

Proceso n.º 34945

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N.º 371

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010)

V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por el defensor de ALDEMAR CASTAÑO CARDONA dentro del proceso en el cual este último, a través de sentencia del 19 de enero de 2010, fue condenado por la Juez Segunda Penal del Circuito Especializado de La Ceja (Antioquia) como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, decisión que fuera confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en sentencia del 14 de julio anterior.

H E C H O S

Fueron resumidos por el Tribunal en el fallo impugnado, así:

“Se asegura en el escrito de acusación que ‘El 1º de junio de 2007 el señor Julio César Garzón Marulanda, ante la Comisaría de Familia de La Ceja, denuncia que al enviar a su hija [GCJ] de 10 años a comparar arepas a la charcutería de ALDEMAR CASTAÑO

CARDONA -sic-, ubicada en el barrio Movilia, donde residen, ésta llega llorando, manifestándole: ‘cómo le parece papá que ese señor me mandó la mano a la vagina’.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. A solicitud de la Fiscal 85 Seccional de La Ceja, la Juez Primera Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad, en audiencia preliminar reservada celebrada el 20 de abril de 2009, dispuso la captura de ALDEMAR CASTAÑO CARDONA, acto que legalizó la misma funcionaria en audiencia celebrada el 23 del mismo mes, día en que igualmente se cumplió la aprehensión ordenada; en esa fecha, al indiciado se le imputaron cargos como autor de las conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 del Código Penal) en concurso, los cuales no aceptó el imputado. Enseguida, la juez de garantías, a iniciativa de la fiscalía, afectó a CASTAÑO CARDONA con medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

2. El escrito de acusación fue radicado el 11 de mayo de 2009; el 18 siguiente, la Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de La Ceja requirió a la acusadora para que adecuara el escrito a los requisitos del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, en particular en lo referente a la mención de la denominación jurídica del delito. A su turno, la fiscal respondió que no le era posible la modificación solicitada, toda vez que el Modelo estándar de control interno -es decir los formatos empleados por la Fiscalía General de la Nación- lo impedía; no obstante lo anterior, pidió a la funcionaria judicial que citara a la audiencia de formulación de acusación con el fin de efectuar de manera oral las precisiones echadas de menos.

Con estos antecedentes, la audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 16 de junio de 2009. En dicha diligencia, la defensa -con ocasión del trámite descrito en el

artículo 339 de la Ley 906 de 2004- elevó solicitud de nulidad de la medida de aseguramiento, por cuanto estimó irregular que la misma funcionaria judicial que dispuso la orden de captura del entonces indiciado fuera la misma que legalizó la aprehensión, formuló la imputación e impuso la medida cautelar¹.

Así mismo, la defensa -y en ello le halló razón la funcionaria judicial de conocimiento- pidió a la fiscal que aclarara el escrito de acusación en lo atinente a los hechos (particularmente sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que tuvieron lugar y el alcance de la expresión “me mandó la mano a la vagina”) y su adecuación típica.

Frente a lo anterior, la acusadora precisó que el acontecimiento fáctico encontraba tipificación en los artículos 209 y 211-4 del Código Penal (excluyendo así el concurso de delitos) y procedió a detallar los hechos atribuidos, a través de la lectura de la denuncia instaurada por el padre de la niña ofendida y la entrevista practicada a ésta).

Una vez más, la defensa expresó su inconformidad con los requisitos de la acusación; a su turno, la juez expresó que la fiscalía “presentó su escrito como lo consideró”, que los hechos objeto de juicio se contraen a los ocurridos el primero de junio de 2007² y terminó por advertir las consecuencias nocivas de las acusaciones incompletas.

3. La audiencia preparatoria fue celebrada el 18 de septiembre de 2009. A su turno, la vista pública se desarrolló desde el 14 de octubre hasta el 10 de noviembre; en ella, el fiscal acusador pidió la condena en contra del procesado CASTAÑO CARDONA por la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal, denominada actos sexuales con menor de catorce años. Una vez terminada la diligencia, la juez anunció el sentido condenatorio de la sentencia y dio trámite al artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

4. Cumplido lo anterior, el 19 de enero de 2010 fue proferido y leído en audiencia pública el fallo de primera instancia por medio del cual la Juez Penal del Circuito La Ceja condenó a ALDEMAR CASTAÑO CARDONA a la pena principal 48 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, como autor responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 del Código Penal). Al mismo tiempo, la funcionaria judicial le negó al procesado el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como el sustituto de la prisión domiciliaria, y declaró que el incidente de reparación integral habría de tener lugar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo, tal como lo establece el artículo 197 de la Ley 1098 de 2006.

5. La sentencia de primera grado fue apelada por el defensor del procesado y confirmada en su integridad en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, según sentencia del 14 de julio de 2010.

6. Inconforme con lo resuelto, el apoderado judicial del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y lo sustentó a través de la correspondiente demanda.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El apoderado judicial del procesado propone dos cargos de nulidad, así: el primero - principal- lo hace consistir en la ausencia, desde el inicio de la actuación, de un enunciado fáctico que detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos; el segundo -subsidiario- en la falta de precisión en los hechos y delitos imputados al procesado en el escrito de acusación. Sus argumentos se resumen de la siguiente manera:

Cargo principal: nulidad.

Al amparo de la causal de casación que describe el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el demandante pregonó el “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a cualquiera de las partes”. Así, denuncia “la absoluta imprecisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como fueron narrados los acontecimientos en las diferentes etapas”, en particular, desde la audiencia de imputación y en la de formulación de acusación, pues -asegura- solo en la audiencia del juicio oral “se vino a dar claridad por parte de la fiscalía acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo ocurrieron los acontecimientos”.

Afirma que desde la noticia criminal, y durante toda la actuación procesal, siempre estuvo oculta la verdadera descripción de la conducta, pues con ocasión de la denuncia se dijo que los abusos sexuales habían ocurrido en varias oportunidades, mientras que en la vista pública se supo que habían tenido lugar una sola vez. Fue por eso, agrega el casacionista, que el fiscal debió expresar en la audiencia de formulación de acusación que “simplemente, la niña tendrá oportunidad de venir a expresar si rememora y recuerda en el juicio hora, tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos”, como también que los hechos se podían definir de manera abstracta.

Precisa, entonces, que la actuación irregular se contrae a que “desde la misma génesis procesal se cabalgó sobre un enunciado fáctico carente de precisión acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedieron los hechos denunciados”. A lo anterior se suma “la equívoca e inconclusa descripción de la hipotética conducta típica: ‘le mandó la mano a la vagina’”.

Asegura que se vio afectado el derecho de defensa debido a la absoluta inseguridad que generaron las múltiples sindicaciones formuladas, pues en un principio se le imputó a CASTAÑO CARDONA la comisión de varios abusos sexuales; dice que también se vio afectado el derecho de defensa debido a la incertidumbre y desasosiego por no poder

conocer con precisión las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y la imposibilidad de plantear una verdadera estrategia defensiva.

El libelista estima improcedente una condena 'ingenere e insolidum' (sic) por "una conducta típica cometida cualquier día del mes de julio del año 2007".

Indica, por último, que fueron violados los artículos 29 de la [Constitución Política](#), artículos 8-H, 337-2 y 448 de la Ley 906 de 2004; así mismo, que la consecuencia del vicio reseñado debe ser la nulidad de toda la actuación procesal, desde la formulación de la imputación.

Cargo subsidiario: nulidad.

A través de la misma causal que orienta el cargo anterior, el recurrente, tras poner de relieve que desde la denuncia no se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, menciona la irregularidad que denota el hecho de que la fiscalía no hubiera corregido el escrito de acusación, según lo anotado por la juez de conocimiento, en el sentido de cumplir con lo normado en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, más exactamente en lo referente a los hechos jurídicamente relevantes, "pues por parte alguna se observa el delito o delitos los cuales se acusa al procesado" (sic).

Así mismo, el censor reseña la manera en que la fiscal, a través de la lectura de la denuncia, aclaró el escrito de acusación, y recrimina que hubiera respondido a las observaciones de la funcionaria judicial diciendo que "no será posible atender sus requerimientos, por cuanto el Modelo Estándar de Control Interno no cuenta con un formato que cumpla con todas sus expectativas", y que la menor ofendida habría de acudir a la vista pública a precisar las circunstancias en que ocurrió el hecho. Rememora, entonces, que la juez de conocimiento "exteriorizando cansancio dialéctico evidencia su inconformidad y concretamente expresa: 'yo ya no me voy a desgastar más, esto se está volviendo un círculo vicioso... nos vamos a remitir a esos hechos, a eso ha

contraído su escrito”.

Así mismo, reprocha que la aclaración que la fiscalía hizo al escrito de acusación ‘siembra el caos en el enunciado fáctico’, toda vez que de la denuncia se infiere “una mixtura de conductas punibles”. Así, alega que en dicha pieza procesal se habla de que “la niña llegó llorando diciendo que él le había mandado la mano y que había salido persiguiéndola”. Enseguida, el impugnante enuncia otras afirmaciones, así: “Y él empezó a tocar las piernas y me iba a tocar la vagina”, “cuando nosotros íbamos allá le tocaba la nalga”. Por último, reseña un cuestionario que –según dice- de manera ilegal formuló la fiscalía, en el cual la niña ofendida, al ser preguntada cuántas veces el señor ALDEMAR tocó sus genitales, ésta respondió que “por ahí en cinco veces, por que las veces en las que yo iba allá me tocaba la nalga”.

Concluye el recurrente diciendo que “el caos se acentúa, cuando se observa que en el enunciado fáctico desaparece al descripción de la conducta como: ‘le mandó la mano a la vagina’”.

En su criterio, el demandante aduce que de esta manera quedó demostrada la violación al esquema procesal y al derecho de defensa desde el escrito de acusación hasta la sentencia de primer grado, sin que el ad quem “a pesar de la pletórica argumentación expuesta en la audiencia de sustentación” hiciera alguna alusión al respecto.

Indica que la adecuada delimitación de los hechos constituye un elementos consustancial del debido proceso, de modo que es una irregularidad “la equívoca descripción de la conducta contenida en la mixtura enunciada por la titular de la fiscalía, sin que se defina hasta qué punto se afectó el interés jurídicamente protegido con mixtura de conductas enunciada en la aclaración al escrito de acusación”.

Alega que de esta manera fue violado el ‘ordinal’ H del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, como también el 336-2 del mismo estatuto, y se afectó la integridad del escrito y de

la audiencia de formulación de acusación, tanto así que, según dice, la actuación de la fiscal acusadora constituye una vía de hecho.

Por último, agrega que el vicio denunciado impidió el ejercicio del derecho de defensa, que la motivación de las decisiones judiciales constituye una garantía y, además, que se configuró una incongruencia entre la acusación y el fallo. Debido a lo anterior, insiste en que se infringieron los artículos 29 de la Constitución Política, 8-H, 162-4, 337-2 y 448 de la Ley 906 de 2004.

Con apoyo en las consideraciones precedentes, el recurrente “invoca la prosperidad de uno de los cargos formulados”, solicita se aplique la casación oficiosa y se considere la posibilidad de aplicar el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le asiste competencia para resolver sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda de casación, conforme la competencia que fija el artículo 32-1 de la Ley 906 de 2004, en asocio con el inciso 1º del artículo 184 del mismo Estatuto.

Naturaleza y finalidades del recurso extraordinario de casación.

2. Ahora bien, antes de entrar a ocuparse la Corporación en concreto de la demanda que concita su atención, estima conveniente detenerse para insistir en la naturaleza y fines de este instituto extraordinario, así como en los deberes que todo recurrente debe cumplir para tener éxito en sus pretensiones.

Dígase inicialmente que en el nuevo sistema procesal, la casación se concibe como un medio de control constitucional y legal que procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia al término de las actuaciones procesales, a través de las cuales se investigan y juzgan comportamientos punibles, cuando las decisiones proferidas,

o bien el trámite surtido, afectan de manera trascendente y decisiva, derechos de los intervinientes. Por lo tanto, la finalidad del recurso extraordinario no es otra que lograr la efectividad del derecho material desconocido, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia, propósitos que, como lo tiene dicho esta última, son los mismos del proceso penal; así se explica que las causales de casación tengan un diseño encaminado a lograr esos fines.

Lo dicho en precedencia permite afirmar que este recurso extraordinario es consecuencia natural de la función que ejerce la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, según lo determina el artículo 235 de la Carta y, por ende, guardiana de los fines primordiales contemplados en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Deberes del demandante en casación.

3. Respecto de las exigencias que debe cumplir la demanda que sustenta la impugnación extraordinaria, la Corporación ha señalado que aún cuando el nuevo estatuto procesal no las enumera rigurosamente como lo hacía el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que de los artículos 183 y 184 se pueden deducir los siguientes: a) que se señalen de manera precisa y concisa las causales invocadas, b) que se desarrollen los cargos, esto es, que se expresen sus fundamentos o se ofrezca una sustentación suficiente, y c) que se demuestre que el fallo es necesario para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

Esto es así y encuentra su razón en que de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo últimamente citado no será seleccionada la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: i) Si el demandante carece de interés jurídico; ii) Si prescinde de señalar la causal; iii) Si no desarrolla los cargos de

sustentación, y iv) Cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

De lo anterior se desprende, entonces, que de acuerdo con la Ley 906 de 2004, para que la demanda sea admitida, el libelista debe acreditar el interés que le asiste para recurrir a esta sede extraordinaria, así como la real afectación de los derechos o garantías fundamentales; para ello, deberá formular y desarrollar los correspondientes cargos y, por supuesto, demostrar la necesidad de intervención de la Corte para lograr algunos de los fines establecidos para la casación, según lo reseñado más arriba.

Por lo tanto, “el recurso extraordinario de casación no puede ser interpretado sólo desde, por y para las causales, sino también desde sus fines, con lo cual adquiere una axiología mayor vinculada con los propósitos del proceso penal y con el modelo de Estado en el que él se inscribe.”

“En otros términos, las causales determinan la forma en que procede denunciar la ilegalidad o inconstitucionalidad del fallo y de conducir el debate en sede extraordinaria, pero ellas no son un fin en sí mismo para la viabilidad del recurso, pues éste debe determinarse por la manifiesta configuración de uno o varios de los motivos normativamente establecidos para lograr el desquiciamiento de la decisión impugnada.”

“Claro que por razón de esto no puede llegar a entenderse que el recurso haya sido morigerado en extremo, al punto de quedar librado a la simple voluntad de las partes, sin referencia a ningún parámetro legal, y que se convierta en una fórmula abierta para controvertir sin más las decisiones judiciales según el albedrío del casacionista, lo cual repugna a la noción de debido proceso constitucional, pues la admisibilidad al trámite y la prosperidad de la pretensión queda condicionada a la demostración del interés en el censor, la correcta selección de las causales, la coherencia de los cargos

que a su amparo pretenda aducir, y la debida fundamentación fáctica y jurídica de éstos, además de la necesidad de acreditar cómo con su estudio se cumplirán uno o varios de los fines de la casación”³.

En consecuencia, el recurso extraordinario no es un instrumento que permita continuar el debate fáctico y jurídico llevado a cabo en el agotado proceso y, por lo tanto, no es procedente realizar toda clase de cuestionamientos a manera de instancia adicional a las ordinarias del trámite, sino que debe ser un escrito claro, lógico, coherente y sistemático en el que, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, y conforme el interés que legalmente le asista al recurrente, se denuncian errores, bien sea de juicio o de procedimiento en que haya podido incurrir el sentenciador, procediendo a demostrarlos dialécticamente, con estricta sujeción a los lineamientos que la naturaleza de cada una de las causales de casación y la jurisprudencia de la Sala han impuesto de tiempo atrás.

El caso concreto.

4. Luego de confrontar las consideraciones que vienen de reseñarse frente a los argumentos que soportan el libelo, desde ya la Corporación adelanta su postura en el sentido de que inadmitirá la demanda de casación, debido a su fundamentación insuficiente, particularmente por las ostensibles falencias de postulación y argumentación, y porque no demuestra la materialidad del vicio que denuncia.

Ahora bien, vistas las censuras planteadas, la Corte encuentra necesario recavar en los requisitos que, según lo ha decantado su jurisprudencia, exige esta particular causal de casación:

“La postulación de vicios de nulidad en sede de casación no escapa al cumplimiento de unas exigencias básicas que permitan a la Corte abordar el estudio técnico y jurídico de un fallo o de una actuación, según el caso, con un margen de movilidad relativo, de

manera que la rigidez formal no haga nugatoria la posibilidad de reajustar la estructura del proceso o la actividad de los jueces a la legalidad sin que este medio extraordinario de impugnación pierda sus características esenciales y principalmente su finalidad.”

“Dentro de ese contexto, la proposición de nulidades en esta sede no escapa al cumplimiento de los requisitos que orientan no sólo la impugnación extraordinaria, sino el instituto mismo, de modo que en relación con la causal tercera el casacionista no está relevado de su observancia como quiera que este recurso no es en modo alguno de libre postulación ni permite una amplitud como para que la Sala entre a suplir las deficiencias argumentativas o a corregir los desatinos del libelo.”

“Es así como el demandante en una propuesta de nulidad debe identificar la actuación que contiene la vulneración de las garantías fundamentales de los sujetos procesales o aquella que transgreda las bases de la instrucción o el juzgamiento, precisando el momento a partir del cual se hace necesario retrotraer lo actuado para que sea posible restablecer la legalidad del proceso. Además, le corresponde determinar cuál es la trascendencia directa que el yerro de actividad refleja en el fallo y por qué, de no haber mediado el mismo el desarrollo de la actuación sería otro y por consiguiente otra la decisión final, pues sólo así es factible demostrar que la irregularidad denunciada solo puede remediarse por el remedio extremo de la nulidad.”⁴

Y si bien es cierto que cuando se trata de la causal de nulidad la jurisprudencia de la Sala ha sido laxa en torno al cumplimiento de los requisitos formales para su admisión, de todos modos tal liberalidad no permite que la censura se quede en el simple enunciado ni que la Corte entre a suplir al casacionista, puesto que ello implicaría desnaturalizar el carácter de extraordinario y rogado de la impugnación. En tal virtud, el casacionista debe cumplir con las exigencias de lógica y debida fundamentación necesarias para pretender desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad con que las sentencias impugnadas llegan a esta sede.

Frente a la citada hipótesis, una vez más, la Sala debe reiterar que, en atención al principio de trascendencia, no basta con postular la existencia de la irregularidad que se denuncia sino que es necesario acreditar que incide de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales. Significa lo anterior que el actor debe hacer evidente un perjuicio generado en el yerro in procedendo denunciado, pues, caso contrario, la Corte, por razón del principio de limitación, no puede entrar a complementar o interpretar al censor.

Pues bien, la Sala observa –como ya lo anticipó– que la demanda de casación contiene yerros ostensibles de postulación y fundamentación. Lo primero, por cuanto surge nítido que el vicio que se denuncia en los dos cargos –principal y subsidiario– es en esencia idéntico: la ausencia de precisión e inconsistencias sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos objeto de investigación, con la única diferencia que en el cargo principal la invalidez se extiende desde la audiencia de formulación de imputación y en el segundo a partir de la audiencia de formulación de acusación.

Y en lo segundo, por cuanto el razonamiento que desarrolla el cargo resulta intrascendente para los fines que se propone, pues no alcanza a enseñar a la Corte de qué manera se configura un vicio ostensible y relevante.

El aserto anterior encuentra apoyo en que el casacionista se limita a otorgarle una importancia que no tiene, pero que a la vez conviene a los intereses defensivos, a ciertas particularidades procesales y probatorias que, si bien es cierto, en su momento llamaron la atención de la juez de conocimiento, finalmente no tuvieron mayor relevancia.

En efecto, el censor trae a colación un asunto que suscitó controversia luego de presentado el escrito de acusación, en particular cuando la juez de conocimiento requirió por escrito a la fiscal acusadora para que diera cabal cumplimiento a lo normado en el

artículo 337 de la Ley 906 de 2004, particularmente “en lo referente a los hechos jurídicamente relevantes, pues por parte alguna se observa el delito o delitos los cuales se acusa al procesado, y ese es el acápite más importante del escrito de acusación”.

La acusadora respondió que no le era posible en ese momento modificar el escrito, por cuanto el Modelo estándar de control interno no lo permitía. No obstante lo anterior, solicitó a la funcionaria judicial que convocara a la audiencia de sustentación del escrito de acusación para que allí, de manera verbal, el delegado precisara los puntos echados de menos.

Con estos antecedentes se dio curso a la audiencia de formulación de acusación. En ella, el defensor pidió la nulidad de lo actuado, mas no por la imprecisión en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, sino por un asunto muy distinto cual fue el hecho de que la misma juez de control de garantías que expidió la orden de captura contra el entonces indiciado fuera la misma que legalizó la privación de la libertad, formuló la imputación e impuso medida de aseguramiento, pues –según su criterio- dichas funciones no pueden recaer en el mismo servidor judicial.

Así mismo, el apoderado judicial de ALDEMAR CASTAÑO CARDONA, de manera independiente a la petición de nulidad, solicitó a la fiscalía aclaración del escrito de acusación en lo relativo a los hechos y su adecuación típica.

Fue así que la fiscal acusadora precisó que la conducta investigada se adecuaba a los artículos 209 y 211-4 del Código Penal, y que los hechos habían tenido lugar el 1º de junio de 2007. Más aún, según consta en registro de la audiencia de formulación de acusación –y así lo admite el libelista- la acusadora ahondó en los hechos investigados, así:

“Interviene la Señora Fiscal (cfr 39,00) y expresa que aclara el escrito de acusación, así: la

denuncia fue formulada el 5 de junio de 2007 y los hechos ocurrieron 5 días antes, o sea el primer de julio de 2007. A continuación lee un acápite de la denuncia formulada por el padre de la menor y expresa que de la entrevista realizada a la menor por el sicólogo de la Comisaría de Familia del Municipio de La Ceja, de ahí emergen los hechos y lee:

“PREGUNTADO: Sabes quién es ALDEMAR CASTAÑO CARDONA: Si. PREGUNTADA: Has tenido algún problema con el señor ALDEMAR CASTAÑO CARDONA. CONTESTADA. La vez pasada cuando mi papá me mandó a comparar dos paquetes de arepas, él me las dio y yo le dije que me diera la devuelta y entonces él se salió del mostrador para darme la devuelta y entonces yo estaba parada y él se agachó y él empezó a tocar las piernas y me iba a tocar la vagina, y yo le pegué una patada y entonces yo le dije que le iba a decir a mi papá y entonces él me dijo que no, que él me daba un confite pero que no le dijera, entonces él me tenía agarrada de a mano y yo me puse a llorar y me la soltó, y entonces yo fui donde mi papá y le conté lo que me había pasado [...] PREGUNTADA: El Señor ALDEMAR ha tocado o acariciado tus genitales. Cuántas veces lo hizo. CONTESTADA: Por ahí en cinco veces, porque las veces en que yo iba allá me tocaba las nalgas...”

De suerte que, la anterior aclaración por parte de la fiscal, unida a los hechos narrados en el escrito de acusación⁵, permite concluir de manera fehaciente que en verdad existe total claridad sobre la imputación fáctica y jurídica.

Ahora bien, es necesario hacer notar que debido a la condición de adversarial del proceso acusatorio es a la fiscalía a quien le corresponde formular la acusación, y es el interviniente más interesado en que ese acto procesal se haga de la manera más completa posible, pues de no hacerlo así habrá de correr con el riesgo de no obtener una pronunciamiento judicial acorde con sus expectativas. De manera correlativa, a los demás intervinientes les compete pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos del escrito de acusación, no para impedir la formulación de acusación sino para obtener de la fiscalía las aclaraciones necesarias.

Por otra parte, en el caso que ocupa la atención de la Sala se evidencia que en la oportunidad destinada la solicitud de motivos de nulidad de la actuación, el defensor adujo una circunstancia diferente a la imprecisión jurídica y fáctica de la acusación; sobre este último aspecto se pronunció para pedir a la fiscalía claridad y precisión, y así procedió aquella. Y si bien es cierto, la funcionaria judicial por escrito expresó a la fiscal las deficiencias que, a su juicio, pesaban sobre el escrito de acusación, también lo es que en últimas -tal como le correspondía- dio curso a la presentación del escrito de acusación, con las precisiones introducidas por la fiscal en la diligencia de su formulación.

Tal postura se acoge a los principios del proceso acusatorio, pues ante antecedentes procesales como los aquí reseñados al funcionario judicial -si los intervinientes nada alegan al respecto, o bien después de efectuadas por la fiscalía las precisiones y aclaraciones solicitadas por aquellos- no le queda otro camino que permitir al acusador formular y defender su acusación en el juicio.

Significa lo anterior que por razón de la división de las atribuciones de acusación y juzgamiento, no es al juez a quien le compete corregir las falencias que, en su criterio, afecten al escrito de acusación, menos aún impedir al fiscal la formulación de la acusación. Si llegare a evidenciar en ella yerros sustanciales habrá, entonces, de adoptar en la sentencia la determinación que sea consecuente con las fallas en que pudo haber incurrido el acusador. Por su parte, los demás intervinientes podrán objetar el cumplimiento de los requisitos del artículo 337 para obtener de la fiscalía las precisiones necesarias en la audiencia de formulación de acusación, pero -reitera la Corporación- es en últimas al ente acusador, no al juez con funciones de conocimiento, a quien le incumbe fijar el alcance del correspondiente escrito.

Lo anterior se desprende del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, pues allí se dice que el juez de conocimiento, luego de correr traslado 'a las demás partes' del escrito de

acusación procederá a conceder la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que se pronuncien sobre causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades si las hubiere, como también para que expresen sus observaciones frente al escrito de acusación, en caso de que estimen que no reúne los requisitos del artículo 337 del mismo estatuto. Lo anterior, con el objeto de que la fiscalía “adicione o corrija de inmediato”.

Y, agrega la norma: “Resuelto lo anterior [el juez de conocimiento] concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación”. Nótese que el artículo por parte alguna permite inferir que la corrección del escrito que realiza la fiscalía de manera inmediata deba satisfacer las expectativas del juez de conocimiento, en cuanto al cumplimiento de sus requisitos. Es por eso precisamente que el artículo ordena que una vez corregido el escrito –de la manera en que la fiscalía lo estima del caso- lo que sigue es permitirle al fiscal formular la acusación.

La misma juez de conocimiento, al responder al alegato defensivo en el fallo de primer grado, se refirió a la situación descrita referente a las imprecisiones en el escrito de acusación, así:

“Le asiste en cierta forma razón al defensor cuando expone que en el escrito de acusación los hechos no quedaron muy explícitamente narrados, pues la señora fiscal expresó que de acuerdo a la versión de la menor, el acusado ALDEMAR le mandó la mano a la vagina y que tales hechos sucedieron el primero de junio de 2007. No existe duda de la redacción descuidada de dicho escrito por parte de la fiscal de turno, pues en el mismo no se incluyó la calificación jurídica de la conducta, y cuando la suscrita funcionaria se lo devolvió para que lo corrigiera expuso que no podía hacerlo porque el sistema de gestión interna de la Fiscalía no lo permitía y que en forma oral haría las aclaraciones del caso en la audiencia de acusación.

En dicha audiencia, la señora fiscal aclaró que se procedía por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado de que trata el artículo 209 del Código Penal en concordancia con la circunstancias de agravación punitiva consagrada en el artículo 211#4 de dicha normatividad, dada la edad de la víctima y se ratificó en que los hechos habían ocurrido el 1º de junio de 2004.

Es cierto que dicho escrito de acusación no constituye un modelo en su especie, y que fue la terquedad de la señora fiscal de la época la que no permitió acomodarlo totalmente a los requisitos del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, pero la funcionaria lo corrigió lo mejor que pudo en la audiencia de acusación, por lo que no son admisibles todas las glosas que le hizo la defensa en sus alegaciones finales, porque el artículo 27 de las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 se refiere a los moduladores de la actividad judicial y expone que: ‘en el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia’ y si el escrito de acusación y la audiencia del mismo nombre integran un acto complejo, no hay duda que las falencias de aquel puede corregirse en la audiencia de acusación, pues así lo permite el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal en su parte final, aunque lo ideal es que el escrito de acusación sea lo más claro posible para que no lleve a las consecuencias que cree la defensa se le debe dar en este caso.”

Así las cosas, la juez de conocimiento, en aplicación de la facultad que le asiste de conducir la etapa de la causa, dio por superada cualquier falencia en el escrito de acusación que en su momento le hubiere generado el “cansancio dialéctico” que pregona el impugnante, gracias a las aclaraciones reseñadas por la fiscalía. Y en ello la Sala no ve irregularidad alguna que afecte el debido proceso o el derecho de defensa, pues resulta evidente que los hechos fueron conocidos a cabalidad por la defensa: de no haber sido así, no encontraría explicación razonable que en la audiencia preparatoria –es decir, antes de

que se surtiera la práctica probatoria en el juicio oral- el apoderado judicial de CASTAÑO CARDONA hubiese citado a declarar a Gerardo Castro Castro y a su propia esposa, quienes supuestamente se hallaban presentes en el mismo día, instante y lugar en que ocurrieron los hechos -que el censor afirma desconocer-, y dan supuesta cuenta del ingreso de la niña a la tienda del hoy procesado para comprar una arepas y de los incidentes posteriores.

Una tal petición probatoria solamente podría ser posible si la defensa conoce a ciencia cierta, desde la formulación de acusación, cuáles circunstancias de tiempo, modo y lugar rodearon los hechos.

En otras palabras, resulta evidente que el procesado y su defensor desde la formulación de la acusación supieron que el hecho imputado no era otro que aquel que la juez a quo denominó en el fallo “el incidente ocurrido aproximadamente en el mes de julio de 2007, relacionado con la compra de las arepas”.

Por otra parte, es cierto como lo afirma el impugnante, que a lo largo de esta actuación se han propuesto varias fechas en las que pudieron ocurrir los hechos, lo cual, como bien lo advirtió la funcionaria judicial de conocimiento, se debió al tiempo transcurrido desde la época de ocurrencia de los hechos, la ausencia de fecha en la denuncia, así como al hecho de que esta última pieza procesal no arroje completa seguridad de la fecha de ocurrencia de los acontecimientos.

Pero dicha inconsistencia, así como la mención por la menor de tocamientos en la vagina o en la nalga, fueron resueltos por el juzgador al apreciar que el hecho ocurrió en el mes de julio de 2007 y que los tocamientos efectivamente recayeron en la vagina, forma de ponderación probatoria que por ninguna parte constituye el caos argumentativo que pregonan el recurrente, ni genera una indeterminación jurídica y fáctica de tales proporciones que impida el conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar

de los hechos.

Los razonamientos precedentes ponen de relieve la intrascendencia del argumento casacional que ofrece el recurrente, en la medida en que no atina a identificar nada diferente de una irregularidad que se corrigió satisfactoriamente dentro del proceso, sin acreditar de qué manera incidió en el derecho de defensa o el debido proceso.

La insuficiente argumentación así descrita hace innecesario entrar a elaborar razonamientos adicionales respecto de otras falencias que de igual manera afectan la demanda de casación, como la falta de identificación de la providencia impugnada; lo impreciso de la petición elevada a la Sala como consecuencia de los cargos formulados, puesto que el censor se limita a reclamar “la prosperidad de uno de los cargos formulados”; lo improcedente de una petición en el sentido de implementar una modalidad de casación que, como la discrecional, no existe en la Ley 906 de 2004; la ausencia de sustento de una alegación de incongruencia entre la acusación y el fallo que apenas se queda enunciada y, en fin, el improcedente reproche de la ilegalidad en la aducción de una cierta prueba, dentro de un cargo orientado por vía de la nulidad.

5. En conclusión, por faltar al deber de trascendencia, el cargo formulado no será admitido a esta sede extraordinaria. Por otra parte, no se avizora la necesidad de admitir el libelo, tal como lo autoriza el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, con el fin de actualizar alguno de los fines de la casación reseñados al inicio de estas consideraciones.

Acotación final

6. Habida cuenta que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley

906 de 2004, es necesario precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación⁶, como sigue:

- a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.
- b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
- c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.
- d) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ALDEMAR CASTAÑO CARDONA.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

COMISIÓN DE SERVICIO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

PERMISO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

PERMISO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

JORGE LUIS QUINTERO MILANES
SOCHA SALAMANCA

JULIO ENRIQUE

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 La solicitud de invalidez fue negada por la juez de conocimiento y, tras ser apelada por el apoderado judicial de CASTAÑO CARDONA, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, a través de auto del 22 de julio de 2009.

2 Más adelante, en el trámite del juicio se precisó que los hechos ocurrieron el 5 de julio de 2007 y que la mención de la fecha 1º de junio fue un error.

3 Casación 24026 del 20 de octubre de 2005, casación 24610 del 12 de diciembre de 2005, entre otras.

4 Sentencia de 18 de noviembre de 2004, radicación No. 21850

5 Dicha pieza procesal señala lo siguiente: “El 1º de junio de 2007 el señor Julio César Garzón Marulanda ante la Comisaría de Familia de La Ceja denuncia que al enviar a su hija [...] de 10 años a comprar arepas a la charcutería de ALDEMAR CASTAÑO CARDONA, ubicada en el barrio Movilia donde residen, inicialmente la niña se niega aduciendo que le da pereza por cuanto cuando ella se dirige a dicho lugar, este señor la manda la mano (sic), el padre insistió en el mandado y al rato llega la niña llorando manifestándole: ‘cómo le parece papá que ese señor me mandó la mano a la vagina’ y que había salido persiguiéndola. En su denuncia agrega que su otra hija [...] también le había relatado que le había sucedido lo mismo y ellos creyeron que les decía mentiras, hasta que decidió denunciar.”

6 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.