

Proceso nº 34738

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA No. 281-

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil once (2011).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala examina los presupuestos jurídicos, lógicos y argumentativos expuestos por la defensora de confianza de Marco Tulio Franco Acevedo, con el fin de resolver sobre la admisión de la demanda de casación presentada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que, tras confirmar la dictada por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Facatativá con funciones de conocimiento, lo condenó por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

Fueron narrados por el a quo y consignados así en el fallo objeto de disenso:

“...Durante el lapso del 1 de enero de 2007 hasta el 14 de mayo de 2009, en múltiples oportunidades al interior de una finca ubicada en la vereda Chimbe de jurisdicción rural del municipio de ALBÁN, el acusado MARCO TULIO FRANCO ACEVEDO, quien convivía con la

señora BLANCA MATILDE GUACANEME RODRÍGUEZ, aprovechaba la ausencia de ésta cuando viajaba a Bogotá, procedía a acceder carnalmente mediante la introducción de su asta viril, tanto en el esfínter anal como en el vaginal de su hijastra [M.F.G.R.]¹ para esa época de 10 a 13 años de edad, agresiones de naturaleza sexual que se evidenciaron en el examen sexológico que le fue practicado por Médico Legista quien concluyó la existencia de: “Himen anular desgarrado. Bordes cicatrizados lo cual indica desfloración antigua en los meridianos de las 10, 1, 5, 7 de conformidad con las manecillas del reloj...”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 30 de septiembre de 2009 la Juez de la Unidad Judicial Municipal de Guayabal de Siquima (Cundinamarca) legalizó la captura de Marco Tulio Franco Acevedo, así como la imputación que por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 208 y 211, numerales 2 y 5 del Código Penal, realizó en su contra la Fiscalía 3ª Seccional de Facatativá. Le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario².
2. Presentado el escrito de acusación por el delito imputado³, el 4 de noviembre de 2009 se llevó a cabo la audiencia respectiva ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de Facatativá con funciones de conocimiento⁴.
3. Agotado el juicio, el 8 de febrero de 2010 el mismo Juzgado profirió sentencia en la que lo condenó a 18 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y lo condenó al pago de perjuicios morales en el equivalente a 17.6 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la menor víctima⁵.

Tanto la defensa como el acusado recurrieron la decisión.

4. El Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo del 30 de abril de 2010, confirmó la condena⁶.

5. Dentro del término legal la defensora de Franco Acevedo presentó demanda de casación que fue remitida a esta Corporación.

LA DEMANDA

Luego de narrar la situación fáctica y la actuación procesal surtida, la impugnante invoca la causal primera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y cuestiona así la sentencia de segunda instancia:

Los juzgadores consideraron que los hechos ocurrieron a partir del 1 de enero de 2007, época para la cual el artículo 208 del Código Penal tipificaba el delito por el cual fue acusado su prohijado con pena mínima de 5 años y 4 meses, más el incremento de la Ley 890 de 2004. Sin embargo, no tuvieron en cuenta la fecha de la consumación del hecho y aplicaron la ley más desfavorable a su representado, esto es, el artículo 208 con la modificación de la Ley 1236 de 2008.

Con ello violaron el principio de favorabilidad.

Lo correcto habría sido condenarlo atendiendo la pena prevista en el original artículo 208 del estatuto sustantivo, para así garantizar el principio de legalidad.

Los falladores olvidaron que frente a multiplicidad de normas, en material penal prevalece la más favorable al procesado, no la más desfavorable.

Fallaron los jueces en tomar como hecho consumativo del delito el último acto cometido y de allí devolverse en el tiempo para configurar el concurso, porque la punibilidad de los delitos concurrentes no es autónoma. Debíó partirse de la pena que

oscila entre 5 años y 4 meses a 12 años.

Solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y en consecuencia redosificar la pena impuesta con base en los criterios expuestos.

CONSIDERACIONES

1. La inadmisión de la demanda

1.1. Es notorio el desconocimiento de los requisitos formales y materiales que rigen el recurso de casación. El libelo presentado en esta ocasión por la defensa no es más que un escrito deshilvanado, carente de orden lógico y argumentación jurídica, y ningún reparo exhibe en torno a las consideraciones expuestas por el ad quem. Olvidó que la demanda de casación no es de libre confección y que por dirigirse contra una sentencia dictada por un Tribunal Superior debe contener reproches serios y suficientes frente a los fundamentos allí esgrimidos por el fallador.

1.2. La jurisprudencia ha sido reiterativa en sostener que la casación no es una instancia adicional dentro de la actuación, ni una oportunidad más para realizar cuestionamientos de cualquier índole sin fundamento u orden lógico. Es necesario que contenga unos mínimos requerimientos formales y materiales que permitan a la Corte entender el error judicial advertido, la afectación que con el mismo se generó y el sentido de la violación.

Así, es preciso que el impugnante exponga en forma ordenada, coherente y lógica cuál es la falencia en la que incurrió el fallador; desarrolle y sustente con suficiencia, respetando los principios de prioridad y no exclusión, el cargo o cargos que contra la sentencia propone, y explique cómo con el recurso pretende la efectividad del derecho material, indicando las garantías procesales agraviadas, cómo se quebrantaron los derechos fundamentales y por qué es necesario unificar la jurisprudencia sobre un determinado tema jurídico, ya sea

para su beneficio o para casos futuros similares.

Así, a través de un discurso dialéctico y jurídico con suficiente claridad y precisión habrá de demostrar (i) cómo tuvo lugar la afectación de derechos o garantías fundamentales; (ii) cuál es la causal que invoca; (iii) cuáles son sus fundamentos, para lo cual tendrá que formular y desarrollar adecuadamente el correspondiente cargo, y (iv) explicar por qué es necesaria la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

1.3. La impugnante olvidó mencionar las finalidades que pretendía alcanzar con el recurso, las garantías fundamentales quebrantadas a su representado y, si bien formuló un cargo contra el fallo del Tribunal, su presentación es totalmente ajena a los requerimientos mínimos necesarios para que la Corte comprenda el motivo de inconformidad y evidencie la falla judicial.

Invoca la causal primera de casación (violación directa) pero no dice cuál fue la norma vulnerada por la sentencia objeto de censura y menos explica con claridad si ello tuvo lugar por falta de aplicación, por interpretación errónea, o por aplicación indebida.

Cuando se escoge este motivo de censura el impugnante debe respetar los hechos tal como los encontró probados el Tribunal, así como la valoración probatoria realizada, dado que su inconformidad radica exclusivamente en la aplicación de la ley⁷.

Los argumentos deben dirigirse exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el fallador de segundo grado al aplicar la normatividad al caso concreto y el estudio debe centrarse en un análisis estrictamente jurídico de la sentencia. No es viable, en consecuencia, discutir aspectos relativos a la valoración probatoria o a la forma en que los hechos fueron considerados por los fallos de instancia, en tanto que el censor debe aceptarlos tal como se consignaron.

1.4. La defensa no formula en sí mismo un cargo, únicamente esgrime argumentos

dirigidos a demostrar inconformidad frente a la dosificación punitiva. Reclama aplicación del artículo 208 de la Ley 906 de 2004 en su versión original, pero la Sala observa que, contrario a lo afirmado en la demanda, en las sentencias sí fue tomada en cuenta esa norma al momento de adelantar la labor de dosificación punitiva. De manera que no se entiende la razón de inconformidad.

En efecto, basta una mirada a los fallos de instancia para advertir que los juzgadores aplicaron tanto la punibilidad descrita en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, en su versión original, como la introducida luego por la Ley 1236 de 2008, que aumentó la pena para el delito por el que se procedió en esta ocasión. Fue así como, en atención al concurso homogéneo y sucesivo, determinaron en forma acertada y para efectos de la dosificación punitiva que para la conducta cometida antes de la vigencia de la última normativa se tendría en cuenta el ámbito punitivo descrito en el original artículo 208, pero que la cometida en vigencia de la ley de 2008 debería ceñirse a la nueva normativa.

Tal proceder no desconoce el principio de favorabilidad porque, como bien lo expresó la Corte en la sentencia del 12 de mayo de 2004⁸, citada por el juez de primer grado, no se está ante un delito único, sino ante varios, los que si bien son homogéneos se han consumado en distintos momentos y, por ende, no es posible aplicar una normativa nueva a circunstancias ya consumadas. Así lo explicó con claridad la Corte en la providencia mencionada, para resolver luego no casar el fallo impugnado que condenó al allí procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años -en concurso homogéneo y sucesivo-:

“...cada una de las acciones atribuidas está revestida de sus propias características objetivas, materiales, subjetivas y jurídicas, como que en cada acto sexual tomó cuerpo la tipificación de la conducta punible; en cada uno de ellos no sólo se consumó y agotó la descripción legal, sino que el verbo rector encontró materialización en el mundo real, al paso que el bien jurídico se vulneró igualmente en cada acto, desde

luego de manera injustificada y mediando conocimiento y voluntad. En ese marco, no vacila el juicio para predicar la independencia plena y evidente de una serie de delitos, inescindibles o fáciles de desbrozar desde el punto de vista de su perfeccionamiento autónomo, aunque ligados por una comunidad de propósitos y una vinculante fuente de intereses pero no con la capacidad de destruir la mencionada individualidad jurídica y naturalística.

Así las cosas, no puede llamar a dudas que los delitos cometidos hasta el 10 de febrero de 1997, inclusive (fecha en que dejó de regir el artículo 303 del Decreto 100/80) fueron cobijados exclusivamente por las reglas punitivas de ese ordenamiento, sin que la menor ingerencia tuviese sobre tales comportamientos la normatividad posterior que subrogó aquélla (Ley 360/97-5), como que a partir del 11 de febrero del citado año las nuevas ilicitudes encontraban ya un patrón de punibilidad distinto, aplicable a estas últimas en razón a haberse cometido con posterioridad a su entrada en vigencia.

No ha de olvidarse que es de la esencia de la favorabilidad que el delito se cometa bajo el gobierno de una ley y se pretenda sancionar (para enfocar el análisis desde esta perspectiva) en vigencia de otra, constituyendo tal presupuesto *condictio sine qua non* para acudir al reconocimiento de esa gracia constitucional. En el caso bajo examen ello no tuvo ocurrencia, y una tal carencia sería suficiente para despachar negativamente el ruego. Aquí no se cometió, imputó o se sancionó por un único delito de modo tal que por haberse ejecutado antes del 11 de febrero de 1997 y castigado con posterioridad a esa calenda, se hubiera abierto paso la aplicación de la ley más favorable.

En este proceso -en cambio- se observa al rompe que cada conducta se ideó, ejecutó y consumó bajo el imperio de una normatividad exclusiva, específica, motivo por el cual respecto de cada una de ellas resulta aplicable la legislación que para esa fecha regía, siendo por eso válido que la indefinida cantidad de actos sexuales se separara en dos grupos: (i) los cometidos antes del 11 de febrero de 1997 (vigencia Ley 360/97), y (ii)

los ejecutados a partir de ahí, resultando de ese modo acertado el proceder del Tribunal cuando deslindó las dos agrupaciones para aplicar la favorabilidad pero de cara a cada una de tales asociaciones, seleccionando la pena más grave como base (4 a 10 años de prisión más la agravante) para incrementarla por el concurso, pero valorado éste con referencia a la otra normatividad (prisión de 1 a 6 años), cuidándose eso sí -como lo hizo- de no desconocer las limitantes de la pena máxima y la suma aritmética de penas.

La conclusión obligada de lo hasta aquí consignado apunta a pregonar que en la sentencia atacada se aplicó correctamente y con el alcance jurídico correspondiente el original artículo 303 del C.P., al igual que lo hizo en relación con el 6º del Código Penal, regulador de la favorabilidad, dado que -como se vio- era el procedimiento utilizado por el Tribunal el mecanismo jurídico a través del cual se respetaba la garantía fundamental cuyo reconocimiento hoy se reclama.”

En la sentencia de primera instancia se dejó clara la presencia de un concurso de conductas punibles, así como la existencia de la modificación punitiva introducida al artículo 208 del Código Penal. En consecuencia, se señaló que la dosificación se haría en forma distinta atendiendo la fecha de ocurrencia de los hechos. Así, determinó el a quo los cuartos conforme a la modificación introducida por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008 y luego aclaró que “tratándose de un concurso homogéneo y sucesivo y atendiendo que el inicio de los actos delictivos por los que se condena el acusado fue en enero de 2007 para los fines que establece el canon 31 del Estatuto penal se dosificará la pena atendiendo el límite sancionatorio previsto para ese momento.”⁹

De manera pues que no solo resulta desatinado el demandante en la formulación del cargo sino en sus apreciaciones. Lo anterior, aunado a que la Corte no advierte la necesidad de intervenir oficiosamente en el fondo del asunto con el propósito de lograr alguno de los fines de la casación, conduce a inadmitir el libelo.

2. El mecanismo de la insistencia

Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decida no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala en los siguientes términos¹⁰:

“(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con fundamento en los cuales la Sala decidió no seleccionar la demanda, o para demostrar por qué no empece las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su facultad para superar sus defectos y decidir de fondo.

(v) Es potestativo del Magistrado disidente o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

(vi) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como

consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se selecciona la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es “mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”, se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante, como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala, si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición”.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora de Marco Tulio Franco Acevedo.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y bajo los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Teniendo en cuenta la edad de la víctima, se suprime su nombre.
- 2 Acta obrante a folios 14 a 18 de la carpeta.
- 3 Folios 23 a 26 de la carpeta.
- 4 Acta visible a folios 35 y 36 de la carpeta.
- 5 Folios 136 a 164 de la carpeta.
- 6 Folios 21 a 38 del cuaderno del Tribunal.
- 7 Ver, entre otras, las providencias del 18 de diciembre de 2000 y 24 de noviembre de 2005 (radicados 12.713 y 24.530 respectivamente).
- 8 Radicado 17.151.
- 9 Folio 25 de la providencia, 140 de la carpeta.
- 10 Auto del 12 de diciembre de 2005 (radicado 24.322).