

Proceso nº 32878

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado Acta No. 404

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil once (2011)

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso de casación discrecional, interpuesto por el apoderado del procesado ARMANDO CÁRDENAS MELO contra el fallo del 11 de junio de 2009, por medio del cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó el dictado el 21 de noviembre de 2007 por el Juzgado Penal del Circuito de Purificación (T), que lo condenó a prisión de cinco (5) años y tres (3) meses, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicos por un período igual al previsto para la pena privativa de la libertad y le negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, al hallarlo autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En fecha indeterminada del mes de febrero de 2004, en la vereda Corrales del municipio de Prado, ARMANDO CÁRDENAS MELO aprovechó que la menor O. M. A. R.,

quien para esa época tenía doce años de edad, se encontraba sola rodeando al ganado en el potrero de la finca en la cual vivía con sus padres, para accederla carnalmente; acto que según la pequeña, consumó el procesado por lo menos en tres ocasiones más.

El 6 de julio de 2004, el Fiscal Primero de la Unidad Seccional de Fiscalías de Purificación, profirió resolución de apertura de instrucción contra Luis Ramírez, por el delito de acceso carnal violento con menor de 14 años¹.

El 10 de diciembre de 2004, la misma Fiscalía dispuso la captura y oír en indagatoria a ARMANDO CÁRDENAS, en relación con los cargos imputados por la menor O. M. A. R.2.

El 14 de abril de 2005, ARMANDO CÁRDENAS fue declarado persona ausente.

El 17 de marzo de 2006, el Fiscal Primero le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva junto con Luis Ramírez, por el delito de acceso carnal violento agravado, en concurso homogéneo y sucesivo³.

El 2 de junio de 2006, la Fiscalía 1ª Seccional declaró cerrada la investigación y el 20 de diciembre del mismo año, acusó al reo ausente ARMANDO CÁRDENAS como presunto autor del delito de acceso carnal violento, en concurso homogéneo y sucesivo⁴.

El 17 de enero de 2007, el Juez Penal del Circuito de Purificación asumió el conocimiento del juicio, funcionario que en la audiencia preparatoria, dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, fijando con posterioridad fecha para la audiencia pública, la cual se llevó a cabo en tres sesiones.

El 21 de noviembre de 2007, profirió sentencia condenatoria a ARMANDO CÁRDENAS, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso

homogéneo y sucesivo, la que impugnada por la defensa, fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Ibagué, siendo ésta el objeto del recurso de casación.

DE LA DEMANDA

Se proponen dos cargos.

Cargo Primero. Con sustento en la causal primera del artículo 207 de la ley 600 de 2000, se alega la violación directa de la norma de derecho sustancial, por falta de aplicación del artículo 404, numerales 1 y 2, de la ley 600 de 2000.

El censor, expresa que en la audiencia pública, el Fiscal pidió al juez dictar sentencia conforme al delito imputado en la acusación, o que a partir de la declaración de la menor en el desarrollo de la vista pública, lo hiciera por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, omitiendo ambos funcionarios su deber de señalar e ilustrar al acusado sobre sus derechos y opciones.

En opinión del actor, la petición del Fiscal al pedir la variación de la calificación jurídica provisional, incumple los requisitos previstos en el artículo 404 de la ley 600 de 2000, porque en vez de solicitar la aplicación del procedimiento señalado en el numeral primero, invocó la “sabiduría” del juez para que este decidiera su pertinencia.

Considera que en el caso de hallarla procedente, el juez debía informar en la audiencia pública su decisión, ya que la variación de la calificación no es un acto discrecional de él, mientras la ley dispone la obligación de correr traslado de la petición a las partes, para que si lo estimaran oportuno solicitaran la continuación de la diligencia, su suspensión con el fin de estudiarla o la práctica de las pruebas necesarias.

La omisión de ese mandato, por el juez, desconoce el debido proceso y el derecho a la defensa, al privársele de la oportunidad de organizar la defensa a partir del nuevo cargo y negarle la posibilidad al acusado de aceptarlo o colaborar en el proceso y obtener una rebaja de pena sustancial, si desde el inicio se hubiera señalado el delito por el cual se le iba a condenar.

Pide declarar nulo el juicio a partir de la solicitud de variación de la calificación jurídica, para que repetida la misma con la observancia de los requisitos legales, se permita al acusado la opción de aceptar los cargos o acogerse a los beneficios por colaboración con la justicia.

Cargo segundo (subsidiario). Con sustento en la causal segunda del artículo 207 de la ley 600 de 2000, denuncia la violación del principio de congruencia entre acusación y sentencia.

El actor reproduce la parte de la sentencia que deja en evidencia el error formulado en el reparo, y advierte a continuación, la imposibilidad de omitir dicho principio y desconocer el juez los límites para dictar el fallo, en razón a su relación con el debido proceso.

Insiste en el derecho del acusado a conocer el delito por el cual se le acusa, a la vez que reitera la necesidad del juez de informar la variación de la calificación jurídica, pues al negar a las partes la posibilidad de pronunciarse acerca de la misma, coartó el derecho del procesado a aceptar los cargos y a acogerse a los beneficios por colaboración, que le resultaban más favorables.

Señala que la favorabilidad de la pena no justifica el error, como tampoco es un favor condenarlo por un delito de pena menor, constituyendo un vicio de procedimiento, que evidencia la falta de criterio y compromiso de la fiscalía para averiguar los hechos, por el incumplimiento del mandato de la investigación

integral, ya que desde la entrevista de la menor, pudo haberla enfocado a establecer los actos sexuales abusivos.

Como entiende que fueron afectadas gravemente las garantías del acusado, pide invalidar la actuación desde la acusación inclusive, para que la misma guarde armonía con los hechos del proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Cargo Único. Para el Procurador Delegado, el principio de congruencia constituye base esencial del debido proceso, porque la acusación es el marco fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del estado, a partir de la cual el procesado puede desplegar el ejercicio de su defensa, con la garantía que no será condenado por un hecho distinto o no imputado.

Señala que las circunstancias específicas de atenuación y agravación de la punibilidad hacen parte de la acusación, como también son elementos del tipo básico en particular, de modo que deducidas, el acusado no tiene duda acerca de las consecuencias punitivas derivadas del cargo imputado en la acusación.

Conforme con ese principio que involucra el derecho de defensa y la lealtad procesal, del cual también hace parte la estructura jurídica y lógica del proceso, considera que en la audiencia pública, el Fiscal no pidió la variación de la calificación jurídica, sino que sugirió al juez la condena del acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en vez del acceso carnal violento formulado en la acusación, la cual finalmente fue atendida.

Expresa que las consideraciones del Fiscal no daban lugar al trámite previsto en el artículo 404 de la ley 600 de 2000, el cual sólo es obligatorio, cuando se busca agravar la situación del acusado; luego, si lo pretendido era una condena por un

delito menor, basta con la alegación en ese sentido.

Sustenta su criterio en decisiones jurisprudenciales que cita, para concluir que como no se presentó ninguna irregularidad, que implicara la exclusión evidente de la disposición citada, el cargo no está llamado a prosperar.

Cargo segundo (subsidiario). Manifiesta que la violación del principio de congruencia no impone la anulación de la sentencia, tesis que recuerda con fundamento en una cita de la Corte. Agrega que en recientes decisiones se admite la posibilidad de variar la calificación jurídica, sin que se vulnere dicho principio.

Advierte que en materia de delitos sexuales, en especial a partir de las regulaciones de 1980, se considera imposible sostener, que el acceso carnal consentido con menor de catorce años configure un acto violento, de ahí que se le califique de abusivo, en razón a su incapacidad para actuar libremente y disponer de su sexualidad.

Finaliza diciendo que la prohibición penal, en relación con la libertad absoluta del menor de 14 años para ejercer su sexualidad, debe mantenerse, sin exigencias adicionales distintas a su incapacidad para entender el significado del acto y la perturbación que produce en él, de manera que la instancia no obró con desatino, cuando condenó al acusado por el delito de acceso carnal abusivo.

Pide no casar la sentencia impugnada, porque el cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo Primero. En la demanda, se postula la violación directa de la norma de derecho sustancial, por falta de aplicación del artículo 404, numerales 1 y 2, de la ley 600 de 2000.

Aun cuando la Sala tiene dicho que el artículo 404 de la ley 600 de 2000 es de carácter instrumental y no sustancial⁵, al regular sólo el procedimiento que el fiscal o el juez deben seguir para la variación de la calificación jurídica provisional en la audiencia pública, lo que impediría alegar por la vía directa su falta de aplicación, también sostiene que ajustada la demanda, corresponde decidir de fondo, sin consideración a las falencias de técnica que pudiera presentar, en el entendido que una declaración de esa naturaleza, presupone el cumplimiento de sus requisitos mínimos.

Formulada la precisión anterior, es pertinente recordar que si el mecanismo previsto en la disposición procesal citada, procede únicamente, cuando la variación de la calificación jurídica provisional pretende agravar la situación del procesado, el reparo no tiene vocación de prosperidad.

En efecto, dicha tesis que permanece invariable, expresa que la disposición legal permite la variación de la calificación jurídica provisional y no el supuesto fáctico de la acusación, siguiendo el procedimiento establecido en ella, cuando la misma persigue causar agravio al acusado, según se infiere de la norma y de la posibilidad del juez de degradar su responsabilidad.

De ahí, que de tiempo atrás se sostenga que “Sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor). La anterior característica emana no sólo del texto de la norma que se refiere al “reconocimiento de una agravante”, “desconocimiento de una circunstancia atenuante”, y no a la inversa, sino del hecho de que el juez, al resolver los cargos imputados en la resolución de acusación, puede, como se analiza adelante, degradar la responsabilidad. De manera que si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar y no proceder a modificar la calificación a su

favor.6”.

Luego, el trámite previsto en el artículo 404 de la ley 600 de 2000 es innecesario, cuando el juzgador degrada la responsabilidad del acusado, o cuando el fiscal pide su condena por una conducta de menor entidad a la imputada en la acusación, o el reconocimiento de circunstancias de atenuación punitiva o causales que aminoren el compromiso penal del acusado.

La jurisprudencia es reiterativa al señalar, que si la variación en la calificación jurídica de la acusación reporta beneficio al procesado, en razón de este “... se muestra innecesario tal trámite, dado que el juez puede degradar la responsabilidad, pudiendo incluso si el fiscal considera que el acusado debe ser condenado por una especie delictiva de menor entidad que la imputada en la acusación o que se le debe reconocer una circunstancia atenuante o alguna causal que aminore o aún excluya su compromiso penal, simplemente bastará con que sea alegado en su intervención.”7.

Recientemente agregó “que si la Fiscalía observa que es necesario atenuar la imputación, no requiere acudir a la variación de la calificación jurídica provisional, pues le basta así plantearlo en su intervención final, para que sea el juez quien decida si lo tiene en cuenta o no, de modo que la referida variación sólo es necesaria cuando se trata de hacer más gravosa la situación del acusado, v.g. se varía de homicidio culposo a doloso, de cómplice a coautor, etc., y es por tal razón que en el mencionado precepto se alude al “reconocimiento de una agravante” o al “desconocimiento de una circunstancia atenuante”, en el entendido que el juez está facultado para degradar la responsabilidad.”8.

Con dichos precedentes, ni el fiscal ni tampoco el juez omitieron el procedimiento indicado en los numerales 1 y 2 del artículo 404, en la medida que no estaban obligados a adelantar el trámite previsto en ellos, ya que la solicitud del primero, consistente en

condena por un delito distinto al de la acusación, con atención al testimonio de la menor, comportaba para el acusado una situación jurídica favorable, en términos de punibilidad.

Ciertamente el Fiscal al concluir su intervención, además de solicitar la condena del procesado por el delito imputado en la acusación, invocó la “sabiduría” del juez, para que considerara con fundamento en la declaración de la víctima rendida en la audiencia pública, en la cual “acepta y reconoce haber sostenido relaciones sexuales con ARMANDO CÁRDENAS MELO”, juzgarlo por el delito de acceso carnal abusivo, porque era menor de 14 años en ese momento, en el evento que no diera por probado el acceso carnal violento.

Aun cuando el fiscal, no utiliza los términos jurídicos deseables para solicitar condena por el delito de menor entidad, con sustento en la prueba practicada en la audiencia pública, la defensa no solicitó la suspensión de la audiencia, la práctica de pruebas, ni tampoco dijo nada

Por el contrario, sustentó la tesis de la absolución del acusado, en su afirmación según la cual, los hechos “ocurrieron tal como lo expresó ORFA, la presunta víctima con su voluntad, con su agrado, relaciones que sostuvieron producto del amor como que fueron novios”, y “ella, contra viento y marea, contra las arremetidas de la Fiscal se sostuvo y dijo ARMANDO CÁRDENAS, nunca me violó, yo si tuve relaciones con él pero fueron con el concurso de mi voluntad, era mi novio”.

Al “dejar reducida mi [su] alegación”, a la aceptación de relaciones sexuales del acusado “consentidas” por la menor, a partir de lo declarado por ella en la audiencia pública, la condena responde finalmente a un cargo que la misma defensa admite, en tanto que siendo menor de catorce (14) y mayor de doce (12) años, conforme a lo establecido en el proceso, las mismas resultan punibles, porque la ley en

razón a la edad, no le reconoce a la víctima en este caso, libertad de disposición sexual.

En esas circunstancias, no hubo desconocimiento del debido proceso, porque como se ha señalado, no había lugar a seguir el procedimiento que echa de menos el actor, ya que ante la solicitud del fiscal para que se condenara al acusado por un delito sancionado con pena menor, el juez no estaba obligado a dar traslado de la petición a los sujetos procesales, como tampoco a hacerle saber la necesidad de la variación de la calificación jurídica del delito, cuando precisamente aquel en su intervención oral la había insinuado.

Así mismo, la afectación del derecho de defensa sustentada en conjeturas e hipótesis inciertas carece de demostración; primero, porque el acusado nunca compareció al proceso, fue juzgado en calidad de reo ausente, y segundo, no podía ilustrarse a quien precisamente no asistió a la audiencia pública, mientras la defensa, tuvo oportunidad en su intervención de discutir la solicitud de condena, por un delito distinto al de la acusación.

Finalmente, el actor no discutió lo probado en el juicio, por el contrario, aceptó la existencia de relaciones sexuales entre la menor y el acusado.

El reparo no prospera.

Cargo segundo (subsidiario). Con sustento en la causal segunda del artículo 207 de la ley 600 de 2000, denuncia la violación del principio de congruencia entre acusación y sentencia.

En principio, pareciera que el recurrente no tuviera interés en la proposición del reparo, porque de prosperar, la situación jurídica del acusado empeoraría con la imposición de una pena mayor, en la medida que la sentencia se dictaría de acuerdo con los cargos de la

acusación.

En efecto, quien en casación denuncia la vulneración del principio de congruencia parte del supuesto de admitir como válida la acusación, ya que la consecuencia inmediata de su demostración es el proferimiento del fallo de reemplazo y no la absolución del acusado o la nulidad del proceso, pues lo reclamado a través de él, es la consonancia entre la acusación y la sentencia.

Ahora bien, la importancia del principio es indiscutible, a tal punto que en la ley 600 de 2000 y disposiciones anteriores a ella⁹, su violación o desconocimiento siempre ha constituido motivo para acudir a la impugnación extraordinaria.

Por lo demás, tampoco existe ninguna duda, en que la acusación es el marco conceptual fáctico y jurídico, bajo el cual ha de desarrollarse el juicio, y el fallo dictado a su culminación, debe guardar consonancia con lo probado y debatido en él, como garantía encaminada a preservar el derecho de defensa.

En consecuencia, es pertinente recordar que la congruencia se predica respecto de la imputación fáctica, de modo que si esta no resulta alterada con la variación de la calificación jurídica, el principio no resulta desconocido.

Puesto que la Corte ha señalado, que el mismo no exige plena correspondencia entre la acusación, acto jurídico complejo, y la sentencia, sino la existencia de “un eje conceptual fáctico jurídico”, en el que la nueva calificación jurídica de la conducta, respete la imputación fáctica contenida en él.

De suerte, que si la ley en el juicio permite la mutación de la calificación jurídica, en las circunstancias previstas en el artículo 404 de la ley 600 de 2000, o dictar sentencia por un delito menor a iniciativa del juez o por petición del fiscal, es innegable que la consonancia pueda predicarse con cualquiera de ellas¹⁰.

Desde esta perspectiva, en el asunto, la condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, impuesta al acusado, respeta el núcleo básico de la acusación, en cuanto el supuesto fáctico del acceso carnal no es desconocido con ella, mientras de otro lado, la defensa sostuvo su existencia, a partir de lo declarado en el juicio por la menor.

Además, si en el juicio se probó tal hecho y el fiscal pidió condena por lo probado en la audiencia pública, el principio de congruencia no ha sufrido mengua, si se tiene en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia el mismo se preserva, cuando la sentencia es consonante con la petición del fiscal, se impone por un delito menor al de la acusación y, como en este caso, se sustenta en prueba sobreviniente.

De ahí que el discurso del impugnante, básicamente sustentado en similares cuestionamientos a los del primer reparo, limitado a mostrar su inconformidad en la falta de correspondencia jurídica, no así fáctica, entre acusación y sentencia, carezca de fundamento.

Según lo dicho, la solución no es la nulidad ni tampoco la absolución, porque evidenciada la transgresión del principio, la Sala se erige en Tribunal de instancia, con el propósito de hacer las modificaciones que juzga pertinentes de acuerdo con la prueba debatida, ajustando la sentencia a lo probado en el juicio o a la acusación.

De tal modo, que si el actor reconoce que el acusado tuvo relaciones sexuales con la menor, con fundamento en el testimonio de la víctima rendido en la audiencia pública, la sentencia resulta coherente con lo probado y solicitado en el juicio por el Fiscal, de manera que la condena por un delito menor al de la acusación no desconoce el principio de consonancia.

El reparo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados de acuerdo a los cargos propuestos en la demanda.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
PEREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

servicio Comisión de

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ MUÑOZ
GUZMÁN

AUGUSTO IBÁÑEZ

servicio Comisión de

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
E. SOCHA SALAMANCA

JULIO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA

Secretaria

1 Folio 16, cdno original 1.

2 Folio 50, cdno original 1.

3 Folios 93 a 101, cdno original 1.

4 Mediante resolución de septiembre 26 de 2006, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué había declarado la nulidad parcial de la actuación y dispuesto la ruptura de la unidad procesal, razón por la cual la acusación comprende únicamente la situación de Armando Cárdenas; ver folios 242 a 256, cdno original 1. La acusación quedó ejecutoriada materialmente el 9 de enero de 2007.

5 Casación, agosto 6 de 2008, radicación 29463.

6 Auto, febrero 14 de 2002, Radicación 18457. En el mismo sentido, sentencia de casación, julio 27 de 2007, radicación 26468.

7 Casación, julio 2 de 2008, radicación 26122.

8 Auto de casación, enero 27 de 2010, radicación 31448.

9 Decretos 409 de 1971, artículo 580, numeral 2; 50 de 1987, artículo 226, numeral 2; 2700 de 1991, artículo 220, numeral 2.

10 Casación, junio 15 de 2006, radicación 23069.