

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 208

Bogotá, D. C., tres de julio de dos mil trece.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por defensor del acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el juzgador A quo de la manera siguiente:

“De acuerdo a la denuncia instaurada el 8 de agosto de 2006, por la señora MARÍA DEL ROSARIO CASTRO, se sabe que el señor PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, padre biológico de los menores¹ L.L.M.C., quien para la época de la denuncia tenía cinco (05) años de edad, y de E.A.M.C., quien para la época de la denuncia tenía ocho (8) años de edad, sometió en por lo menos más de dos oportunidades, a sus menores hijos a tocamientos y manipulaciones a nivel de sus órganos genitales (pene, ‘cola’, vagina), los cuales cogía y apretaba con sus manos, hechos que se conocieron luego de que el padre solicitara una valoración ante una comisaría de familia, por presuntos actos violentos de parte de la madre de los niños. Una vez valorados los menores en esa entidad,

su progenitora acudió a la fiscalía con esos documentos y se originó la presente investigación”.

2.- El 22 de junio de 2007, la Fiscalía Seccional 229 con sede en Bogotá, presentó escrito de acusación en el cual le imputó al inculpatado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA la realización del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acto sexual con menor de 14 años, agravado, a su vez en concurso heterogéneo y sucesivo con los de incesto, definidos por los artículos 209, 211 numeral 4 y 237 del Código Penal, con las modificaciones punitivas introducidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

3.- Ante el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento con sede en Bogotá, los días 19 y 27 de julio de 2007 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación – en la cual la Fiscalía acusó al imputado del referido concurso de delitos; los días 1º de octubre y 23 de noviembre de 2007 la audiencia preparatoria, resolviéndose en ella sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes y; posteriormente, el día 17 de junio de 2008, el juicio oral. En esta última fecha, por parte del mismo funcionario que presidió el desarrollo de la totalidad del juicio oral, se anunció el sentido condenatorio del fallo. El 20 de abril de 2009, en la audiencia del incidente de reparación, las partes anunciaron haber llegado a un acuerdo sobre los perjuicios, el cual fue aprobado por el funcionario judicial.

4.- La sentencia de primera instancia fue proferida el 10 de septiembre de 2009, por el titular del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, y con ella se puso fin a la instancia condenando al acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA “debidamente identificado e

individualizado, a la pena de ocho (8) AÑOS y DIEZ (10) meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS agravado en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con INCESTO” (se destaca). Lo condenó asimismo a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de sus dos hijos, por el mismo término de la pena principal de prisión, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria disponiendo la captura del acusado.

5.- Apelada esta sentencia por la defensa –quien solicitó revocarla y absolver al acusado-, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 24 de noviembre de 2009 decidió impartirle íntegra confirmación³, al resolver en segunda instancia la impugnación interpuesta.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, en oportunidad el defensor del acusado interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda⁴, sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, así como de hacer un relato de lo actuado en las instancias, con apoyo en las causales segunda y tercera de casación, previstas por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

En la primera censura, formulada como principal, el libelista sostiene que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad “en razón que la situación fáctica por la cual fuera condenado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, es imprecisa al no determinar

circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos para endilgar concurso de delitos en las modalidades homogénea, sucesiva y heterogénea, originando desconocimiento al derecho de defensa en aspecto sustancial como lo es el debido proceso”.

Sostiene que como consecuencia de una imprecisa delimitación témporo - espacial de los hechos investigados en la formulación de acusación, imprecisión que fue vertida en las sentencias de instancia, se afectó desde la audiencia de formulación de acusación la garantía de defensa de su representado, “al ser condenado por concurso de delitos homogéneo sucesivo y en concurso heterogéneo y sucesivo, sin que pudiese defenderse de hechos debidamente circunstanciados en tiempo y lugar e individualizados para que se pueda afirmar la existencia de la figura del concurso de delitos”.

Señala que en la audiencia de formulación de acusación, el Juez, a iniciativa del Ministerio Público, solicitó a la Fiscalía ubicar temporalmente los hechos ya que al parecer ocurrieron entre los años 2004 y 2005, por lo que serían objeto de juzgamiento por sistemas distintos, a lo que procedió el Fiscal formulando acusación por hechos ocurridos de enero a julio del año 2005, delimitando así un considerable lapso de tiempo, sin que pueda afirmarse también “que esta misma conducta quedó circunstanciada respecto del lugar en que pudo ocurrir y la modalidad referida a este mismo ámbito de lugar”.

Sostiene que “lo normal para ejercer una defensa eficaz estriba en saber en el lapso de estos seis meses, cuál es el tiempo determinado para la conducta, no es factible entender que se acuse a una persona señalando un lapso de tiempo en el cual la conducta debió ocurrir”.

Agrega que dicha transgresión al derecho de defensa es más evidente “cuando no se ubica el lugar en que ocurrió esta conducta, solamente se dice que en donde vivían

victimario y víctimas, y según la acusación, ¿cuál es este lugar?” y se hace patente cuando el juez de conocimiento expresa que la condena se profiere por los otros abusos sexuales cometidos por lo menos más de dos veces a cada uno de los menores.

Como normas transgredidas señala los artículos 2 y 29 de la Carta Política, 31 del Código Penal de 2000 y 8 literal h de la Ley 906.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte, casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de acusación, “para que la actuación se retrotraiga, y la acusación comprenda la determinación de la conducta ilícita debidamente circunstanciada en modo, tiempo y lugar”.

El segundo cargo, subsidiario del que precede, se hace consistir por el demandante en que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad, “en razón que la prueba de la Fiscalía que se practicó en juicio debió ser excluida en aplicación de los artículos 346 y 359 de la Ley 906 de 2004 dentro del desarrollo de la audiencia preparatoria el día 23 de noviembre de 2007, por no haber cumplido la Fiscalía con su entrega dentro del término legal de tres días, sin comprobarse, fuerza mayor o caso fortuito, violando de manera flagrante el debido proceso por vicio de estructura, también contemplada como causal de nulidad en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004”.

Con la pretensión de demostrar su aserto, menciona que el 19 de julio de 2007 en la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado 34 Penal del Circuito con función de Conocimiento, la Fiscalía procedió a enunciar las personas que serían llamadas a rendir declaración en el juicio, así como los elementos materiales y de prueba, de los cuales dijo que quedaban a disposición del abogado defensor, en las oficinas de la Fiscalía “para que a su costa tome las fotocopias del caso porque todo ello comprende el

descubrimiento que debe necesariamente conocer para el ejercicio de sus funciones”.

Indica que dicha audiencia continuó el 27 de julio de 2007, en cuya sesión la defensa solicitó a la Fiscalía, por intermedio del Juzgado, se le entregaran, dentro del término legal, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física anunciados desde la audiencia anterior, lo cual fue ordenado por el funcionario judicial.

No obstante lo anterior, dice, el 1º de agosto de 2009, cuando la persona autorizada para ello por el defensor se acercó a la oficina de la Fiscalía a retirar la información, allí fue informado que el Fiscal no se encontraba y no regresaría, de lo cual se dejó constancia escrita.

Anota que en la instalación de la audiencia preparatoria el 01 de octubre de 2007, la defensa hizo observaciones al procedimiento de descubrimiento probatorio solicitando la exclusión de los elementos que no fueron descubiertos, y respecto de aquellos testigos de quienes no obstante habersele suministrado una dirección donde pudo localizarlos.

El juzgado, pese a reconocerle razón al defensor, decidió suspender la diligencia a fin de que la defensa tuviera la posibilidad de llevar a cabo sus estrategias defensivas, con cuya determinación no estuvo de acuerdo.

Finalmente, el 23 de noviembre de 2007 cuando finalizó la audiencia preparatoria, la defensa se opuso a la admisión de las pruebas de la fiscalía, solicitando su exclusión, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 359 y 346 del Código de Procedimiento Penal, petición denegada por el Juez 34 Penal del Circuito mediante decisión que fue materia de confirmación por la sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Con apoyo en jurisprudencia de la Corte sobre el descubrimiento probatorio, considera

que el vicio que pone de presente se relaciona con el principio de preclusividad de los momentos habilitados por la ley para dicho descubrimiento, ya que si no se atiende este principio y se le da preponderancia al de complementariedad se corre el riesgo de desconocer la estructura del debido proceso, y la igualdad de armas, permitiendo que la Fiscalía pueda presentar de manera extemporánea elementos materiales probatorios y evidencia física que debía descubrir y entregar en momentos precisos señalados por la Constitución y la Ley.

Señala que en el presente caso, al no excluirse los elementos materiales probatorios que debía descubrir la Fiscalía en el término de tres días, pese a que la defensa se hizo presente en el sitio en el cual se dijo en audiencia que estarían a su disposición, se violó el debido proceso en su estructura, permitiendo la aducción y práctica en juicio de los mismos. Con un agregado, correspondiente a que además se violó el debido proceso por la señora juez, al prorrogar un término que no podía ser prorrogado, porque no existe causa que justifique la no entrega de estos elementos de prueba.

Agrega que “tampoco se puede argumentar como lo hizo el Tribunal que conoció de la apelación contra la decisión de no excluir la prueba que la defensa fue negligente porque no estuvo pendiente del descubrimiento. Se constató que la defensa no tenía por qué acudir durante los tres días, en cada día, le bastaba con acudir dentro de los tres días, al menos una vez, como se hizo. Otra cosa es que la Fiscalía tenía la obligación de mantener a disposición de la defensa durante los tres días en mención los elementos y evidencias físicas para que le fueran entregados a la defensa y para ello contaba con la secretaria común de la unidad o con el Despacho del fiscal coordinador”.

Después de mencionar que con dicha actuación resultaron transgredidos los artículos 2, 29 y 250 de la Carta Política, así como 346, 359 y 8 literal h de la Ley 906 de 2004, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y declarar la nulidad del proceso a partir de

la audiencia preparatoria, para que la actuación se retrotraiga y excluir los elementos materiales probatorios y evidencia física que la Fiscalía no descubrió de manera oportuna.

El tercer cargo, subsidiario, también postulado con fundamento en la causal segunda de casación para denunciar que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad, se hace consistir en que a su representado se lo condenó por un delito diverso al imputado y del que fuera acusado, incurriendo por tanto en incongruencia del fallo.

Indica que a su representado se le imputó y posteriormente fue acusado por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, de que tratan los artículos 209 y 2011 numeral 4, del Código Penal, con las modificaciones punitivas establecidas en la Ley 890 de 2004, a su vez en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de incesto, señalado en el artículo 237 ejusdem. Sin embargo, al proferirse el fallo de primera instancia, en decisión confirmada por el Tribunal, se lo condenó a la pena de 8 años y 10 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo con incesto.

Indica que “frente a la incongruencia examinada es preciso decir que corresponde a un cambio del núcleo fáctico y jurídico de la acusación, que afecta el principio de consonancia y desmedra el derecho de defensa de PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, porque la denominación jurídica tiene incidencia en aspectos de ejecución de una eventual pena, sus antecedentes personales y judiciales”.

Considera que como en este caso particular el nomen iuris no obedece a variación de la calificación jurídica efectuada por la Fiscalía, sino a un acto equivocado del señor Juez, resulta indispensable subsanar este equívoco.

Con fundamento en lo anterior, solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado, “desde el momento de darse lectura al fallo condenatorio, retrotrayendo la actuación

procesal hasta esa instancia para efectos de que el Juzgado subsane el vicio presentado, garantizando el principio de estricta legalidad”.

El cuarto cargo, igualmente subsidiario, esta vez formulado con apoyo en la causal tercera de casación, el libelista acusa a la sentencia proferida por el Tribunal, de ser violatoria, por vía indirecta, de disposiciones de derecho sustancial, a consecuencia de incurrir en error de hecho por falso raciocinio en la apreciación probatoria, toda vez que al valorar los testimonios de los menores de edad presuntamente víctimas, así como de la madre de éstos, desecharon la duda que debe ser resuelta a favor del acusado.

Con la finalidad de demostrar el reparo, comienza por manifestar que al apreciar los testimonios de los menores víctimas, así como de la señora madre de los mismos, “y aplicar la sana crítica, los sentenciadores desconocieron máximas de experiencia y postulados lógicos que de haber sido aplicados tal como era el caso, permiten arribar a otras conclusiones imponiéndose variar el sentido del fallo dando aplicación al principio de in dubio pro reo”.

En relación con cada uno de los testimonios cuya ponderación censura, según dice “para una mejor comprensión y presentación” alude a “lo que recuerda”, “lo que no recuerda”, “lo que sabe” y a “su relato sobre los hechos”, después de lo cual hace un “resumen de la declaración por el Juzgado de Primera Instancia”, así como a la “valoración del testimonio por el Juzgado” y culmina con las “conclusiones del juzgado del contenido de estas declaraciones”.

Sobre este último aspecto, precisa que el juzgado funda la materialidad de los hechos y la responsabilidad del acusado, “en dar credibilidad a estas versiones, para lo cual aplica un postulado de la lógica, una regla de la ciencia, y una regla de experiencia”.

En cuanto al “postulado de la lógica”, indica que el juzgado lo infiere de la corta edad de los menores, para sostener que debido a ello no pueden recordar fechas, y

que no recuerdan lugares por haber vivido en diferentes sitios. Con esto, dice, el Juzgado pretende explicar los innumerables fallos de memoria que fueron puestos de presente por la defensa en sus alegatos, y la contradicción sobre el sitio donde ocurrieron los acontecimientos.

Con relación a la regla de la ciencia, de manera específica la sicología, indica que según el juzgador una persona al sufrir una experiencia traumática fija los detalles en su memoria, y que por ello los menores relatan los tocamientos de que fueron objeto en un relato coherente, claro y preciso, en conclusión que a criterio del libelista no resulta tan cierta, toda vez que si ello fuera así, “los menores recordarían al menos los detalles circunstanciados de al menos su primer tocamiento o del que le produjo mayor impresión”.

Y en cuanto tiene que ver con la regla de experiencia que al parecer aplicó el juez, refiere que consiste en que una persona que teme que algo pueda suceder en su perjuicio, adopta una postura defensiva, que en este caso se traduce en explicar la contradicción entre la madre de los menores y éstos, “respecto a si le contaron –como lo afirmaron los niños- o no le contaron –afirmación de la madre- de los presuntos tocamientos de que eran objeto”, concluyendo el juzgador que quienes decían la verdad en este punto eran los menores y explicando, mediante la aludida regla de experiencia, la afirmación negativa de la madre.

Frente a la “indicación de los postulados lógicos, reglas de la ciencia y máximas de experiencia que fueron desconocidos por el juez en la apreciación de las pruebas anteriores”, estima necesario hacer claridad en los hechos que se dan por probados y que no son objeto de discusión, tales como que la valoración psicológica la solicitó el padre de los menores, que se dictaminó unos posibles actos sexuales en la humanidad de éstos, al parecer por su padre, que la madre de los menores denunció en agosto 8 de 2006 ante la Fiscalía al padre de sus hijos con posterioridad a la valoración que les fuera

efectuado, que para el mes de febrero de 2005 el acusado vivía sólo y los menores con su señora madre por razón de la separación de sus padres, como también que los niños estaban estudiando para la fecha de la separación de sus padres.

Seguidamente indica que el juzgador desconoció algunas situaciones que en opinión del censor ameritan respuesta. Señala al efecto que si los menores hablan de varios tocamientos en sus partes íntimas de día y de noche por parte de su padre, era necesario que entre ellos existiera aproximación temporo espacial, pero si desde febrero de 2005 estaban separados, los presuntos tocamientos solamente podía referirse a una época anterior a la separación, esto es los meses de enero y febrero de 2005, y excepcionalmente cuando eran visitados por el padre o los niños iban a visitarlo.

Lo que no tuvo en cuenta el juzgador es que según el relato de la menor, cuando llegaron de estudiar se encontraron con un problema familiar, es decir estaban viviendo juntos, o sea antes de febrero de 2005 y que ellos estaban estudiando. Dejó de considerar, asimismo, que fue la propia madre de los menores quien manifestó que desde la separación no permitió que éste viera a los niños y que cuando lo hacía ella generalmente estaba presente, o lo hacía en la casa de la hermana del acusado y allí había más personas.

Si el juez hubiera aplicado el postulado de que para que dos o más cuerpos tengan contacto es necesario que estén próximos, habría llegado a la conclusión según la cual, de los hechos, tales como se conocen por las versiones de los menores, es altamente probable que no hubiesen ocurrido.

Agrega que según la experiencia, para los meses de enero y febrero de cualquier año, los estudiantes están de vacaciones, pero no se probó que en ese tiempo la madre no estaba con ellos, o que en esos meses estuviera trabajando.

Sostiene que la afirmación del juez sobre que la corta edad de los menores explica

sus fallos de memoria es contradictoria con el relato pormenorizado que sobre el episodio de violencia intrafamiliar realiza la menor.

Advierte que no existe prueba de que los menores vivieron junto con su padre para los meses de enero y febrero, como tampoco los varios sitios de residencia que tuvieron en común los menores con su padre, por lo que no resulta ser cierto que debido a su corta edad y al cambio de residencia no recuerden los sitios en que fueron presuntamente abusados.

Manifiesta que si fuera cierta la consideración de que situaciones traumáticas como los presuntos tocamientos fijaron en la memoria estos recuerdos, los menores recordarían el sitio o sitios en que sucedía, la hora aproximada, y las veces en que ello ocurrió, relatando más de una.

Afirma que el Juez también desconoció la regla de experiencia, según la cual una persona que no quiera que se sepa algo en su contra, no hace nada que permita ponerse en evidencia, con la cual habría podido observar en su verdadera dimensión el hecho probado de que el acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA solicitara una valoración psicológica de sus menores hijos ante la Comisaría de Familia, ya que si realmente abusaba de ellos, no quería exponerse a que se conociera por terceros esta situación, pero si no lo hacía a sabiendas, era porque no abusaba de sus hijos.

Anota que consideración aparte merece el testimonio de la psicóloga Catalina Sánchez, que tiene que ver directamente con la credibilidad del testimonio de los menores, sobre la cual estima se presentan dudas.

Después de mencionar como infringidas el artículo 29 de la Carta Política, así como los artículos 7º, 380, 381 y 404 de la Ley 906 de 2004, solicita casar la sentencia recurrida y absolver al acusado de los cargos que le fueron formulados, en aplicación del

principio in dubio pro reo.

SE CONSIDERA

1.- Tal como ha sido repetidamente dicho por la Corte⁵, en esta ocasión resulta pertinente reiterar que la casación no es instancia adicional a las ordinarias del trámite, y por lo mismo no ha sido concebida como un instrumento que permita la continuación del debate fáctico y jurídico llevado a cabo en un proceso ya culminado, sino que, por su propia naturaleza corresponde a una sede única que parte del supuesto de la terminación del juicio con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia y, además, que ésta no solamente es acertada sino legal, por ajustarse en un todo al ordenamiento jurídico, cuya desvirtuación compete al demandante.

De conformidad con las previsiones del Estatuto Procesal Penal, dicho propósito sólo puede lograrse mediante la presentación de una demanda escrita, en la que se identifique la sentencia recurrida, se acrediten la legitimidad y el interés para recurrir, se expresen con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión, y se demuestre la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos por el Código de Procedimiento Penal.

Acorde con los principios que rigen la utilización del instrumento extraordinario de impugnación, en el libelo debe demostrarse igualmente, la necesaria intervención de la Corte para cumplir, en el caso concreto, uno o más de los fines propios del recurso extraordinario, los cuales aparecen previstos por el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004. De ninguna otra manera podrían ser entendidas las expresiones contenidas en los artículos 181 y 183 ejusdem, según las cuales la casación resulta procedente contra sentencias de segunda instancia “cuando afectan derechos o garantías fundamentales” y que en la demanda se debe

señalar “de manera precisa y concisa” las causales invocadas y sus fundamentos.

En esta oportunidad debe insistirse en recalcar que en el sistema procesal de que trata la Ley 906 de 2004 no se libera al demandante del deber de cumplir con unos mínimos requisitos de forma y contenido que le permitan superar el necesario juicio de admisibilidad que por ley compete realizar a la Corte. Tanto es esto, que el artículo 184 del mencionado estatuto la faculta para no admitir al trámite aquellas demandas en las cuales se establezca que el impugnante carece de interés, o cuando no se señala el motivo de casación en que apoya la pretensión desquiciatoria contra el fallo de segunda instancia, o cuando en el escrito se dejan de desarrollar clara y precisamente los cargos que a su amparo pretendió formular, “o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”.

Entre los mencionados requisitos establecidos por el original artículo 183 de la Ley 906 de 2004 (esto es, con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010), se destaca que el censor tiene el deber de interponer el recurso dentro de la oportunidad legalmente prevista, es decir dentro del término común de los 60 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal, y la carga de acreditar la existencia de interés para acudir a sede extraordinaria.

El demandante tiene por deber señalar, además, con absoluta precisión la causal o causales que apoyan su pretensión; enunciar, desarrollar y sustentar de manera clara y precisa el cargo o cargos que a su amparo pretenda proponer y; demostrar con la nitidez requerida, que la intervención de la Corte en el asunto particular resulta necesaria para cumplir alguna de las varias finalidades previstas para el recurso, tales como la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes en el proceso, la reparación de los agravios inferidos a éstos, o la unificación

de la jurisprudencia.

En dicho sentido la Sala tiene establecido que:

“La debida sustentación del cargo propuesto implica para el censor, entre otras exigencias, desarrollarlo en forma completa, conforme al principio de sustentación suficiente, de suerte que la demanda se baste a sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la sentencia, según el caso, y hacerlo de manera clara y precisa, en términos tales que el alcance de la impugnación surja nítido, para que el juez de casación pueda dar a los reproches planteados adecuada respuesta.

“También es exigencia indeclinable demostrar que la intervención de la Corte es necesaria para la realización de los fines de la casación, lo cual significa que la demanda, además de hallarse adecuadamente presentada y debidamente sustentada (idoneidad formal), debe ser fundada (idoneidad sustancial), es decir, estar razonablemente llamada a propiciar la infirmación total o parcial de la sentencia, o un pronunciamiento unificador de la Corte sobre el tema debatido.

“A esta conclusión se llega tras consultar el contenido del artículo 184 ejusdem, donde se incluye como causal de no selección de la demanda de casación, el que se advierta fundadamente de su contexto que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades propias del recurso, es decir, que no sea necesario para materializar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos a éstos (artículo 180)7.

En todo caso, la adecuada sustentación del recurso, sin la cual no es posible acceder a éste, “exige que el demandante demuestre que el juzgador cometió un error al tomar la decisión, bien de juicio (in iudicando) o de actividad (in procedendo), para cuyo efecto no basta afirmar que una determinada infracción se cometió, sino que es necesario precisar en qué consistió, qué repercusiones o implicaciones tuvo en la decisión recurrida,

qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante, y por qué la intervención de la Corte es necesaria para el cumplimiento de los fines del recurso”8.

2.- En punto de las causales de procedencia de la casación, previstas por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, asimismo la Corte tiene precisado lo siguiente:

“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 claras y precisas pautas demostrativas9.

“Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia10.

“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 convicción11,

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 alegada 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”¹².

3.- A más de lo dicho, la Sala ha dejado indicado:

“Supone lo anterior que el demandante debe encaminar sus esfuerzos a demostrar cómo con el trámite procesal o a través del fallo se afectaron derechos o garantías fundamentales para lo cual, en consonancia con el yerro advertido, ha de servirse de la causal de casación pertinente señalándola expresamente e indicando las razones que le asisten para estimar que se encuentra estructurada, sin olvidar que debe indicar, así sea sucintamente, cuál de los fines establecidos para la casación hace necesaria la intervención de la Corte en el particular asunto, según lo previsto en el artículo 180 de esa normatividad, esto es, si ella es indispensable para la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos o la unificación de la jurisprudencia.

“Con esos propósitos, resulta de suma utilidad que el actor atienda las directrices desarrolladas por la jurisprudencia sobre la forma para abordar en esta sede el desarrollo de los diferentes motivos de casación pautas que, bien está recordar, no pasan de ser un

conjunto de postulados orientados a conseguir que el demandante se sujete a unos mínimos lógicos y de coherencia en la formulación y desarrollo de sus reparos.

“Tales directrices tienden, pues, a facilitar la labor del demandante a fin de que resulten completos y entendibles los cargos que propone contra el fallo de segundo grado, exigencia que sigue vigente pues si bien en la nueva lógica del recurso se habilita a la Corte para superar los defectos que el libelo ofrezca, esta última opción demanda del censor un esfuerzo argumentativo a través del cual demuestre ya el probable distanciamiento entre el fallo recurrido y la norma constitucional o legal que debió gobernarlo, ora la vulneración de garantías fundamentales de los intervinientes, bien el tema jurídico que por su relevancia deba ser abordado por la Sala a fin de procurar el desarrollo de la jurisprudencia.

“Es decir, siempre será necesario que el demandante elabore una propuesta coherente, comprensible y convincente, por cuyo medio pueda concluirse que sí es indispensable la intervención de la Corte para lograr alguno de los cometidos de la casación, de acuerdo con la índole de la controversia planteada”¹³ (se destaca).

4.- Del mismo modo la Corte ha dejado establecido que cuando, con apoyo en la causal primera de casación, la demanda se dirige a denunciar que el Tribunal incurrió en violación directa de disposiciones de derecho sustancial, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, compete al censor acoger los hechos y las pruebas, tal cual fueron declarados aquellos y ponderadas éstas por el juzgador, y presentar su disenso en el ámbito del estricto raciocinio jurídico, pues si la discrepancia es con la facticidad y los medios que la establecen, para ello la ley tiene reservada la vía indirecta de violación, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

En tal medida, ha señalado que la aplicación indebida y la interpretación errónea de

disposiciones de derecho sustancial, son sentidos distintos de violación a la ley, por ende, basados en supuestos diversos. Conforme ha sido repetidamente dicho por la Sala, la violación directa de la ley sustancial puede llegar a presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de un determinado precepto, acogiendo de esta manera el criterio de clasificación trimembre de los sentidos de la violación, que reconoce total autonomía al último de ellos.

Dentro de esta categorización, ha sido entendido que la falta de aplicación de normas de derecho sustancial se presenta cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige; la aplicación indebida tiene lugar cuando aduce una norma equivocada; y, la interpretación errónea consiste en el desacierto en que incurre el fallador cuando habiendo seleccionado adecuadamente la norma que regula el caso sometido a su consideración, decide aplicarla, sólo que con un entendimiento equivocado, sea rebasando, menguando o desfigurando su contenido o alcance.

De esta manera resulta claro que la diferencia de las dos primeras hipótesis de error con la última, radica en que mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el yerro es sólo de hermenéutica, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, llevando con ello a hacerla producir por exceso o defecto consecuencias distintas de las que le corresponden.

Para efectos de precisar el concepto de la violación, resulta intrascendente la motivación que pudo haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que adopte en relación con ella. En este orden de ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre

su existencia, validez, o alcance.

En síntesis, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido incorrectamente seleccionada, y este error ha sido determinado por equivocaciones del Juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada¹⁴.

5.- Si de lo que se trata es de denunciar, con apoyo en la causal tercera de casación, que la sentencia del Tribunal incurre en “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, dicho tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación a las disposiciones de derecho sustancial, y se configura cuando el sentenciador comete errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho¹⁵.

Los primeros, es decir los errores de hecho en la apreciación probatoria, se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo se aparta de los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la

ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

De este modo, cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro con la indicación correspondiente del fallo en donde se aluda a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral (falso juicio de existencia por omisión), es su deber concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál mérito le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y los criterios de valoración normativamente previstos para cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto a modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (Art. 380 CPP), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de

valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si la denuncia se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

La Corte no puede dejar de subrayar que cuando se precisa la naturaleza y alcance de los errores originados en la apreciación judicial de las pruebas, como uno de los motivos de invalidación susceptibles de ser invocados en sede de casación, la jurisprudencia¹⁶ ha sido insistente en señalar que este desacierto no resulta configurado por la sola disparidad de criterios entre la valoración realizada por los jueces y la pretendida por los sujetos procesales, sino de la comprobada y grotesca contradicción entre aquella y las reglas que informan la valoración racional de la prueba.

También ha dicho, en doctrina suficientemente decantada y difundida, que si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia.

Por esto, ha de reiterarse que inane resulta, por tanto, en sede extraordinaria,

pretender desquiciar el andamiaje fáctico-jurídico del fallo impugnado con fundamento en simples apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió habersele asignado a un determinado medio.

No se trata, pues, de presentar discrepancias interpretativas en relación a cómo se aprecian las pruebas por los juzgadores y cómo hubiera querido el demandante que fueran valoradas, pues ello no es posible de plantearlo en sede del recurso extraordinario de casación dada la inocuidad de este tipo de argumentos para derruir la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo. Esto tiene sentido si se considera que dentro de la autonomía de apreciación probatoria la labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad y a cuáles no para llegar a su convencimiento sobre la verdad de lo acaecido, establecer la base fáctica de la sentencia y la declaración del derecho en la parte resolutive del fallo.

Tampoco trata la casación, en cuanto a este motivo se refiere, de presentar argumentos probatorios que puedan ser válidos frente a una hipótesis posible de interpretación, pues lo posible no se identifica con lo cierto, real, claro y manifiesto, ni puede ser utilizado como fundamento para resolver la divergencia apreciativa de los medios entre el juez y las partes. En tal eventualidad prevalece el criterio de aquél siempre y cuando se mantenga dentro de las pautas que rigen la persuasión racional, cuya desvirtuación compete al demandante de manera objetiva, clara y completa con referencia a la totalidad de los medios en que se sustentó el fallo objeto de censura y no combatiendo tan sólo una parte de ellos desde su particular punto de vista, como si el juicio no hubiera concluido con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia.

Los errores de derecho en la apreciación de las pruebas, entrañan, por su parte, la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no

obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad).

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

Cada una de estas especies de error, obedece a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponde a una secuencia de carácter progresivo, así encuentren concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley, y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente

distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

6.- Y cuando de ataque a la apreciación de la prueba indiciaria se trata, el censor debe informar si la equivocación se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica, o en el proceso de valoración conjunta al apreciar su articulación, convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí, y entre éstos y las restantes pruebas, para llegar a una conclusión fáctica desacertada.

De manera que si el error radica en la apreciación del hecho indicador, dado que necesariamente éste ha de acreditarse con otro medio de prueba de los legalmente establecidos, ineludible resulta postular si el yerro fue de hecho o de derecho, a qué expresión corresponde, y cómo alcanza demostración para el caso.

Si el error se ubica en el proceso de inferencia lógica, ello supone partir de aceptar la validez del medio con el que se acredita el hecho indicador, y demostrar al tiempo que el juzgador en la labor de asignación del mérito suasorio se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de experiencia, haciendo evidente en qué consiste y cual es la operancia correcta de cada uno de ellos, y cómo en concreto esto es desconocido.

O, en otras palabras dicho, “su demostración impone, entonces, tener que confrontar la forma como los juzgadores apreciaron la prueba que se afirma indebidamente valorada, y demostrar -que no criticar, disentir, o discutir- que sus apreciaciones son arbitrarias o irrazonables por desconocer los derroteros de la sana crítica -los dictados de la lógica, las máximas de la experiencia, las leyes de la ciencia, se reitera-, y que el desacierto tuvo incidencia trascendente en el contenido o sentido del fallo, luego de dejar establecido que éste no se puede mantener con las restantes premisas de la sentencia, para lo

cual el demandante tiene la correlativa carga de explicar por qué la apreciación de los demás elementos probatorios es insuficiente para sostenerla”¹⁷.

Si lo pretendido es denunciar error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de un indicio o un conjunto de ellos, lo primero que debe acreditar el censor es la incorporación material del medio probatorio a juicio y con el cual se evidencia el hecho indicador, la validez de su aducción, qué se establece de él, cuál mérito le corresponde, y luego de realizar el proceso de inferencia lógica a partir de tener acreditado el hecho base, exponer el indicio que se estructura sobre él, el valor correspondiente siguiendo las reglas de experiencia, y su articulación y convergencia con los otros indicios o medios de prueba directos.

Además, dada la naturaleza de este medio de convicción, si el yerro se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios y de éstos con los demás medios, o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta, es aspecto que no puede dejarse de precisar en la demanda, concretando el tipo de error cometido, demostrando que la inferencia realizada por el juzgador se distancia de los postulados de la sana crítica, y acreditando que la apreciación probatoria que se propone en su reemplazo, permite llegar a conclusión diversa de aquella a la que arribara el sentenciador, pues no trata la casación de dar lugar a anteponer el particular punto de vista del actor al del fallador, ya que en dicha eventualidad primará siempre éste, en cuanto la sentencia se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, siendo carga del demandante desvirtuarla con la demostración concreta de haberse incurrido en errores determinantes de violación en la declaración del derecho.

Es en este sentido que el demandante debe precisar en qué momento de la construcción indiciaria se produce, si en el hecho indicador, o en la inferencia por violar

las reglas de la sana crítica, para lo cual ha de señalar qué en concreto dice el medio demostrativo del hecho indicador, cómo hizo la inferencia el juzgador, en qué consistió el error, y qué grado de trascendencia tuvo éste por su repercusión en la parte resolutive del fallo¹⁸.

La Sala ha convenido en advertir¹⁹, además, que esta forma de atacar la apreciación de la prueba indiciaria, no solamente garantiza el respeto por su estructura lógica, sino que también facilita la comprensión del cuestionamiento, pues cuando la censura aborda en forma indiscriminada los estados a que se ha hecho referencia, se incurre en contradicción, toda vez que, como se ha dejado dicho, es presupuesto de cada eslabón del cuestionamiento estar conforme con el anterior.

7.- De todos modos, debe insistir la Sala en que de optar el demandante por la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta le impone la necesidad de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el error probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Como resulta apenas obvio, esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados y, por ende, debatidos en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera independiente en la ponderación individual

de cada medio, sino en conjunto, esto es, valorando la prueba ameritada en confrontación con lo acreditado por las otras debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada elemento probatorio en particular y las que aluden al modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige²⁰.

8.-En cuanto tiene que ver con la causal segunda de casación, por “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, cuya configuración inexorablemente daría lugar a declarar la nulidad de lo actuado o de parte del trámite procesal, la Sala²¹ tiene precisado que los motivos de ineficacia de los actos procesales -a que se alude en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004-, no son de postulación libre, sino que, por el contrario, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser

observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en si mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

De manera que en sede de casación, no basta con solamente invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado.

Cabe señalar que cuando se acude a la causal segunda de casación para denunciar falta de consonancia entre acusación y sentencia, no puede solicitarse ni la nulidad del trámite ni la absolución del enjuiciado, pues tales pretensiones obedecen a motivos de casación diversos, sino simple y llanamente ajustar la decisión de mérito a los hechos y su calificación jurídica incluidos en el escrito enjuiciatorio y la solicitud de condena formulada por la Fiscalía en sus alegaciones finales.

9.- En el caso de la demanda presentada a por el defensor del acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, sin dificultad se observa que dichas exigencias básicas no se cumplen a entera cabalidad por el libelista, situación que determina que

no pueda ser admitida al trámite con miras a un pronunciamiento de fondo, en términos que seguidamente pasan a precisarse.

10.- En relación con el primer cargo, en el cual, como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, se denuncia que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad toda vez que no se determinaron las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, “originando desconocimiento al derecho de defensa en aspecto sustancial”, cabe señalar que el mismo carece de fundamento.

Como bien se alude en el libelo, la Fiscalía formuló acusación en contra del imputado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, por haber realizado comportamientos erótico-libidinosos en sus menores hijos, consistentes en tocamientos en sus genitales externos “en el lugar en donde él tomó su nueva residencia esto es en el barrio Socorro en Tunjuelito que fue para la época de enero del año 2005 a julio del año precisamente mismo año 2005”, hechos que fueron calificados jurídicamente como “acto sexual con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo y sucesivo con incesto, artículo 209, 211 numeral 4 y 237 del C.P.”.

Y si bien pudiera llegar a considerarse que en este caso el escrito de acusación no es en realidad paradigma del cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, no puede perderse de vista que a tenor de lo previsto por el artículo 339 ejusdem, en la audiencia de formulación de acusación las partes tienen la posibilidad de presentar sus observaciones al escrito de acusación, como sin dificultad se establece de la demanda, de ella hizo uso el Ministerio Público quien pidió concreción en torno al aspecto temporal de los acontecimientos materia de investigación y juzgamiento, por lo cual la Fiscalía procedió a ello.

Cuando era de esperarse que el libelista demostrara que en el curso del proceso los

funcionarios encargados de adelantar el trámite incurrieron en vicios de estructura o de garantía determinantes de la nulidad de lo actuado en que habría de fundarse la causal que aduce, en realidad lo que ofrece son discrepancias irrelevantes con la manera como se formuló la acusación, pero sin demostrar, con el rigor exigible en sede extraordinaria, que se hubiere incurrido en un error trascendente para la validez del juicio por afectar garantías del acusado..

Deja de considerar el censor, que como ya sido puesto de presente, cuando en sede de casación se invoca la existencia de una nulidad, tiene por deber indicar con claridad y precisión la clase de irregularidad que determina la ineficacia del trámite, señalar cuales son los fundamentos fácticos y los preceptos jurídicos que estima conculcados, demostrar cómo se produjo la transgresión, acreditar su repercusión trascendente para afectar negativamente los intereses que representa e indicar el momento procesal a partir del cual debería reponerse la actuación.

Asimismo, compete al demandante acreditar que no hay otra manera diversa de la nulidad para restablecer la garantía transgredida, y, tal vez lo más importante, acreditar la definitiva incidencia perjudicial del yerro por afectar la debida inmaculación del trámite (principio de trascendencia), toda vez que no se trata de poner de presente la existencia cualquier tipo de irregularidad, sino tan sólo aquellas de tal entidad que sean capaces de comprometer la validez del trámite procesal, pero es lo cierto que nada de esto el demandante intenta acreditar.

Tampoco toma en cuenta, que por virtud del principio de instrumentalidad de las formas, si la pretensión era que la Corte declarara la ineficacia de lo actuado tenía por deber demostrar que la observación puesta de presente por el Ministerio Público, no fue corregida por la Fiscalía y que al no hacerlo resultaron afectados negativamente los

intereses y garantías fundamentales la parte en cuyo favor recurre, nada de lo cual siquiera intenta, dejando su reparo en el solo enunciado, pues dicha obligación no resulta suplida con la vana afirmación de que la acusación incurre en indeterminación y vaguedad porque no se precisó con exactitud el día, hora y lugar en que se llevó a cabo cada uno de los comportamientos materia del escrito de acusación, cuando ya se había precisado que se trató de la repetición de un mismo tipo comportamientos definidos como delito, que se llevaron a cabo en un amplio lapso de tiempo, en el reducido ámbito territorial en que se desenvolvían las relaciones familiares de las víctimas.

Razón por tanto asistió al Tribunal al precisar “que en la imputación y acusación formuladas en contra de MURCIA PINILLA no se advierten indeterminaciones que generen irregularidad con afectación del debido proceso”, pues, “desde la formulación de la imputación la defensa tuvo claros los cargos atribuidos a su representado sin inconsistencias ni contradicciones, indicando los artículos del Código Penal que describían los comportamientos investigados y juzgados y las circunstancias de agravación concurrentes; el derecho de defensa se garantizó, permitiendo su ejercicio a plenitud y con total lealtad respecto de la atribución de responsabilidad”.

Entonces, ante la sin razón del pedimento, y dado que la censura no tiene ninguna vocación de prosperidad, no cabe más alternativa que disponer su rechazo al trámite casacional para su estudio de fondo.

En cuanto tiene que ver con el segundo reparo, en el cual se demanda la nulidad del trámite llevado a cabo “a partir de la audiencia preparatoria, para que la actuación se retrotraiga y se proceda a excluir los elementos materiales probatorios y evidencia física que la Fiscalía no descubrió de manera oportuna”, debe connotarse, que, a más

de su indebida formulación, la censura carece de fundamento.

En efecto, el demandante no se percató que los vicios en el proceso de formación probatoria, deben ser denunciados al amparo de la causal tercera como errores de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de las pruebas, siendo su sanción la exclusión de considerar en el fallo sin afectar el trámite procesal, pues, como párrafos arriba se ha dejado sentado, se trata de un error in indicando y no de uno in procedendo o de garantía.

Cabe señalar, en todo caso, que al contrario de lo referido por el recurrente, la Fiscalía sí descubrió oportunamente los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretendía hacer valer en el juicio en respaldo de su pretensión de condena, como se acredita con el hecho, destacado en la demanda, según el cual tanto en el documento anexo al escrito de acusación, como en la primera sesión de la audiencia de formulación de ésta llevada a cabo el 19 de julio de 2007, la Fiscalía no solo relacionó todos y cada uno de los medios de conocimiento con que contaba para sustentar su acusación, sino que en la audiencia respectiva fue específica en señalar que los mismos se hallaban a disposición de la defensa en las oficinas de la Fiscalía “para que a su costa tome las fotocopias del caso porque todo ello comprende el descubrimiento que debe necesariamente conocer para el ejercicio de sus funciones”, pese a lo cual el defensor no hizo uso de dicho ofrecimiento, como era su derecho.

Sin embargo, en la sesión llevada a cabo el 27 de julio, con total abstracción de lo anunciado por la Fiscalía, decidió pedirle al Juzgado que le ordenara al órgano de acusación que procediera a entregarle dentro del término legal todos los elementos materiales probatorios y evidencia física anunciados en la sesión anterior, lo cual fue

atendido favorablemente por la funcionaria de conocimiento.

La persona delegada por el defensor para cumplir tal cometido, decidió entonces acudir en horas de la tarde del último día de los tres señalados en la ley para cumplir tal cometido, que lamentablemente coincidió con la ausencia del Fiscal quien en esa fecha debió asistir a una audiencia, sin que pudiera atender al emisario del profesional del derecho, lo que de suyo patentiza que la no entrega no obedeció a causa atribuible exclusivamente a la Fiscalía, sino a la Defensa, pues no solamente no atendió el ofrecimiento que de los medios con que contaba le hiciera la Fiscalía en la audiencia de formulación de la acusación, sino que esperó hasta el último momento para acudir a la sede de ésta a que le fueran expedidos.

En todo caso, cabe reseñar que ningún menoscabo al derecho de defensa u otra garantía fundamental pudo haberse ocasionado, si se toma en consideración que de todas maneras la funcionaria de conocimiento suspendió la audiencia preparatoria a efectos de que la defensa pudiera contar con los elementos de convicción previamente solicitados, con lo cual desaparece el fundamento del motivo de ineficacia a que se alude en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no existiría la violación del derecho de defensa o del debido proceso, “en aspectos sustanciales”, pues, como ha sido visto, entraría a operar el principio de instrumentalidad de las formas, en cuanto se cumplió la finalidad para la cual fue establecida la norma que se alude vulnerada, cual es garantizar el equilibrio de las partes en el acceso a los medios con que la otra cuenta para respaldar sus pretensiones.

Dada entonces la inocuidad del reparo formulado, no cabe más alternativa que inadmitirlo al trámite casacional con miras a un pronunciamiento de fondo.

Respecto del tercer cargo, en el cual se sostiene que la sentencia fue

proferida en proceso viciado de nulidad, en cuanto se condenó por un delito diferente al imputado y del que fuera acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, con apoyo en lo cual denuncia que se configuró un vicio de incongruencia, cabe señalar que los desaciertos técnicos y de fundamentación, impiden que la Corte le abra paso a la censura, con miras a un pronunciamiento de fondo.

Es de tal oscuridad su planteamiento, que, de una parte, no indica las razones por las cuales la Corte habría de decretar la ineficacia de lo actuado cuando es bien sabido que la falta de consonancia entre lo declarado en la sentencia y la acusación se corrige ajustando el fallo a lo consignado en el escrito de acusación y el delito por el cual se solicitó la condena por parte de la Fiscalía en las alegaciones finales del juicio oral.

Para que no quede ninguna duda sobre la falta de razón en la propuesta que el demandante presenta, cabe señalar, según ha sido indicado por la jurisprudencia de esta Corte²², que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.2 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía tiene la obligación de incluir en el escrito de acusación “una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, cuya importancia se ve acentuada con lo previsto por el artículo 443 ejusdem, alusivo a los turnos para alegar de conclusión, según el cual en su intervención final el fiscal debe exponer “los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”; y que encuentra plena coherencia en lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, que establece que la persona que haya sido formalmente acusada por la Fiscalía, no podrá ser declarada culpable “por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena” (se destaca).

Esto significa, en principio, que entre acusación y fallo debe existir perfecta armonía principalmente en sus aspectos personal (sujetos) y fáctico (hechos y

circunstancias), pues si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el enjuiciado no puede ser sorprendido en la sentencia por hechos no imputados en la acusación, ni condenado por comportamientos definidos como delito, respecto de los cuales el Fiscal no lo demande expresamente.

De esa manera surge claro, que es con relación a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y demostrados en el juicio, que el Fiscal puede solicitar la condena y el Juez proferir el fallo correspondiente, teniendo en cuenta el carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta incluida en la acusación.

En este sentido no puede dejarse de considerar que sólo al término del debate probatorio resulta posible afirmar que la calificación jurídica de la conducta es definitiva, toda vez que son los hechos que en el curso del juicio se lograron demostrar por las partes, los que le permiten al juez cumplir con su función constitucional de prodigar justicia, verificando si la adecuación típica propuesta por la Fiscalía como fundamento de la solicitud de condena, coincide o no con lo acreditado en el juicio, y realizando la tipificación definitiva según lo que declare probado en él, a fin de aplicar las correspondientes consecuencias jurídicas.

Así las cosas, resulta claro que el acusado no puede ser sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas no incluidas en la acusación, ni declarado penalmente responsable por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, como tampoco se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena, pues de hacerlo, en cualquiera de dichas eventualidades se viola el principio de congruencia entre sentencia y acusación.

Lo expuesto en manera alguna implica sostener que, de acuerdo con lo acreditado en la

fase probatoria del juicio, el juez no se halle facultado para condenar por un delito de menor entidad al imputado por la Fiscalía, para excluir circunstancias genéricas o específicas de agravación punitiva o para reconocer cualquier clase de atenuante genérica o específica que observe configurada, es decir, variar a favor del acusado la calificación jurídica de la conducta específicamente realizada por la Fiscalía, pero respetando siempre el núcleo fáctico de la acusación objeto de controversia en el juicio oral, como la Corte ha tenido ocasión de reiterarlo²³:

“Conforme a lo anterior, se tiene que en el postulado de congruencia, convergen la imputación fáctica y la jurídica, entendidas en su amplitud y complejidad, la cual abarca con respecto a esta última todas las categorías sustanciales que valoran la conducta punible, y se integran de manera inescindible dos eslabones, valga decir, los hechos y los delitos, los cuales en la sentencia no podrán ser distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso.

“Pues bien, en lo que dice relación con la imputación fáctica, es claro que los jueces de instancia bajo ningún pretexto se pueden apartar de los hechos y menos cuando estos no constan en la acusación en los términos de que trata el artículo 448 ejusdem.

“No ocurre lo mismo tratándose de la imputación jurídica, de la cual se pueden apartar los jueces cuando se trate de otro delito del mismo género y de menor entidad como lo ha planteado la jurisprudencia²⁴

, entendiéndose que aquél no se circunscribe de manera exclusiva y excluyente a la denominación específica de que se trate, sino que por el contrario hace apertura en sus alcances hacia la denominación genérica, valga decir, hacia un comportamiento que haga parte del mismo nomen iuris y que desde luego sea de menor entidad, ejercicio de degradación el cual reafirma el postulado en sentido de que si se puede lo más, se puede lo menos, insístase en la dimensión que viene de referirse, esto es, valga precisarlo que esa

degradación opera siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico contenido en la acusación”.

Como en este caso, lo que se presentó en el fallo de primera instancia fue un lapsus en el nomen juris de la conducta atribuida al acusado, en cuanto al tipo penal aplicable al caso, pues pese a que se individualizó la pena básica con fundamento en los márgenes punitivos establecidos en el artículo 209 del Código Penal, que define la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, es decir la misma por la que se formuló la acusación y se solicitó la condena por la Fiscalía, en la parte resolutive de manera equivocada se aludió al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pero sin que se produjera una modificación punitiva en detrimento del acusado.

Indica esto, que si bien formalmente se configura un vicio de incongruencia entre la parte resolutive de la sentencia y la acusación, no solo la nulidad resulta inconducente sino que materialmente el yerro no encuentra verificación, con lo cual el reparo noticiado por la defensa carece de la connotación que se le atribuye en la demanda, ameritando, por ende, su rechazo al trámite casacional.

En relación con el cuarto cargo que la demanda contiene, cabe reseñar, según se indicó en el resumen que se hizo de la demanda, que el defensor del acusado funda su discrepancia con el fallo de segunda instancia en que el sentenciador incurrió en falso raciocinio al apreciar el testimonio de la señora madre e hijos del acusado, los cuales impidieron la aplicación del principio in dubio pro reo.

Estima que el sentenciador a quo edifica la sentencia de condena en dar credibilidad a estas versiones “para lo cual aplica un postulado de la lógica, una regla de la ciencia, y una regla de experiencia”.

Señala que “en cuanto al postulado de la lógica lo extrae de la corta edad de los menores para postular que debido a esta corta edad, los menores no pueden recordar

fechas, sí lugares, pero que los menores no recuerdan los lugares porque la familia vivió en distintos sitios”.

En cuanto tiene que ver con la regla de la ciencia, “en este caso, la psicología (dice), consiste en que una persona al sufrir una experiencia traumática fija los detalles en su memoria, extrayendo la conclusión que por esto los menores relatan los tocamientos de que fueron objeto en un relato coherente”.

Y, finalmente, indica el censor, que “la regla de experiencia que parece aplicar el señor Juez, es la de que de una persona que teme que algo pueda suceder en su perjuicio adopta una posición defensiva, que se traduce en explicar la contradicción entre la madre de los menores señora MARÍA DEL ROSARIO CASTRO, y los dos hijos menores respecto a si le contaron – como lo afirmaron los niño- o no le contaron -afirmación de la madre- de los presuntos tocamientos de que eran objeto. Concluyendo el señor Juez que quienes decían la verdad en este punto eran los menores”.

Para la Corte, pese a los esfuerzos que el demandante realiza para demostrar la configuración de los desaciertos probatorios que pretende noticiar, lo que patentiza es la simple y llana discrepancia con el mérito persuasivo conferido a los referidos testigos, tan sólo porque no se le dio la razón al recurrente cuando acudió en apelación, pretendiendo la revocatoria de la decisión de condena de primera instancia, pero sin demostrar, con la objetividad que el recurso extraordinario reclama, que al apreciar los medios el juzgador hubiere cometido falsos raciocinios.

El libelista se dedica a hacer énfasis en lo que a su modo de ver cada uno de los testigos recuerda de los hechos, los aspectos que no recuerda, y lo que cada cual sabe, para seguidamente aludir al resumen que de dichas declaraciones hizo el juzgador a quo, la valoración de las mismas efectuada en la sentencia, y a manera de conclusiones que le atribuye al sentenciador de primer grado, afirmar que “el Juzgado edifica la sentencia de

condena en cuanto a la materialidad de los hechos y la responsabilidad de PABLO RICARDO MURCIA en dar credibilidad a estas versiones, para lo cual aplica un postulado de la lógica, una regla de la ciencia y una regla de experiencia”.

Alude al respecto que, según el juzgador de primer grado, debido a la corta edad de los menores, si bien éstos pueden no pueden recordar fechas y sí en cambio los lugares, en este caso no recuerdan lugares porque la familia vivió en diferentes sitios, lo cual explicaría las fallas de memoria en que los menores incurren.

Anota, que según la sicología, cuando una persona sufre una experiencia traumática, fija los detalles en su memoria, siendo la razón por la cual los menores relatan los tocamientos de que fueron objeto.

Finalmente, señala que el juzgador explica la contradicción entre la madre y sus hijos respecto a si le contaron o no de los presuntos tocamientos de que fueron objeto, en que si una persona teme que algo le pueda suceder adopta una posición defensiva.

Según el demandante, con estas consideraciones el juzgador desconoció algunas situaciones “que necesitan respuesta”, pues si desde febrero de 2005 los menores estaban separados de su padre por no vivir juntos, “los presuntos tocamientos solamente podían referirse con gran probabilidad a la época anterior a la separación esto es los meses de enero y febrero de 2005, y excepcionalmente cuando eran visitados por éste o iban los niños a visitar a su padre”.

A ello replica que el juzgador no tuvo en cuenta que los menores estudiaban; tampoco que la propia madre de los menores manifestó que desde la separación no permitió que el acusado viera a los niños, y que cuando se presentaban las visitas ella generalmente estaba presente o se encontraban en la casa de la hermana de PABLO en donde había más personas; menos se tuvo en cuenta la máxima de la experiencia según la cual entre los meses de enero y febrero los estudiantes están de

vacaciones.

De todo lo anterior, concluye que es altamente probable que los hechos, tal como se conocen por las versiones de los menores, no hubiesen ocurrido.

Esta manera de razonar, de parte del libelista, denota el particular criterio que posee del instrumento extraordinario de impugnación a que acude, pues lo que la Corte observa es que si bien el demandante acierta en acudir a la causal tercera para denunciar que en el fallo se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de raciocinio en la apreciación probatoria, es lo cierto que hace depender la prosperidad de la censura en sostener tan sólo que en su criterio, los medios recaudados no cuentan con la solidez requerida para proferir fallo de condena, pero no logra explicar de qué manera resultan demeritadas las consideraciones del A quo y el Tribunal, ni ofrece un cuestionamiento serio a la totalidad de las pruebas que sirvieron de fundamento a sus decisiones; mucho menos presenta un panorama fáctico diverso que permita sustentar la pretensión que formula, todo lo cual denota la precariedad argumentativa de su propuesta.

En últimas, de la argumentación que el demandante presenta, observa la Sala que lo pretendido con la interposición del recurso no es otra cosa sino, simple y llanamente, desconocer las declaraciones fácticas del fallo tan sólo porque considera que sus razonamientos relacionados con la prueba recaudada, son mejores que los del juzgador, y porque a su criterio de la prueba recaudada no se colige más allá de toda duda la responsabilidad penal del acusado, pero sin percatarse que ante un enfrentamiento de criterios entre el juez y las partes sobre el mérito suasorio que debe conferirse a los medios, prima el de aquél, quien goza de libertad relativa para apreciarlos y asignarle fuerza persuasiva, limitada sólo por los criterios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica,

cuya transgresión, en el contexto de la demanda, lejos estuvo de poder acreditar.

A este respecto debe advertirse, que la Corte, en decantada jurisprudencia, tiene establecido que el error originado en la apreciación judicial del mérito de la prueba recaudada en el proceso penal, no surge de la sola disparidad de criterios entre el valor demostrativo atribuido por los juzgadores, y el pretendido por los sujetos procesales, sino de la manifiesta y demostrada contradicción entre aquél y las reglas que orientan la valoración racional de la prueba, pues si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia.

Precisamente por virtud de esta presunción, es que en sede de casación resulta inocuo pretender desquiciar el andamiaje fáctico jurídico del fallo impugnado con fundamento en ligeras apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió haberle asignado a determinado medio.

Simple enunciados generales en torno a la precariedad persuasiva de las pruebas que sirvieron de soporte al fallo recurrido, y la supuesta solvencia demostrativa de los que no lo fueron, en manera alguna pueden considerarse argumentos válidos para sustentar el instrumento extraordinario, al igual que no pueden serlo los cuestionamientos por atentados a una lógica construida con criterio personal, como en tal sentido de antaño ha sido fijado por la doctrina de esta Corte²⁵.

Sostener, como lo hace el demandante, que de la generalidad de la prueba no se pueden inferir indicios con la fuerza suficiente para condenar al acusado y que por tal razón la sentencia debe ser casada para absolver a su representado,

resulta inocuo frente al análisis de la totalidad del acervo probatorio llevado a cabo en las sentencias de instancia, para arribar a convicción de que en el curso del juicio oral se practicaron pruebas que llevan al convencimiento de la responsabilidad penal del acusado en las conductas que le fueron imputadas, más allá de toda duda.

La ilegalidad del fallo no la puede establecer la Corte de la sola consideración del demandante, expuesta en el sentido que el Tribunal transgredió los postulados de la lógica al conferir mérito persuasivo a los menores pese a las fallas de memoria que ostentan en cuanto a los lugares en que la conducta abusiva tuvo lugar; las reglas de la ciencia al considerar que una persona al sufrir una experiencia traumática fija los detalles en su memoria; y la regla de experiencia según la cual una persona que teme algo asume una posición defensiva, sin incurrir en una petición de principio, pues, al contrario de lo expuesto, en el proceso no se demostró ni el libelista corrobora lo que tenía que acreditar, que en la actuación no obra prueba suficiente de la que se pueda inferir que los menores fueron víctimas de actos sexuales abusivos, y que el señalamiento que hacen contra su padre, no merece credibilidad, con lo cual el yerro queda ayuno de todo desarrollo y demostración.

En tal medida cabe resaltar que el demandante tampoco se percata que, en torno a las reglas de experiencia como componente de la sana crítica, la Corte²⁶ ha precisado que:

“...proposiciones formuladas a partir del conocimiento obtenido por vivencias, para que puedan erigirse como reglas de la experiencia, y por ende tenidas en cuenta como pautas de la sana crítica, es necesario que puedan ser sometidas a contraste y trasciendan su confrontación, ya que de lo contrario, a pesar de ostentar una conformación lógica, sólo constituirán situaciones hipotéticas e inciertas²⁷; además es indispensable que sean aceptadas en forma general con pretensiones de universalidad por la colectividad, más no que obedezcan a lo que el individuo haya aprehendido en su particular cotidianeidad,

pues, esto si bien puede ser importante frente a procesos racionales internos, no es fundamento serio para estructurar axiomas empíricos de aceptación dentro de un conglomerado, en determinado contexto social y cultural, con la aspiración de ser esgrimidos para desvirtuar el reproche de responsabilidad que se hace en materia penal”²⁸.

En este caso, lo que pretende el recurrente, es que la Corte -por encima incluso de aquello que la actuación evidencia-, le dé la razón cuando manifiesta, sin respaldo probatorio alguno, que de la prueba recaudada se deduce que “no existe prueba, ya delimitado el tiempo en que vivieron juntos con su padre para el año 2005, esto es enero y febrero, de los varios sitios en que vivieron”, lo cual, por constituir apenas una opinión personal, repugna a la objetividad con que deben formularse los reparos en sede extraordinaria, máxime si se da en considerar que no confronta sus asertos con la totalidad del acervo probatorio practicado en el juicio -al punto que deliberadamente omite cuestionar el dictamen pericial pretextando que sólo refleja los testimonios de los menores y la credibilidad que éstos merecen-, como tampoco censura el cúmulo de las declaraciones fácticas contenidas en los fallos de instancia.

Para que no quede duda alguna sobre lo que viene de referir la Corte, en cuanto que el libelista sólo presenta un ataque parcial a la apreciación probatoria, a partir del unilateral crédito que le confiere a la prueba de cargo, pertinente se ofrece traer a colación apartes de los fallos de instancia, en donde se patentiza que no fueron sólo las consideraciones que el defensor combate, las que sirvieron de sustento a la declaración de condena, y que por lo tanto, el reparo se ofrece insubstancial:

Dijo el A quo:

“Se debe admitir que esta clase de delitos, el abuso sexual de menores, cuando no deja

huella, le resulta difícil para la defensa controvertir la prueba, por ello, en la mayoría de los casos se entra a cuestionar la credibilidad de los testimonios de los menores, y a buscar móviles, como sería una venganza de uno de los padres por la separación de la vida en común, y en este caso una venganza porque el acusado le habría hablado mal de la mamá de las menores a un sujeto con el cual supuestamente ella iba a hacer una nueva vida marital. Empero, para el juzgado la prueba de cargo, pese a las falencias cuestionadas por la defensa, indican que sí se cometieron los delitos por los cuales fue acusado el implicado, y también su responsabilidad.

“Obsérvese cómo L., expuso en forma clara y coherente la manera como acaecieron los actos abusivos, donde aparece ella como víctima, señalando que su padre le tocó y le apretó la vagina y la cola, actos que sucedieron varias veces. Nótese como la menor de una manera vivaz y elocuente reiteró que su padre la había tocado en varias ocasiones, cuando estaban solos y aún cuando había personas en la casa donde vivían, sin que pueda recordar con exactitud en qué sitios o en qué barrio, situación lógica teniendo en cuenta que la familia convivió en varios lugares diferentes y es natural que no recuerde con precisión el año en que sucedieron los hechos por su corta edad, pero sí es evidente que tuvo una experiencia de ese tipo que trae a la memoria sin exageraciones ni señal alguna de que haya sido sugestionada o manipulada para decir lo que dijo. Por el contrario, en su relato se advierte que la progenitora del acusado, y abuela de L., había intentado que la menor dijera mentiras en la declaración vertida en el juicio, indicándole que debía decir que ella veía películas pornográficas, y que inclusive la mamá de la menor, le había dicho que dijera mentiras para que a su papá lo mantuvieran preso, y como premio le iban a comprar un vestido. Aspecto que coincide con lo que contó su hermano E., acerca de las supuestas películas pornográficas.

“El juzgado debe analizar la declaración de la niña, en conjunto con la declaración que rindió ante la psicóloga de la institución ‘CREEMOS EN TI’, en la cual dijo que los hechos ocurrieron cuando vivían todos en un mismo lugar; que lo hacía de día y

de noche; que lo hizo varias veces; que la tocaba por debajo de la ropa, 'de los cuquitos'; que le contó a la mamá; que también le hacía eso al hermano, y ella veía que le tocaba el pene al hermano. Y ante una aparente contradicción entre lo que dijo L. acerca que los hechos ocurrieron cuando vivían juntos, mientras que E dijo que ocurrieron cuando él y su hermana vivían en Tunjuelito, puede explicarse por la corta edad de los menores víctimas, pues de acuerdo con lo manifestado por el procesado en su declaración dada en el juicio, él se separó de su compañera y madre de los menores en febrero de 2005, tendríamos que para esa fecha E. quien nació en enero de 1998, solamente tenía siete (7) años de edad, en tanto que L, quien nació en junio de 2001, tenía solamente tres (3) años de edad. De manera que por esa corta edad, resulta difícil que un menor pueda decir fechas, pero los lugares sí, ya que era donde ellos vivían; y a esa edad, como cualquier otra, los recuerdos de situaciones traumáticas se fijan en la mente, destacándose cómo la niña contó con detalles, el episodio acerca del maltrato a la mamá, en que le quiso hacer creer al papá y hoy procesado, que afuera estaba la policía, y que si bien es cierto no era verdad, la niña indicó que en efecto no era verdad, pero aclaró que dijo esa mentira para evitar que su papá continuara agrediendo a su mamá, pero lo que ella contaba acerca de lo que la mamá le hacía era verdad. Sin que por el hecho de que un niño o una persona digan una mentira en una situación como es proteger a la mamá, se le deba restar credibilidad en lo demás, porque habría que decir que una cosa es mentir para ayudar a alguien y otra muy diferente, mentir para hacerle daño a alguien, diferencia que se amplía más, si se pretende mentir en un juicio, para hacer que al papá lo envíen a la cárcel.

“En cuanto al menor E., relató en forma similar a su hermana, notándose una coherencia en esos relatos, que su padre le cogía el pene y la cola y le apretaba esa zona, señalando de manera clara y espontánea propia de su edad, que esos hechos ocurrieron varias veces en la casa de habitación, sin que pudiera recordar el sitio exacto o la fecha exacta, teniendo en cuenta que vivió con sus padres en diferentes lugares. El niño fue claro al

señalar que su padre era el que lo sometía a tocamientos y manipulación sexual, actos que también realizaba con su hermana L. debiendo el Juzgado destacar el sentimiento que profesa hacia su padre, reflejado tanto en la entrevista psicológica que se aportó como evidencia número uno de la Fiscalía, se evidencia el sentimiento de rechazo hacia su padre: Pues ante una pregunta en la entrevista psicológica acerca de si había vuelto a tener contacto con el papá, contestó: 'no, ni quiero, porque no' -folio 128-, resultado relevante que ese porque no, tiene explicación en la pregunta que le hicieron acerca de si le había contado lo sucedido a la mamá, ante lo cual respondió en la valoración psicológica, lo siguiente: "porque quería, porque me dio rabia, de que siempre me dijera que no le fuera a contar a nadie y que me tocara'. Y será que a cualquier ser humano, no le da rabia que su padre, de quien se espera le prodigue amor, protección, comprensión y todo lo mejor que se pueda desear, abuse sexualmente de él?.

"Ya en la declaración que rindió en el juicio, cuando le preguntaron qué sentía por la mamá, no dudó en decir que sentía amor, pero cuando antes le habían preguntado lo que sentía por el papá, se nota claramente que el niño tiene sentimientos encontrados de odio y amor. Habiendo sido enfático, ante una pregunta que le formuló el propio procesado, en cuanto que supuestamente todo lo que estaba contando era mentira, porque así se lo había hecho saber a él antes de la audiencia, el niño le respondió a su padre que nunca había dicho eso, respuesta que demuestra que pese a las deficiencias advertidas por la defensa, en cuanto a que el niño manifestó muchas veces que no recordaba nada, sí recordaba lo que concierne con el proceso y desmintió a su propio padre, lo cual es de significativo valor, pues lo enfrentó con su corta edad, con la única herramienta que tenía, contar la verdad.

"La progenitora de los niños MARÍA DEL ROSARIO CASTRO SUÁREZ, afirmó que fue ella quien denunció el hecho ante la Fiscalía, el 8 de agosto de 2006, luego de que sus hijos fueran remitidos a una comisaría de familia para que fueran valorados por petición del padre quien había observado mal trato y descuido de sus hijos, de lo cual una vez

valorados, se estableció por parte de la sicóloga que los examinó que existía un presunto abuso sexual que debía ser investigado. Aspecto éste que permite desvirtuar la teoría de la defensa, acerca de una manipulación por parte de la madre de las menores, para que ellos perjudicaran a su padre, en venganza por la separación de ellos o en venganza porque el procesado habló mal de la madre de los menores, al sujeto con la que ella se iba a vivir, haciendo con ello que aquél cambiara de opinión, lo cual no tiene lógica, porque nadie podía saber lo que los niños iban a decir en la valoración psicológica, era algo que dependía sobre la empatía con el psicólogo y el grado de perturbación emocional. Nótese que no es la madre de la menor la que decide denunciar por su propia cuenta, sino porque la remitieron de allí a la Fiscalía.

“Y en cuanto a quién está diciendo la verdad, si los niños cuando dijeron que le contaron a la mamá lo que le hacía el papá, desde antes de la valoración psicológica, o la mamá de los menores, quien afirmó bajo la gravedad del juramento que solamente se enteró de los hechos con la valoración psicológica y no antes, el Juzgado considera que son los menores los que contaron la verdad, y lo que hace la mamá de ellos en su declaración en el juicio al no admitir que los niños le contaron lo sucedido en el momento en que ellos ocurrieron, es evitar consecuencias por no haber denunciado los hechos a tiempo, como por ejemplo que puedan utilizar su testimonio, para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, le quite la custodia. Distinto hubiera sido que la mamá de los menores, por su propia voluntad y sin el consejo de nadie, hubiera denunciado los hechos, pero en este caso, tendría que tratarse de una persona conocedora de la ley, conocimiento que se descarta de la mamá de los menores, hubiera maquinado que aprovecharía el examen psicológico de los menores, solicitado por el padre, para montar toda una tramoya y hacerle decir a sus hijos, una mentira contra su padre, y fuera de ello, los hubiera preparado también para que repitieran en el juicio, lo cual es totalmente imposible, porque como se dijo raya con la lógica y con la experiencia, dado el poco o nada conocimiento judicial que puede tener una persona como

la mamá de los menores, que no tiene estudios universitarios, no ha trabajado con la fiscalía, o en general con el poder judicial, o con una Comisaría de Familia o con el Bienestar Familiar”.

El Tribunal, por su parte, indicó lo siguiente:

“En el caso presente, se tiene que fue el padre de los pequeños, quien queriendo hacerse a su custodia, los hizo evaluar en una Comisaría de Familia por profesionales de la psicología, según el, porque estaban descuidados por su señora madre la cual también los maltrataba.

“Tal valoración para infortunio del señor MURCIA PINILLA pero en pro del restablecimiento de los derechos de los infantes, puso al descubierto que estaban siendo sometidos a conductas de abuso sexual y que el responsable era el padre.

“Fue así que los pequeños, contaron cómo su progenitor en diversas y reiteradas oportunidades les tocaba, apretaba y frotaba sus genitales, amenazando al niño si lo delataba y sobornando a la niña de menor edad, con dulces y premios.

“Tales exposiciones, tal como lo concluyó el a-quo, son lo suficientemente sólidas, concretas y coherentes como para permitir al fallador la representación mental plena de los acontecimientos, arribando al convencimiento más allá de toda duda no sólo de la ocurrencia de las ilicitudes sino de la responsabilidad atribuida al señor PABLO RICARDO MURCIA.

“No obstante, se cuenta en el proceso con la declaración de la Dra. Catalina Sánchez Botero, quien al valorar a los pequeños y escuchar sus narraciones, afirmó en el juicio oral y público que se trata de relato ‘lógico, coherente, espontáneo, con respaldo emocional respecto al abuso sexual’, recomendando que los menores no tuvieran contacto con el padre.

“En contraposición a tan sólida evidencia, la defensa ha pretendido restarles credibilidad al menos al punto de generar duda que impida estructurar una condena, aludiendo a la posibilidad de que la denuncia obedezca a un ánimo vindicativo.

“Olvidando que fue por iniciativa del propio procesado que los menores fueron valorados por profesionales en una Comisaría de Familia, procurando él sí, causarle daño a su ex esposa con señalamientos de descuido y maltrato hacia los pequeños.

“Lo que sorprendió al señor MURCIA PINILLA fue que los niños antes que resultar afectados por comportamientos de la madre, pusieron de presente los abusos de tipo sexual a que el padre los sometía, de donde devino la correspondiente denuncia e investigación.

“Así las cosas, si la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional no tuvo como motor la voluntad de la progenitora de los niños sino los descubrimientos que autoridades de menores hicieron al valorar los pequeños conforme a petición justamente elevada por su padre; mal puede admitirse el razonamiento de la defensa en cuenta al ánimo dañino o mal intencionado existente en la acusación.

“De todo lo anterior se colige que las afirmaciones efectuadas en juicio oral y público por los niños tienen la suficiente contundencia para demostrar la ocurrencia de las ilicitudes y la responsabilidad de su padre como autor de las mismas, siendo corroborada su credibilidad con el concepto emitido por la perito en psicología.

“La censura del fallo, entonces, consiste en la particular apreciación de las pruebas del proceso por parte de la defensa, pero no demuestra error específico en la valoración de los medios de convicción.

“La sentencia, se reitera, se fundamentó en el dicho creíble, confiable y preciso de las víctimas, vertido en el juicio oral y público con respeto de los derechos de los sujetos procesales, y, el dictamen de la profesional especializada (psicóloga) que, informada del antecedente, valoró a los menores y los halló con capacidad mental y emocional para rendir de manera idónea y comprensible la versión de unos hechos a pesar de su corta edad”.

Esta extensa, pero, a juicio de la Corte, necesaria reseña de lo fundamentalmente considerado en los fallos de instancia, para denotar que en lugar de acreditar el error de hecho por falso raciocinio que el demandante pretende noticiar, se dedicó fue a cuestionar la credibilidad de lo dicho por los menores y su progenitora, a partir de poner de presente presuntas inconsistencias en sus relatos, en aspectos que, relacionados con las circunstancias en que los hechos tuvieron ocurrencia y que resultaron trascendentes en la definición del juicio, se ofrecen irrelevantes para demeritar el crédito conferido por los juzgadores de instancia.

Tanto es esto que el demandante nada dice en torno a las bases fáctica y jurídica de la pericia psicológica, y mucho menos toma en consideración la totalidad de los argumentos expuestos por los juzgadores para edificar el fallo, y menos en lo atinente a las razones por las cuales el acusado demandó la evaluación de sus menores hijos, cuyos resultados, a la postre le resultaron adversos.

11.- Entonces, por el lado que se observe, se establece que el demandante apenas enunció su discrepancia con la decisión de condena adoptada por el Juez de primera instancia y confirmada por el Tribunal, pues no demostró que la sentencia hubiere sido proferida con violación directa o indirecta de la ley sustancial, como le correspondía hacerlo si pretendía desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo de segunda instancia.

Este modo de proceder por parte del demandante, resulta por completo ajeno al recurso extraordinario, imponiéndose para la Sala tener que inadmitir la demanda, con mayor razón si aparece evidente que no cumplió el deber de presentar clara y precisamente el fundamento de sus reparos, dejó de acreditar de qué manera se configuraron los yerros y por qué, al haber procedido el Tribunal en la forma como lo menciona, resultaron afectados negativamente los intereses de la parte que representa.

En síntesis, dado que la demanda estudiada no cumple las exigencias mínimas de forma y contenido normativa y jurisprudencialmente requeridas, no cabe más alternativa que inadmitirla a su estudio de fondo.

12.- Cuestión Final.

A tenor de lo previsto por el artículo 184, inciso tercero, del Código de Procedimiento Penal, la Corte tiene establecido que dicha disposición le confiere la facultad de intervenir oficiosamente, sin que resulte necesario la realización de audiencia de sustentación, cuando advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restablecer las garantías fundamentales de los intervinientes en el trámite procesal, reparar los agravios inferidos a éstos, o unificar la jurisprudencia nacional.

En este caso, se observa que con la sentencia probablemente al procesado se le pudo haber vulnerado la prohibición de la doble incriminación por una misma conducta, en tanto el juzgador ad quem tomó en consideración una circunstancia específica de agravación punitiva, cuya aplicación, en este caso, no resulta procedente pese a haber sido imputada en la acusación, por transgredir el principio de non bis in ídem, lo que pudo haber determinado la individualización de una pena privativa de la libertad, mayor a la que legalmente corresponde, razón por la cual habrá de verificarse si surge la necesidad de casar parcialmente y de oficio el fallo, a fin de restablecer la garantía

que, en principio, se observa conculcada.

Por lo tanto, una vez cumplido el rito de insistencia, la actuación deberá retornar al Despacho del Magistrado Ponente para pronunciamiento oficioso en relación con la posible vulneración de garantías fundamentales, según ha sido indicado.

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

RESUELVE:

PRIMERO. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, por las razones expuestas en la motivación de este proveído.

SEGUNDO. Contra esta determinación procede la insistencia en los términos del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO. Comunicada esta decisión y una vez cumplido el trámite de la insistencia, la actuación deberá regresar al Despacho del Magistrado Ponente para pronunciamiento oficioso acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales, conforme ha sido expuesto en el cuerpo de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
ZAPATA ORTIZ

JAVIER DE JESÚS

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se omite el nombre completo de los menores en protección de sus derechos fundamentales conforme a los artículos 15 y 44 de la [Constitución Política](#), en armonía con los artículos 33, 47 numeral 8 y 193 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006

2 Fls. 158 y ss. carpeta original.

3 Fls. 13 y ss. cno. Trib.

4 Fls. 31 y ss. cno. Trib.

5 Cfr. auto de casación del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28653.

6 Ley 1395 de 2010. Art. 98. “El artículo 183 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

“Artículo 183. Oportunidad. El recurso se interpondrá ante el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

Si no se presenta demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición”.

7 Cfr. por todos, auto de casación de 9 de junio de 2008. Rad. 29019

8 Cfr. Auto casación de 26 de septiembre de 2007. Rad. 28053.

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

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

11 ib. radicación 24.530

12 Cfr. Auto. Cas. mayo 4 de 2006. Rad. 25250.

13 Cfr. Auto. Cas. junio 22 de 2006. Rad. 25412

14 Cfr. por todas, cas. de mayo 9 de 2007. Rad. 27330.

15 Cfr. Por todas. Cas. de 29 de agosto de 2007. Rad. 26276.

16 Cfr. por todas cas. de 17 de septiembre de 2003. Rad. 17690

17 Cfr. auto cas. de 10 de agosto de 2006. Rad. 25527

18 Cfr. por todas. Cas de 10 de marzo de 2004. Rad. 18328

- 19 Cfr. por todas, cas de 31 de marzo de 2008. Rad. 29249
- 20 Cfr. Por todas Cas. de 26 de septiembre de 2007. Rad. 28213
- 21 Cfr. por todos, auto de casación de junio 9 de 2008. Rad. 29092
- 22 Cfr. Sentencia de Casación de 4 de mayo de 2011. Rad. 32370.
- 23 Cfr. Cas. 32685. 16 de marzo de 2011
- 24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2007, Radicado 26.468, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 3 de junio de 2009, Radicado 28.649, sentencia del 31 de julio de 2009, Radicado 30.838.
- 25 Cfr. por todas auto de casación de marzo 12 de 2001. Rad. 16842.
- 26 Cfr. Sentencia de Casación de 9 de abril de 2008. Rad. 22548
- 27 Sentencia de 6 de agosto de 2003, Rad. N° 18626.
- 28 Auto de 14 de julio de 2004, Rad. N° 21210.