del principio de dignidad humana, que el principio de legalidad penal cobra especial jerarquía y prevalencia en el ámbito de los valores constitucionales.

Es que una manifestación de la administración de justicia resolviendo un asunto con desconocimiento de la legalidad vigente no puede generar derechos; permitir tal

dislate, ni más ni menos, constituye un asentimiento para que el infractor de la ley obtenga beneficios por cuenta del delito o del error judicial, incurriéndose en una insostenible política de tolerancia que arremete contra los derechos de las víctimas y deja a la sociedad burlada: a las primeras porque no se les hace justicia y a la segunda por la impunidad que se deriva del hecho.

La equivocada jurisprudencia que concede prevalencia absoluta al principio de no reformatio in pejus sobre el derecho a la legalidad de la pena, deja el camino abierto para que los más graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario puedan quedar en la impunidad total, pues bastará que por medio del delito o el error, o que bajo el influjo de los diferentes poderes fácticos que inciden en la sociedad, y que pueden llegar a sofocar la libertad e independencia de los administradores de justicia, se profiera una decisión en la que se deje de imponer la pena privativa de la libertad que aparejan tales ataques a los más preciados bienes jurídicos, para que las víctimas queden inermes, sin justicia, verdad y reparación, la sociedad deplore la impunidad (a la que también se llega con la concesión de aminorantes o rebajas improcedentes) y la comunidad internacional nos considere como paraíso del delito necesitado de intervención.

9. Adicionalmente, tal criterio contraría el derecho fundamental a la igualdad, que también es valor superior y principio fundamental, pues por medio del delito, el error o la fuerza se obtiene un trato desigual beneficioso para un sujeto que no lo merece y respecto de quien la Constitución no reclama trato preferente.

10. Del mismo modo, si la pena en los términos del Código Penal cumple unos fines, no se puede aceptar como lícito que los mismos se verifican cuando la pena efectivamente impuesta no alcanza el extremo punitivo mínimo previsto en la ley, pues el respeto del mismo (así como del tope máximo) está vinculado a la capacidad que tiene la pena de responder ante la gravedad de los delitos como estrategia de prevención general,

retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

11. En este caso no cabe duda que el asunto ha sido resuelto de manera insatisfactoria porque a pesar de que la intervención penal tiene un fin legítimo, siendo además el medio idóneo y necesario para alcanzarlo, bienes jurídicos lesionados con el proceder antijurídico del procesado no obtienen respuesta estatal en busca de su protección mediante la consecuencia punible adecuada, necesaria y proporcional.

12. Un alcance equivocado del derecho fundamental que prohíbe la reforma peyorativa conduce a generar nuevos derechos fundamentales contrarios a los valores y principios inspiradores de nuestro Contrato Social, pues ante la legitimación de la ilegalidad no faltará ni quien reclame un trato igual ni el juez que considere la necesidad de proteger en esas condiciones un derecho fundamental inexistente, con lo que finalmente se obtiene la perversión del orden normativo, se desconoce la seguridad jurídica y se atacan las condiciones básicas de convivencia social.

Las anteriores hipótesis permiten falsear la teoría que da fuerza prevalente al principio que prohíbe la reforma en peor frente al de legalidad, pues resulta inadmisibles que en una sociedad democrática encaminada a la consecución de un orden justo la ilegalidad pueda cobrar legitimidad aún por encima de los derechos de las víctimas y la lucha global contra la impunidad. Ha de recordarse que

La intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera expectativa por la obtención de una reparación económica -como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial- a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i) la efectiva reparación por el agravio sufrido, asegura (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la verdad sobre lo ocurrido, y (iii) un acceso expedito

a la justicia, pues así se prevé por la propia [Constitución Política](#), la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁵⁶.

De donde se hace imperativo considerar, en defensa de la independencia y autonomía de la administración de justicia, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, en defensa de los más caros bienes jurídicos y de la humanidad en general, que en el proceso de ponderación que se debe hacer entre el principio que prohíbe la reforma peyorativa y el de legalidad, el primero tiene que ceder ante el segundo para permitir que el orden justo -Estado de justicia- permanezca como un anhelo realizable.

13. En un supuesto como el que aquí nos ocupa, los principios de legalidad, igualdad y los derechos de las víctimas preceden al otro pues tienen un mayor peso que obliga a que el conflicto se resuelva a su favor, porque al Estado le compete el irrenunciable deber de investigar con seriedad y eficiencia los hechos punibles e imponer las sanciones autorizadas por el legislador, obligación que para la jurisprudencia es más intensa cuanto más daño social ha ocasionado el comportamiento delictivo⁵⁷.

En estos términos se cumple satisfactoriamente el test que antecede al proceso de ponderación: (i) es adecuado sacrificar el principio que prohíbe la reforma peyorativa porque su oblación permite preservar la legalidad y con ello el derecho de las víctimas y la sociedad a que se haga justicia; (ii) es necesario tal sacrificio porque no existe otro medio menos lesivo disponible para preservar la legalidad penal y la igualdad reclamada desde la Constitución; y, (iii) se afecta el derecho de la no reformatio in pejus en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio de los derechos fundamentales de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley (proporcionalidad propiamente dicha)⁵⁸.

Lo dicho permite conseguir no sólo dar cumplimiento a la exigencia lógica, referida a la coherencia del ordenamiento jurídico, sino al acuciante imperativo político del presente de dar respuesta adecuada a la protección estatal de los derechos fundamentales.

En resumen:

1. Partidario soy de la no reforma peyorativa siempre y cuando se haya respetado por la jurisdicción el principio y derecho fundamental del debido proceso (art. 29 Const. Pol.) en la variante de la aplicación de la legalidad.

2. Quiere decir lo anterior que al recurrente único no se le puede desmejorar la situación siempre y cuando la condena se ajuste a lo que disponen las reglas que gobiernan el Estado de Derecho.

3. El olvido, el error o el delito judicial no pueden servir para crear derechos, como tampoco la negligencia de la Fiscalía o de la Procuraduría para recurrir, que a menudo se trae como pretexto de convalidación de esos fraudes a la Constitución y a la ley válida, razón para que se haya creado legislativamente, y en concordancia con el bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 Const. Pol.), una causal de revisión (artículos. 21 y 192-4 cpp- 2004), desfalco al Estado de Derecho que, si desde el comienzo o en el trámite procesal surge evidente, el juez no puede convalidar, además que se lo impone la función nomofiláctica de la casación.

4. En ocasión pasada por unanimidad la Sala sentenció:

“El principio de legalidad de la pena es una garantía para el procesado y también para la sociedad, en el sentido de que el Estado impondrá las que haya sido estatuidas previamente a la realización de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin que se pueda imponer penas

por arbitrio o imaginación del juez, que no respeten los parámetros legales, con quebranto de la igualdad y de la seguridad jurídica”⁵⁹.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha: ut supra.

1 Desde antaño la jurisprudencia ha señalado: “Al lado de la unificación de la jurisprudencia y la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, se une entre sus fines el de corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes, lo que constituye el estímulo al interés particular para que la casación sea viable poniéndole punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 5 y 27 de febrero de 1976).

2 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de abril de 2007, radicación 26309.

3 En lo dicho y en lo que sigue, véase, por ejemplo, F. Ortego Pérez, «El control jurisdiccional de la acusación como garantía en el proceso penal», La Ley, 5106, Madrid, jueves 27 de julio de 2000, con citas de E. Gómez Orbaneja, «La acción penal como derecho al proceso», en Revista de Derecho Privado, Madrid, febrero de 1948; F. Carnelutti, «Observaciones sobre la imputación penal», en Cuestiones sobre el proceso penal, Buenos Aires, EJE, 1961; y, M. Fenech Navarro, El proceso

penal, Madrid, Agesa, 1982

4 En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de febrero de 2007, radicación 26087.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de marzo de 2007, Radicación 25862.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de junio de 2009, radicación 28649.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 25 de abril de 2007, radicación 26309.

8 Aún así, la Corte precisó que la variación de la calificación de una conducta punible hacia otra dentro del mismo capítulo podría configurar una inconsonancia, si se desborda el marco fáctico: “La Corte ha tenido oportunidad de señalar, inclusive, que no obstante tratarse de delitos pertenecientes a un mismo capítulo, existir identidad en el bien jurídico tutelado y de la sanción punitiva, como quiera que los argumentos defensivos se encaminan a desvirtuar los presupuestos que la descripción típica del delito imputado contiene, una variación en torno de ella que suponga la existencia de elementos delictivos diversos, de contenido jurídico, o extrajurídico y en relación con los cuales, en todo caso, no se habría ocupado de ser desvirtuados a través de las pruebas con dicho cometido solicitadas en el juicio, dado que no hacían parte de la acusación, es incuestionable la vulneración del derecho de defensa...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de julio de 2007, radicación 26468).

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24530.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2007, radicación 26128.

11 Por ejemplo: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 7 de marzo de 2002, radicación 14043.

12 Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 22 de julio de 2009, radicación 31338.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de abril de 2000, radicación 12218.

14 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 17712.

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 2004, radicación 26128.

16 Friedrich Stein, El conocimiento privado del juez. Editorial Temis. Segunda Edición. Bogotá, 1999, p. 21.

17 Friedrich Stein, p. 23

18 Ibídem.

19 Jairo Iván Peña Ayazo, Prueba judicial, análisis y valoración. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2008, p. 65 y 66.

20 Friedrich Stein, ob. cit, p. 27.

21 Artículo 5°. Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o

degradantes.

22 Artículo 7°. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 10°. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

23 Artículo 5°. Derecho a la integridad personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

24 La Corte Constitucional ha señalado que la definición que recoge del crimen de tortura la Convención vincula al legislador colombiano porque la misma hace parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C-1076/02).

25 Artículo 4°. 1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.- 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

26 Artículo 279. Tortura. El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 11 de agosto de 1993, radicación 7833.

28 Decreto Legislativo 180 de 1988, artículo 24 (Subrogó el artículo 279 del Código Penal) Tortura. El que someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor (Esta norma fue adoptada como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2266 de 1991, artículo 4º).

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 3 de marzo de 1989, radicación 3590.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 20 de octubre de 2004, radicación 21847.

31 Corte Constitucional, sentencia C-351/98.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 6 de septiembre de 2007, radicación 26591, de 20 de octubre de 2004, radicación 21847 y de 8 de octubre de 2008, constituyen ejemplos de torturas atribuidas a militares y policías, respectivamente.

En otras legislaciones, como la española, por ejemplo, la tortura está prevista como delito especial porque solamente lo pueden cometer la autoridad o funcionario público, y la víctima tiene que estar en situación de dependencia de hecho, en poder o a merced del funcionario.

33 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de septiembre de 2007, radicación 26591.

34 La Corte consideró que en unos hechos en los que se introdujo en las fosas nasales de la víctima una sustancia líquida y en polvo para infligirle dolor físico, se edificó el delito de tortura (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de

septiembre de 2007, radicación 26591).

35 Hacer llamadas telefónicas amenazantes, enviar sufragios e ir tras las rutas de las víctimas, son conductas que objetiva y subjetivamente, por sí solas, están encaminadas a violentar la autonomía personal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de diciembre de 1999, radicación 12374).

36 Véase en un contexto general, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 5 de diciembre de 2007, radicación 26.513 y julio 15 de 2009, radicación 27.594.

37 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 13 de marzo de 2008, radicación 27413.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 3 de junio de 2009, radicación 28649.

39 Véase Francisco Muñoz Conde, Derecho penal, parte especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 179.

40 Véase García Morillo citado por Francisco Muñoz Conde, Derecho penal, parte especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 180, y Juan Carlos Carbonell Mateu-Juan Luis González Cussac, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en Derecho penal, parte especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 192.

41 Agustín Ruiz Robledo, El derecho fundamental a la legalidad punitiva, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, página 363.

42 «La justeza lógica de esta proposición está determinada por el ya aludido carácter no absoluto ni aislado de los derechos fundamentales y por su pertenencia a un

sistema de valores, principios, derechos y bienes constitucionales de igual importancia en términos materiales y axiológicos; lo anterior, no es óbice para examinar los distintos modos como las normas constitucionales participan en la configuración de los derechos y en la determinación de sus limitaciones». Magdalena Correa Henao, La limitación de los derechos fundamentales, Bogotá, Uni-Ext., 2003, p. 40.

43 Jürgen Habermas, Facticidad y validez, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 319.

44 Jesús González Amuchástegui, «Los límites de los derechos fundamentales», en Constitución y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 442.

45 Corte Constitucional, sentencia C-475/97, aunque «no podemos suponer que la Constitución sea siempre lo que el Tribunal (Constitucional) dice que es». Rónald Dworkin, Los derechos en serio, Barcelona. Editorial Ariel, 1984, p. 311.

46 La Corte Constitucional frecuentemente utiliza el criterio de la armonización o ponderación de derechos, principios y valores para resolver problemas entre derechos fundamentales. Véase las sentencias T-575/95, T-332/96, C-475/97, C-507/04, T-701/04, T-962/04, C-818/05, T-013/06, T-023/06, T-171/06, T-1027/06, entre otras.

47 Arango Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 135.

48 «El principio de legalidad de la pena es una garantía para el procesado, y también para la sociedad, en el sentido de que el Estado impondrá las que hayan sido estatuidas previamente a la realización de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin que se puedan imponer penas por arbitrio o imaginación del juez, que no respeten los parámetros legales, con quebranto de la igualdad y de la seguridad jurídica». Cfr. Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Penal, casación de 7 de marzo de 2007, radicación 25.385, M. P., Dr. Álvaro O. Pérez Pinzón. Agréguese que el olvido, el error o el delito judicial no pueden crear derechos, como tampoco la negligencia de la Fiscalía o de la Procuraduría para recurrir, que a menudo se trae como criterio de convalidación de esos fraudes a la Constitución y a la Ley válida.

49 Corte Constitucional, sentencia SU-1722/00.

50 Corte Constitucional, sentencia C-070/96.

51 Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal liberal de hoy, Bogotá, Edit. Ibáñez, 2002, p.123. “Solo la ley -con el carácter de ley estricta- puede crear o agravar penas o medidas de seguridad (nulla poena, nulla mensura sine lege), y por cierto no ha de contentarse con un señalamiento genérico y abstracto del tipo de reacción punitiva, sino que ha de determinar la naturaleza de la pena correspondiente y el marco para su individualización judicial en cada caso, proveyendo a la vez los criterios fundamentales para que el juez se mueva dentro de los límites mínimos y máximos de este marco”. Juan Fernández Carrasquilla, Principios y normas rectoras del derecho penal, Bogotá, Edit. Léyer, 1998, p. 147.

52 La fijación de los límites mínimo y máximo de la escala de penas se conoce en la doctrina como proporcionalidad cardinal o absoluta. Cfr. Adrew von Hirsch, Censurar y castigar, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p.45 s.s. “Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley. Se trata del apotegma universalmente conocido como “nullum crimen, nulla poena sine lege”. El principio de legalidad opera en un doble sentido, (i) como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, en la medida en que le impone

definir previamente qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a aplicar por su realización; y (ii) como garantía para el procesado y la comunidad, atendida la certidumbre que genera el saber de antemano que sólo será objeto de sanción penal la conducta erigida en delito por la ley y que únicamente se impondrá la pena dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos por la misma". Corte Suprema De Justicia, Cas. Rad.28.059 , M. P., Dra. María del Rosario González de Lemos. "En efecto, los ciudadanos deben conocer los comportamientos prohibidos y por lo mismo elevados por el legislador a la categoría de delitos así como la correspondiente sanción previamente establecida a fin de contar con la certeza de que sólo podrán ser sancionados en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados con antelación en la ley, sin que tales marcos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales". Corte Suprema de Justicia, Cas. Rad. 24.030, M. P., Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

53 "El reconociendo constitucional del valor superior de la persona humana, nos ubica en el entorno de un modelo de Estado antropocéntrico, esto es, de una forma de organización política y jurídica que tiene como su valor central, como el objeto de toda su actividad, como responsabilidad de todas las autoridades, el compromiso indeclinable de garantizar las condiciones para la dignificación del hombre y para procurarle el desenvolvimiento de sus potencialidades, así como establecer condiciones individuales y sociales de vida que posibiliten que su existencia discurra de la manera más feliz posible. El hombre se destaca no solo sobre la naturaleza como un ser superior dotado de facultades para transformar el mundo, sino que también es reconocido por la organización política como "el ser en sí en esencia valioso", para el cual y alrededor del cual se crean la estructuras estatales, las construcciones jurídicas, políticas, económicas y sociales, hasta llegar a la ideal del Estado de servicio, y a la indeclinable conclusión de que todo debe servir al fin central de dignificar al hombre. Estado, leyes, órganos del poder, vida económica, vida política, justicia,

actividad estatal, todo debe funcionar y girar alrededor del hombre, como instrumentos y medios para el fin superior de facilitar el desenvolvimiento de los destinos humanos. A diferencia de las cosas que tienen su fin fuera de sí, el hombre se concibe como el fin en sí mismo, posee innatamente el derecho y la misión inherente de concebirse y realizarse tal como él se piensa y se sueña, y por eso se le garantiza el libre ejercicio de su voluntad; no es una simple existencia biológica, un dato más en la realidad de las interacciones sociales, sino que la existencia siendo enteramente suya⁵³, es además libre para darse los rumbos que su razón le dicte, para imprimir a su días y a sus años de tránsito en la tierra las formas de vida que mejor lo realicen y le permitan un superior desarrollo de sus potencialidades”. Yesid Ramírez Bastidas, Aclaración de voto a Cas. 22.027. Así mismo, Jesús Orlando Gómez López, Teoría del Delito, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, p. 17.

54 Corte Constitucional, sentencias C-004/03 y C-871/03, refiriéndose al non bis in ídem y declarando que tal principio no es absoluto. “En el ámbito internacional se ha llegado a un consenso general en la necesidad de considerar a las víctimas del delito como parte principal, junto al victimario y en igualdad de condiciones, de la política criminal de los Estados. Se trata “de una exigencia social y humana: hoy, el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales”. Alfonso Daza González, Víctimas en el Sistema Procesal Penal Acusatorio, Bogotá, Universidad Libre, 2006, p. 56.

55 Se sigue lo dicho por la Corte Constitucional (sentencias C-004/03 y C-871/03) cuando resolvió la tensión entre el non bis in ídem y los derechos de las víctimas. La Corte Suprema de Justicia al ponderar en el Estado Social y Democrático de Derecho vigente en Colombia (art. 1 Const. Pol.) los derechos a la favorabilidad y al debido proceso público -en su vertiente de procedimentalismo-, estimó como de núcleo más fuerte el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Cfr. Provs. de Segunda Instancia de 11 de julio de 2007 y 23 de agosto de 2007, Mags. Ptes.,

Dres. Yesid Ramírez Bastidas y María del Rosario González de Lemos, respectivamente.

56 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 11 de julio de 2007, radicación 26945. El derecho a la justicia proscribe la impunidad así sea parcial. El Tratado de Roma, que fuera ratificado por la Ley 742 de 2002 y declarado exequible por sentencia C-578 del mismo año, tuvo como bloque de constitucionalidad amplio reflejo en la legislación interna en el nuevo contexto del “derecho penal de las víctimas” (art. 75). En el Acto Legislativo 3 de 2002 y la Ley 906 de 2004, que impusieron el sistema acusatorio colombiano, se hacen 3 y 89 referencias estelares a los derechos de las víctimas. Y recordemos que las sentencias de la CPI serán ius cogens, fuente de la jurisprudencia nacional (art. 230 Const. Pol.) y hasta norma supralegal (arts. 93 Const. Pol. y 3 cpp).

57 Véase Corte Constitucional, sentencia C-871/03.

58 Robert Alexis, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

59 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sent. Radicación 25.385.