

Proceso n.º 35408

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 413.

Bogotá, D.C., nueve de diciembre de dos mil diez.

V I S T O S

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado FERNANDO BARRERA JIMÉNEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 17 de septiembre de 2010, confirmatoria de la emitida el 21 de enero de este año por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño, Vichada, en la cual se condenó al acusado a la pena principal de 147 meses de prisión, como autor de varios delitos de actos sexuales con menor de catorce años y otros tantos de incesto. Allí mismo se decretó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la privación de la libertad, y se negó al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. No hubo condena en perjuicios civiles.

H E C H O S

En el fallo atacado, se narró lo ocurrido, de la siguiente forma:

“Los hechos ocurren desde el año 2007 hasta el 31 de marzo de 2009, en el municipio de Puerto Carreño, lapso durante el cual las menores J.F.B.G y A.E.B.G de 13 y 11 años de edad respectivamente fueron objeto de manipulación sexual por parte de su progenitor FERNANDO BARRERA JIMÉNEZ.

DECURSO PROCESAL

Presentado el escrito de acusación -el 26 de agosto de 2009- y asumida competencia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño, Vichada, el día 4 de septiembre de 2009, se celebró la audiencia de formulación de acusación.

Los días 29 de septiembre y 19 de octubre de 2009, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

Durante el 23 de noviembre, 9 y 10 de diciembre de 2009, se llevó a cabo la audiencia de juicio oral, al final de la cual el Juez de primer grado anunció sentido de fallo condenatorio por los delitos objeto de acusación.

El 21 de enero de 2010, se profirió la sentencia de primer grado, apelada allí por la defensa, el procesado y el Ministerio Público.

El 17 de septiembre de 2010, se profirió el fallo de segundo grado, que confirmó en su integridad lo decidido por el A quo.

En contra de esa decisión interpuso la defensa el recurso extraordinario de casación, en escrito que ahora se analiza en su corrección argumentativa y debida fundamentación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Cargo Primero

Así lo rotula el casacionista “Solicitamos se case la sentencia impugnada en virtud de

haberse dictado la misma por aplicación indebida de una norma del Bloque de Constitucionalidad y legal. Que afecta en forma trascendental los derechos fundamentales del imputado”

Para desarrollar el punto, el demandante advierte que la sentencia atacada vulneró el principio non bis in ídem, en razón de lo cual incrementó indebidamente la pena a descontar por su representado legal.

A renglón seguido, transcribe un apartado del fallo de segundo grado en el cual se desecha la argumentación ofrecida por el apelante para fundar la tesis de que no puede condenarse, frente a un mismo hecho, por el acto sexual y el delito de incesto.

A continuación, cita el demandante algunos apartados de jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la naturaleza y efectos del principio non bis in ídem.

Luego, toma la descripción típica del delito de actos sexuales con menor de catorce años y la contrasta con el ilícito de incesto, para significar que el primero atiende a un sujeto activo indeterminado, al tanto que el segundo demanda de sujeto activo calificado (familiar de la víctima) y, en consecuencia, como el acusado es el padre biológico de las menores afectadas, debe atribuírsele únicamente la conducta punible de incesto, ya que se cubre la exigencia de que exista identidad de objeto, sujeto y causa, en palabras de la Corte Constitucional.

Estima el casacionista, en consecuencia, que al condenar a su prohijado legal por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso con incesto, se han violado los artículos 29 de la Carta Política y 6° del Código de Procedimiento Penal, atinente al principio de legalidad.

En consecuencia, pide que se case la sentencia para dictar “el fallo que legalmente corresponde”.

2. Cargo Segundo

Con auxilio en la causal tercera dispuesta en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente asevera que la sentencia se dictó con manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas.

En concreto, significa el impugnante que las entrevistas recabadas inicialmente a las menores afectadas “no fueron tomadas en la forma que la ley lo indican (sic)” razón suficiente para que se decrete su nulidad, acorde con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Remite el demandante a lo alegado en la apelación, referido a que no se cumplieron, en la recepción de las entrevistas aludidas, los preceptos regulatorios del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, para controvertir que si bien, como lo respondió el Ad quem, esa norma no estaba vigente para el momento de la diligencia, es lo cierto que tampoco se siguieron los lineamientos de los artículos 114, 117, 200, 202 y 205 de la Ley 906 de 2004, dado que en ninguna de esas normas establece que puedan recabarse las versiones por personal al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Reitera que el artículo 150 de la Ley de Infancia y Adolescencia, exige la presencia del representante legal de los menores. Agrega que incluso el artículo 274 del Decreto 2737 de 1989, estatuto vigente para el momento de realizarse las entrevistas, exigía que por orden del juez, los menores víctimas podrían estar asesorados de médico, sicólogo u otro profesional designado por el ICBF.

Entonces, concluye, si no estaban las menores acompañadas de su representante legal, ni las entrevistas fueron ordenadas por un juez, es manifiesta su ilegalidad.

Eliminadas esas entrevistas, añade el demandante, como en el juicio una de las afectadas dijo que todo obedecía a una trama urdida por su hermana, y ésta señaló no

saber nada de los abusos "...y fue solamente cuando la señora Fiscal rompiendo claramente la legalidad de los artículos 438 y 437 del Código de Procedimiento Penal, indujo a la menor para que declarara conforme a lo dicho en la entrevista...".

Acorde con lo anotado, pide el defensor del procesado, que se case la sentencia para eliminar de los elementos de juicio pasibles de considerar, esa prueba que estima ilegal, y en consecuencia emitir fallo absolutorio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Previo a examinar los cargos presentados por el impugnante en contra de la sentencia objeto de censura, debe relevarse cómo, con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado ya de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afectan garantías de las partes, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, así redactado:

"Finalidad. El recurso 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"

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004, faculta a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, de la potestad de superar los defectos de que adolezca la demanda, a efectos de que pueda emitirse pronunciamiento de fondo -art. 184, inciso 3°-.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de la norma citada: "el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente

que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte¹:

“De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

“Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

“1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;

“2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;

“3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

“De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

“a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a

regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

“b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

“En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas².

“Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia³.

“c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción⁴, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad -distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio-, del falso juicio de existencia -declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso- y del falso raciocinio -fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica-.

“La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle

conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.”

Establecidas las premisas básicas de evaluación, abordará la Sala la demanda de casación, de conformidad con los cargos planteados por el casacionista.

1. Cargo Primero.

Evidente surge el absoluto desconocimiento que tiene el demandante acerca de la dogmática que regula el concurso de conductas punibles y, en particular, la figura que atiende al llamado concurso ideal.

Desde luego que es posible, sin que ello represente vulneración al principio non bis in ídem, condenar a una persona por dos diferentes delitos, así la conducta ejecutada, fenoménicamente hablando, haya sido una sola.

No en vano, sobre el particular, el artículo 31 del C.P., cuando regula el concurso de conductas punibles, establece que al mismo opera respecto de quien “con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición”.

Claramente el fallo de segunda instancia respondió con suficiencia la inquietud del defensor, planteada desde la apelación, a través de los siguientes argumentos, que nunca fueron controvertidos por el defensor en el escrito de casación aquí examinado:

“Respecto de la violación al principio de “non bis in ídem” por la condena de incesto y acto sexual con menor de 14 años, para lo cual de manera extraña se cita por el defensor la sentencia C-521-09 –que nada tiene que ver con el incesto sino con la declaratoria de constitucionalidad condicionada del numeral 5 del artículo 211- dígame que esta pretensión resulta inadmisible de cara a la figura del concurso ideal o formal de tipos consagrado en el artículo 31 inciso primero del Código Penal.

Este se presenta cuando la acción desplegada por el agente se adecua a varias figuras típicas que no se excluyen entre sí porque esta acción no solo lesiona un nuevo bien jurídico sino que el daño se extiende cuantitativamente por encima de la medida del ya producido. Esta figura supone dos modalidades la heterogénea que implica la realización de una acción en sentido ontológico-normativo y la realización de una pluralidad de conductas típicas y la homogénea cuando una acción encaja varias veces en el mismo tipo penal. Precisamente la acción de quien accede carnalmente a su hija o realiza actos sexuales sobre esta es el mejor ejemplo del concurso ideal heterogéneo puesto que se lesiona de una parte la integridad formación y libertad sexual y de la otra por virtud del parentesco consanguíneo se afecta la familia.”

Resta agregar que la cita jurisprudencial traída a colación por el demandante para soportar su tesis, lejos de prohiarla la refuta, desde luego, si se examina en todo su sentido y extensión y no de forma sesgada y fragmentaria, como evidentemente lo hizo el casacionista.

No es que, como interpreta el impugnante, deba escogerse entre los delitos ejecutados en concurso y el factor fundamental para ello sea el de especialidad, pues, una dicha actividad interpretativa opera en frente del llamado concurso aparente de tipos penales, referido a los casos en los cuales un comportamiento parece encajar en varias descripciones típicas y, entonces, para elegir la adecuada se acude a este postulado de especialidad, por virtud del cual, para el asunto estudiado, desde luego que la condición de

padre es más específica para el delito de incesto, que la de sujeto indeterminado respecto al de actos sexuales con menor de 14 años.

Sucede, sin embargo, que no nos hallamos en frente de una tal confusión de ubicación típica, pues, es claro que con su actuar el procesado además de afectar el desarrollo sexual armónico de sus hijas, atacó el núcleo familiar y, en consecuencia, ejecutó los dos delitos por los cuales se le condenó en las instancias.

Por lo demás, parece olvidar el demandante que la referencia de la Corte Constitucional, en la sentencia C-521 de 2009, por él citada, a los elementos de identidad de sujeto, objeto y causa, nada tiene que ver con lo alegado, en tanto, se refiere a los casos en los cuales distintas jurisdicciones sancionan por el mismo asunto, frente a lo cual advierte la alta Corporación que ninguna afectación al principio en cuestión se causa, precisamente porque no existe esa identidad de causa.

La ostensible impropiedad de lo alegado por el recurrente, obliga a que se inadmita el primer cargo.

2. Cargo Segundo

Bastante desenfocado aparece el cargo propuesto por el casacionista, evidentemente interesado en dejar sin efecto la prueba básica de incriminación, para lo cual recurre a una bastante artificiosa manifestación de irregularidad que jamás soporta adecuadamente, pues, para soportarla normativamente acude a estatutos que no regulan el caso o lo hacen de manera diferente a la propuesta; omite significar la afectación concreta que la práctica probatoria atacada comporta; y, finalmente, deja en el camino la demostración de trascendencia del presunto yerro propuesta.

Respecto de lo primero, basta significar que bien poco efecto puede tener, en punto de la pretensión de nulidad, recurrir a lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006,

Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando de entrada se admite que ese estatuto aún no se hallaba vigente cuando se recabaron, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las entrevistas de las menores afectadas.

Mal puede exigirse hoy que se respete lo que para ese momento no se conocía ni mucho menos regía el asunto, así que carece de sentido insistir, como lo hace el demandante, en el contenido del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, para soportar el cargo.

Ahora, la cita que se hace del artículo 274 del Decreto 2737 de 1989, Código del Menor derogado, resulta abiertamente impertinente, en tanto, su texto claramente se dirige a facultar del juez que conoce del asunto, pedir a favor del menor víctima de un delito, asesoría de médico, sicólogo u otro profesional adscrito al ICBF, asunto que en nada incide respecto de la entrevista rendida en este proceso por las menores, entre otras cosas, para zanjar el asunto, porque la diligencia se realizó precisamente por profesionales al servicio de esa entidad.

Y si no se ordenó por el juez la asesoría a la que alude la norma, ello obedece, de un lado, a que la facultad del funcionario se ofrece potestativa, y del otro, a la evidencia inconcusa de que en la etapa investigativa ningún juez ha asumido el conocimiento del asunto; mucho menos, si en el sistema acusatorio esa investigación se adelanta por la Fiscalía o la defensa, de forma autónoma, en calidad de partes.

Por último, en lo que a este tópico respecta, inane se ofrece citar la presunta vulneración de lo contemplado en los artículos 114, 117, 200, 202 y 205 de la Ley 906 de 2004, si ni siquiera se dice qué consagran esas normas o cómo en concreto inciden sobre lo que se discute.

En segundo lugar, si se conoce que esas normas que imponen recabar el testimonio o entrevista de los menores en determinadas circunstancias, buscan especialmente

proteger la integridad física y mental de estos, a fin de evitar una doble victimización o atentados contra su intimidad, es deber del demandante, si dice que se presentaron irregularidades en las entrevistas surtidas ante el ICBF, demostrar la efectiva afectación de derechos fundamentales o, cuando menos explicar cómo la ausencia de la representante legal en las diligencias, constituyó factor fundamental que vició lo atestiguado, dígase, haciéndolo mendaz, tendencioso o interesado.

Finalmente, si se trata de eliminar, por la vía de la nulidad del elemento de conocimiento, algún factor suasorio tomado en cuenta para emitir el fallo, la buena fortuna del cargo implica demostrar la trascendencia del yerro, para lo cual asoma ineludible realizar una nueva evaluación conjunta de las pruebas, desde luego, eliminando las que se estiman inválidas, para así determinar que no se soporta la sentencia de condena criticada.

Nada de ello intenta el impugnante, quien se conforma con indicar que las menores supuestamente se retractaron en la audiencia de juicio oral, pero contradictoriamente afirma que ello sólo ocurrió respecto de una de ellas, dado que la segunda sí ratificó sus dichos, aunque por presiones indebidas presuntamente ejercidas durante el interrogatorio por la Fiscalía.

Esa manifestación de las presuntas presiones debió adelantarla el recurrente como un cargo concreto, en lugar de utilizarla aisladamente para ocultar o minimizar que incluso con la erradicación de las entrevistas, sí existe prueba válida y directa, practicada durante el juicio, que incrimina a su representado legal.

Colofón necesario de los yerros de fundamentación antes destacados, es la inadmisión del cargo.

Finalmente, atendido que la Corte no observa en el trámite del asunto o lo consignado en el fallo atacado, violación de garantías fundamentales que haga necesaria la intervención oficiosa, se inadmitirá la demanda de casación presentada por el

defensor del acusado.

Cuestión final.

Habida cuenta de que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el Art. 186 de la Ley 906/04, impera 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 aplicación⁵ 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 por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal -siempre que el recurso de casación no hubiera sido interpuesto por un 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 haya salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

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.

Página que contiene parte resolutive y firma de la Presidenta de la Sala

Casación sistema acusatorio N° 35.408 -Inadmite demanda-

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

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de FERNANDO BARRERA JIMÉNEZ, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con el punto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Página que contiene firma de 7 Magistrados

Casación sistema acusatorio N° 35.408 -Inadmite demanda-

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto del 2 de noviembre de 2006, Radicado 26.089

2 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

3 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.530.

4 ib. radicación 24.530

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