

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 436

Bogotá D.C., veintiocho de noviembre de dos mil doce.

La Sala decide acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Renne Fernando Duque Badillo, contra la sentencia en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la condena que le impuso el Juzgado 4° Penal del Circuito por los delitos agravados de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso, y actos sexuales abusivos igualmente en concurso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron resumidos en las instancias de la siguiente manera:

“en el transcurso del año 2006 y hasta agosto de 2007, el aquí acusado Renne Fernando Duque Badillo en pluralidad de ocasiones, sometió a abusos sexuales a la menor YCAC de ocho años de edad para esa época, aprovechando la ausencia de los adultos mayores (sic) a su cargo, en la vivienda situada en la Transversal 3 B No. 20 A 19 Este en la que residían, por cuanto allí también residía la menor con su familia compuesta por sus hermanas y progenitora Luz Marina Chacón, quien convive con el sr. Luis Guillermo Duque, hermano del aquí encartado.

Se tiene según lo expresó la víctima, que el prenombrado le ofrecía dinero o dulces, para que la menor permitiera los tocamientos a su cuerpo ocurridos en la habitación de éste, incluso el sexo oral y la cópula vaginal, que se sucedieron hasta el mes de agosto de 2007 cuando la niña dado su estado de ánimo, comenta lo que le acurre (sic) a su profesora Deisy Hernández, quien a su vez lo pone en conocimiento de las autoridades.”

Por los hechos y las conductas punibles mencionadas, la Fiscalía presentó acusación en contra del imputado Duque Badillo, motivo por el cual ante el Juzgado 4° Penal del Circuito se cumplió la audiencia correspondiente y el trámite subsiguiente del juicio, al término del cual lo condenó a la pena de 166 meses de prisión¹, inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual lapso y al pago de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización por los perjuicio morales ocasionados con los ilícitos.

La decisión fue apelada por la defensa inconforme con la inadecuada valoración de los medios de convicción, la improcedencia de la agravante relativa a la edad de la víctima, y la negación de beneficios para el sentenciado con base en las previsiones de la Ley de Infancia y Adolescencia.

El Tribunal confirmó la sentencia pero excluyó de la imputación la agravante mencionada. No modificó la sanción, toda vez que la vigencia de la circunstancia de agravación del artículo 211-2 del Código Penal, contenida igualmente en el escrito de acusación, mantenía inalterable los extremos sancionatorios y la pena impuesta por el a quo².

DEMANDA DE CASACIÓN

Cargo primero: Violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 31 del Código Penal, relacionado con las reglas del concurso de conductas punibles.

Sostiene el recurrente que el Tribunal, frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, le impuso al procesado 86 meses de prisión por ser el delito más grave, y a esta pena le incrementó 40 meses para cada una de las conductas concurrentes, para fijar la sanción definitiva en ciento sesenta y seis meses 166 de prisión, con lo cual prácticamente la duplicó con base en la gravedad, la naturaleza y la modalidad del ilícito, la intensidad del dolo, así como la confianza generada en la víctima y la soledad que la aquejaba.

En suma, considera que la pena irrogada al acusado es injusta, exagerada, desproporcionada e ilegal, razón por la cual solicita a la Corte casar la sentencia y fijar una pena más justa.

Cargo segundo. De igual modo, a través de la violación directa de la ley sustancia, el actor alega la aplicación indebida del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, y la falta de aplicación de los artículos 2, 4 y 29 de la [Constitución Política](#) y 6° de la Ley 600 de 2000, toda vez que en la sentencia no se le reconocieron beneficios de ninguna índole al sentenciado.

En la sustentación del reproche afirma que la sentencia desconoce el principio de legalidad, pues el Tribunal aplicó las prohibiciones de la Ley de Infancia y Adolescencia, sin tener en cuenta que comenzó a regir con posterioridad a los hechos, desarrollados durante el año 2006 y hasta el 27 de agosto de 2007.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia y que no se le nieguen al procesado los subrogados o beneficios que le correspondan, como la libertad condicional, la sustitución de la ejecución de la pena en los términos previstos en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal, o cualquiera otro de naturaleza judicial o administrativa cuya procedencia niega el fallo recurrido "... no porque lo prohíba la Ley 1098 de 2006 sino porque la pena impuesta hoy no lo permite; pero sí puede ocurrir cuando mi defendido

cumpla la dos terceras (2/3) partes de la pena o se de el caso de un beneficio o subrogado de los contenidos en el Código Penal y el Procesal, normas vigentes y en todo caso las aplicables hoy, todas ellas bajo el principio universal de legalidad codificado en la Constitución Nacional como regla de derecho fundamental No. 29.”

Cargo tercero. Violación indirecta de la ley mediante error de hecho por falso juicio de legalidad. El sentenciador “... conculcó postulados del rito procesal al no exigir el cumplimiento de los requisitos legales y esenciales y omitir la formalidad sustancial que lo obligaba a no aceptar introducir (en cámara Gesell) la prueba aducida – la entrevista escrita que se le hizo a la menor – en la forma como el fiscal lo hizo, por lo que debió excluirla.”

A través de este reproche afirma que el fiscal manejó el testimonio de la víctima al leer alguno de los apartes de la declaración que rindió antes del juicio. De esa manera, logró que la menor dijera que “había olvidado que el acusado le metía el pene en la boca”, y de esa forma logró acreditar la materialidad del acceso carnal abusivo, desvirtuado en principio con el dictamen médico legal que descartó el acceso por vía vaginal y anal.

El sentenciador debió excluir el testimonio de la víctima, pues no podía aceptar un vocabulario inadecuado e impropio en una menor de esa edad. No empece, “... la incorporación del testimonio como la valoración que al mismo le dio el juzgador, lo hizo incurrir en error de hecho en [la] modalidad de falso juicio de legalidad y raciocinio cuando le dio tal credibilidad y fue suficiente para culminar en fallo condenatorio.”

De igual modo, lamenta que el testimonio de la profesora Deysi Hernández no se haya recibo en el juicio, habiendo sido la persona que informó de los abusos a los que fue sometida víctima y, a pesar de su importancia, la Fiscalía renunció a la práctica de

esta prueba.

Cargo cuarto. Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia "... al omitir valorar las pruebas aportadas en tanto que supone pruebas que no existen en el proceso e incumple postulados necesarios y exigibles el rito procesal."

Según afirma, en el alegato de conclusión la Fiscalía solicitó sentencia condenatoria por un concurso de delitos de acceso carnal y actos sexuales abusivos, pero no indicó el momento, el modo y el lugar en que sucedieron las diferentes conductas, cuando le correspondía demostrar las circunstancias determinantes de su ejecución.

De los sucesos, agrega, dio cuenta la profesora Deysi Hernández quien no declaró en el juicio. La ofendida en su declaración inicialmente manifestó que fue víctima de tocamientos, no obstante, a través de la entrevista en cámara Gesell la Fiscalía le hizo recordar que también fue sometida a acceso carnal, circunstancia que, en su criterio, demuestra que la declarante fue manipulada.

Por otra parte, dice, el testimonio de la psicóloga Martha Peña no resultó de interés. Entrevistó a la menor en su condición de investigador criminalístico, no como perito ni como testigo experto, de manera que su declaración no debió trascender 'al punto de constituir un criterio evaluador del juez para condenar'.

Estos medios de prueba, junto con el examen de medicina legal que descartó el acceso carnal por vía vaginal y anal, constituían elementos suficientes para que el sentenciador desestimara los cargos, pues no logran convencer que se atentó contra el bien jurídico y tampoco permiten afirmar que los hechos tuvieron ocurrencia durante los años 2006 y 2007, sin precisar cuándo ocurrió sucedió cada acto abusivo.

De esa manera, entiende que la sentencia desconoce los artículos 372, 373, 374 y 380 de la Ley 906 de 2004, y viola de manera indirecta, por falta de aplicación, el artículo

381 de la misma codificación, toda vez que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Si los jueces en las instancias hubieran analizado los medios de convicción referidos, la decisión habría sido absolutoria respecto del cargo de acceso carnal, en torno al cual debe aplicarse la duda en favor del procesado.

Al término del escrito el recurrente solicita a la Corte casar la sentencia y dictar una de remplazo, total o parcial, por inexistencia de las conductas punibles o beneficiando con la duda al procesado Renne Fernando Duque Badillo.

CONSIDERACIONES

La Corte debe insistir en que la demanda de casación difiere ostensiblemente de un alegato de instancia, en tanto exige una presentación lógica adecuada a cada una de las causales invocadas, con el desarrollo de los cargos que por vicios in procedendo o in iudicando se denuncien, y la demostración de su trascendencia en la parte dispositiva del fallo impugnado.

En consecuencia, como quiera que el recurso extraordinario tiene por objeto una sentencia que goza de la doble presunción de acierto y legalidad, requiere del cumplimiento de determinadas exigencias de forma y contenido, señaladas en la ley y suficientemente desarrolladas por la jurisprudencia, las cuales, de no ser cumplidas a entera cabalidad, obligan a la Corte a inadmitir la demanda.

La lógica que gobierna el recurso y el principio de no contradicción que lo preside, imponen la formulación y sustentación por separado de las causales de casación aducidas y de los cargos respecto de cada una presentados, de manera independiente si fueren excluyentes, pues, los motivos de invalidación de las sentencias previstos en la ley,

obedecen a una naturaleza y alcance propios que ameritan desarrollo y demostración autónoma respecto de los restantes.

Cuando el actor acude a la violación directa de la ley sustancial, debe aceptar los hechos que declara demostrados el fallo impugnado y a partir de esa conformidad absoluta e imprescindible con los aspectos fáctico y de apreciación de las pruebas realizadas por el juzgador, edificar el cuestionamiento en un plano estrictamente jurídico, demostrando que en el fallo se incurrió en falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. La primera ocurre cuando no se aplica la norma que corresponde al caso porque el juez se equivocó acerca de su existencia; la segunda sucede en los eventos en los que el sentenciador realiza una falsa adecuación de los hechos declarados como probados a los supuestos que contempla la disposición; y la tercera tiene cabida si, a pesar de ser correctos los procesos de selección de la norma y adecuación al caso en estudio, el juzgador le atribuye un sentido que no tiene o le asigna efectos contrarios o distintos a su contenido.

Pero si opta por la denominada violación indirecta de la ley sustancial, debido a la incorrecta apreciación de las pruebas, por error de hecho o de derecho, se obliga a identificar la clase de error que invoca y las diversas hipótesis que en relación con cada uno se presentan.

Es decir, si encamina el ataque por la vía del error de hecho, debe establecer que se incurrió en un falso juicio de existencia, por haber ignorado el fallador una prueba legal, regular y oportunamente incorporada, o porque supuso una que no hace parte del proceso; en un falso juicio de identidad si se desfiguró el sentido objetivo de un determinado medio de convicción, poniéndola a decir lo que en verdad no dice; o que el juez incurrió en falso raciocinio por apartarse de la sana crítica, al haber aplicado una norma científica, una regla lógica o un dictado de la experiencia, en forma equivocada o que no correspondía al caso.

Y, si lo que denuncia es un error de derecho debe precisar alguna de las hipótesis que en ese escenario pueden suceder, esto es, el falso juicio de legalidad, cuando el juzgador considera una prueba irregularmente aportada al proceso por incumplir los requisitos exigidos en la ley para su incorporación; o un falso juicio de convicción al haberle negado a un medio probatorio el valor previamente asignado en la ley o por conferirle un mérito diverso al que se le atribuye normativamente.

En el primer cargo de la demanda el recurrente, por vía de la violación inmediata de la ley, asegura que el sentenciador aplicó en forma indebida el artículo 31 del Código Penal, ya que en su criterio la pena de 166 meses de prisión impuesta en las instancias, es injusta, exagerada, desproporcionada e ilegal, pues la pena básica se incrementó en 80 meses, prácticamente en un monto superior a la suma aritmética de las sanciones respectivas para cada conducta dosificada en forma individual.

Si la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de una norma, comporta un error de diagnóstico en cuanto el sentenciador utiliza una disposición que resulta inaplicable al caso concreto en tanto no es la llamada a resolverlo, en el presente asunto se descarta la existencia de dicho error, si se tiene en cuenta que los hechos declarados en el proceso señalan la concurrencia de diversas conductas de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso, a su turno, con plurales acontecimientos típicos de actos sexuales abusivos, lo cual indica que el proceso de individualización de la pena debía regirse bajo los postulados del artículo 31 del Código Penal, como en efecto se hizo por parte del sentenciador.

La normativa en mención establece que cuando el agente con una sola acción u omisión o con diversas acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma norma, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente

dosificadas cada una de ellas.

La conclusión es elemental, si frente a la pluralidad de conductas por las cuales se declaró responsable al acusado, el juzgador aplicó, para efectos de individualizar la pena correspondiente a cada comportamiento, los reglas del concurso previstas en el artículo 31 del Código Penal, no puede sostenerse que la norma se empleó de manera indebida, pues, sin duda, en relación con ese tópico particular, se imponía su instrumentalización en esta especie.

Que el quantum de la sanción establecido por el juzgador aparezca, en criterio del demandante, injusto y próximo a la suma aritmética de la sanción correspondiente a cada uno de los comportamientos ejecutados por el acusado, es un argumento que no conduce a suponer la indebida aplicación de la norma que regula el instituto del concurso de conductas punibles. Por el contrario, informa que la disposición, siendo procedente al caso, se instrumentalizó para resolver lo pertinente a la individualización de la sanción, lo cual significa que la censura carece de fundamento y, por consiguiente, debe inadmitírsela.

El segundo cargo se sustenta también en la violación directa de la ley sustancial, pues, asegura el recurrente, el sentenciador aplicó en forma indebida el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, con violación del principio de legalidad, teniendo en cuenta que esa normativa no había nacido a la vida jurídica por la época en que sucedieron los hechos, los cuales caprichosamente ubica a comienzos del año 2006.

La proposición del cargo exhibe dos defectos relevantes. El primero, que el actor hace gravitar la existencia del error en un aspecto de índole estrictamente fáctico, en tanto discute la fecha de ocurrencia de las conductas punibles atribuidas al acusado, y a partir del dato que libremente suministra, predica la improcedencia en esta especie de las prohibiciones contenidas en la norma que afirma indebidamente aplicada.

En segundo lugar, el recurrente no precisa cuáles fueron las consideraciones del sentenciador en torno al punto de controversia, omisión con la cual impide verificar la eventual existencia del error, pues edifica la censura únicamente en la particular concepción que tiene acerca del principio de legalidad y la imposibilidad de negarle al procesado beneficios administrativos o judiciales como la libertad condicional o la sustitución de la ejecución de la pena con arreglo a lo previsto en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal.

Entonces, más allá de disertar libremente en torno a esos tópicos, no demuestra por qué razón el Tribunal erró al emplear en el caso particular la preceptiva del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, la cual, afirma, se aplicó en forma indebida, es decir, rehúsa demostrar que la norma no recoge los hechos declarados en la actuación, circunstancia a la que se contrae el error de adecuación normativa denunciado.

El cargo, por consiguiente, no será admitido.

El tercer reproche propuesto por el recurrente se fundamenta en la violación indirecta de la ley, mediante un error de derecho por falso juicio de legalidad, ya que en su sentir, el sentenciador no debió admitir la declaración de la víctima en cámara de Gesell, obtenida por la Fiscalía durante la instrucción, pues en el juicio recordó que había sido accedida por vía oral tan solo 'cuando el fiscal de manera hábil leyó los apartes pertinentes del documento, con lo cual logró demostrar la materialidad del ilícito'.

Considera, de ese modo, que el sentenciador desconoció el contenido de los artículos 373, 374, 377, 378 y 380 del Código de Procedimiento Penal y, por esa vía, violó de manera indirecta, los artículos 379 a 382 del mismo ordenamiento, normas todas de orden procesal que fijan pautas generales para la práctica de pruebas en el juicio, como la libertad de seleccionar las que resulten pertinentes en orden a

demostrar los extremos probatorios de la actuación, la inmediación de la prueba, los criterios de valoración, los presupuestos probatorios para condenar, y la relación de los medios de convicción que pueden emplearse en el proceso penal para el establecimiento de la verdad.

La fundamentación del error de derecho por falso juicio de legalidad, implica alegar que una o varias de las pruebas que sustentan el juicio de reproche recaído sobre el procesado, no reunían los requisitos legales para su aducción, de manera que no tenían por qué ser estimados por el sentenciador, o que no fueron tenidas en cuenta pese a que los satisfacían plenamente, aspectos que le imponen al censor confrontar esa situación con el sustrato fáctico soporte de la condena, y establecer la trascendencia del error en el fallo recurrido.

El recurrente no aborda el cumplimiento de estos presupuestos, pues ni siquiera señala las normas que regulan el debido proceso probatorio en relación con la práctica en el juicio de la pruebas testimonial y, en ese contexto, tampoco señala cuáles de esas disposiciones resultaron desconocidas por el juzgador en la recepción del testimonio de la víctima en este asunto.

Sus manifestaciones, en realidad, son de pura y llana confrontación a la credibilidad que el juzgador le confirió a esa prueba, pues el fundamento del cargo comienza por referir que el sentenciador acogió la solicitud de condena de la Fiscalía, fundada en los testimonios de la ofendida, su progenitora y de la docente que develó la ejecución de los ilícitos, para luego someterlos a crítica, sin especificar la forma como resultaron desconocidas las reglas relativas al descubrimiento, la solicitud y la práctica de alguno de esos testimonios, ni la razón por la cual debían excluirse del análisis destinado a establecer la materialidad de las conductas y la responsabilidad del acusado.

En estas condiciones, el cargo analizado tampoco se admitirá a trámite.

Por último, en el cuarto cargo el actor con apoyo igualmente en el motivo de casación relativo a la violación indirecta de la ley, afirma que el sentenciador incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia "... al omitir valor las pruebas aportadas en tanto que supone pruebas que no existen en el proceso..."

El falso juicio de existencia presenta dos variantes, por omisión, si el sentenciador no considera pruebas que obran dentro de la actuación, aun cuando fueron debidamente practicadas en el juicio, y por suposición, cuando las inventa o las supone haciéndole producir efectos, a pesar que no figura materialmente en el proceso.

En la proposición del cargo, según se observa, el actor indistintamente afirma la omisión y la suposición de los medios de convicción relacionados con la demostración de las diversas oportunidades en las cuales el procesado accedió a la víctima, pues en su criterio el juicio de reproche sólo podía establecerse en la medida que la Fiscalía hubiere logrado precisar "... las diferentes épocas y el tiempo real no imaginario, en el cual y durante el transcurso del año dos mil seis (2006) y hasta el año dos mil siete (2007) específicamente hasta agosto 27, se presentaron las diversas agresiones de tipo erótico hacia la menor YCAC y que conllevó al aumento punitivo por la figura concursal."

Pero, no solo la exposición del reproche resulta confusa por la razón indica. Carece además de desarrollo pues el actor no relaciona las pruebas al parecer omitidas por el Tribunal ni indica aquellas que eventualmente supuso; centrando su labor en criticar la versión de la profesora Deysi Hernández, el testimonio de la señora Luz Marina Chacón, así como el de la psicóloga Martha Peña, para luego llamar la atención en torno a la declaración de la víctima y la forma como se introdujo en el juicio la entrevista que se le tomó en cámara de Gesell, y sostener que

‘se evidencia la manipulación a la menor y el manejo [indebido] de la prueba’ y que por todo ello existe duda en relación con la materialidad del acceso carnal abusivo.

Entonces, si el actor no refiere los medios de convicción omitidos ni aquellos eventualmente ideados por el sentenciador como fundamento de la decisión, sino que en forma libre resuelve oponerse al análisis fáctico y probatorio del juzgador, lógico resulta concluir que no desarrolla el cargo de casación que postula, imponiéndose como conclusión obvia, la inadmisión de la censura.

De esa manera, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, la Corte inadmitirá la demanda analizada, teniendo además en cuenta que no advierte necesaria su intervención en orden a lograr alguna de las finalidades de la casación en este particular asunto.

Contra la decisión que se adoptará procede el mecanismo de insistencia, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte, que a continuación se indican:

a) La insistencia es un mecanismo especial que puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia que inadmite la demanda, con el fin de que la Sala reconsidere su decisión. También puede ser promovido dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado el voto en relación con la decisión de inadmitir la demanda, o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del Magistrado que no intervino en los debates, o del Delegado del Ministerio Público, ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala, o no presentarlo para su revisión, evento este último en que informará de ello al peticionario en un plazo de 15 días.

d) El auto que inadmite la demanda trae como consecuencia la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y determine la prosecución del trámite casacional para un pronunciamiento de fondo.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Renne Fernando Duque Badillo, por las razones consignadas en esta decisión.

Regresen las diligencias al Tribunal de origen.

Procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Impuesta mediante sentencia del 24 de junio de 2010

2 Fallo proferido el 12 de octubre de 2010.