

Proceso nº 35695

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 139.

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de abril de dos mil doce (2012).

D E C I S I Ó N

Con el fin de verificar si reúne los presupuestos que condicionan su admisión, examina la Sala la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA, contra el fallo del Tribunal Superior de Neiva¹, que confirmó con modificaciones el proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito con funciones de conocimiento, el cual le impuso la pena de 23 años de prisión, en calidad de autor material de los punibles de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con acto sexual violento agravado e incesto.

H E C H O S

Desde el mes de febrero del año 2007, en la vereda Alto Frutal del Municipio de San Agustín (Huila), el hoy condenado JORGE HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA, atacó sexualmente a su hija de 11 años de edad². La niña y su madre informaron a las autoridades que tales sucesos fueron perpetrados en varias oportunidades en contra de

la humanidad de la pequeña, mediante acceso carnal vaginal y oral junto con otros actos prohibidos³.

El 10 de febrero de 2009, ante el defensor de familia del ICBF y la madre de la menor ofendida, se escuchó su relato o noticia criminal; quien entre otros eventos informó:

TODO EMPEZO CUANDO YO TENÍA 10 AÑOS, COMO EN FEBRERO, EL COMENZO A TOCARMEL OS SENOS Y LA VAGINA Y POR LA NOCHE COMO MI MAMA NO PUDO LLEGAR A LA CASA... ESE DIA EL SE SACO LA ROPA DE EL Y QUERIA METERME EL PENE POR LA BOCA, DESPUES COGIO A LAMBERME Y A CHUPARME LOS SEÑOS, ESA NOCHE ME DIJO QUE SI LE DECIA ALGO A MI MAMA, QUE ME VIOLABA DE VERDAD Y MATABA A MI MAMA Y A MI... A LA SEMANA SIGUIENTE CUANDO MI MAMA CUANDO MI MAMA SE VOLVIO A IR, A COGER CAFÉ... ESE DIA TAMBIEN VOLVIO A CANSARME... ME METIA EL PENE POR LA BOCA, YO A NO DEJARME ENTONCES SIEMPRE ERA ASI, HASTA QUE UN DIA ME AMARRO CON UNA CORREA LAS DOS MANOS... CUANDO ME AMARRO, ME METIA EL PENE EN LA BOCA Y TRATABA DE METERME EL PENE POR LA VAGINA, YO NO ME DEJABA ME MOVIA PARA LADO Y LADO... SIEMPRE QUE MI MAMA SE IBA PASABA LO MISMO, HASTA QUE LE CONTE A MI MAMA... TENÍA UNOS VIDEOS DE PORNO... LA SEMANA PASADA EL DIA JUEVES 5 DE FEBRERO, ERAN COMO LA UNA Y DIEZ, APENAS SALINO MI MAMA, COGIO Y ME TIRO EN LA COCINA ME TIRO AL PISO Y QUERIA METERME LOS DEDOS POR EL RABO, LUEGO ME LLEVO ARRASTRADA PARA LA PIEZA, MI HERMANITO LE DECIA QUE ME DEJARA QUIETA Y MI HERMANITO LO COGIO A PATA PARA QUE ME SOLTARA, MI HERMANITO TIENE 5 AÑOS... EL ME HA METIDO LOS DEDOS EN LA VAGINA, COMO TRES VECES ME HA METIDO LOS DEDOS, EL COGE Y ME LAMBE LA VAGINA... EL HA INTENTADO METERME EL PENE, ME LO HA METIDO UN POQUITICO, PERO NO ME LO HA METIDO TODO Y ME DICE QUE POCO A POCO NO ME VA A DOLER⁴". (Mayúsculas y sin tildes de la fuente).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 13 de febrero 2009, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías, se llevó a cabo audiencia preliminar concentrada de legalización de captura, formulación de imputación (por los delitos de acceso carnal y actos sexuales violentos y agravados), e imposición de medida de aseguramiento contra JORGE HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA.

2. El 13 de marzo siguiente, la Fiscalía Veinticinco Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Pitalito (Huila), presentó escrito de acusación, por los punibles de “ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, en concurso homogéneo y heterogéneo con los delitos de ACTO SEXUAL VIOLENTO AGRAVADO en concurso homogéneo e INCESTO en concurso homogéneo”, en calidad de autor, contra el aludido procesado; en el mismo pliego se enumeró, para efectos del descubrimiento probatorio, un listado de testigos como de variados elementos probatorios, solicitados para su introducción y práctica en el juicio.

3. El 5 de mayo del año citado, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito con funciones de conocimiento, se llevó a cabo la formulación de acusación, donde los intervinientes manifestaron no tener pretensiones sobre nulidades, impedimentos o recusaciones; por otro lado, el ente instructor adicionó su inicial escrito, en el sentido de corregir el error cometido en punto de las circunstancias de agravación punitivas elevadas contra el inculpado, no correspondiendo el numeral 3º sino el 5º; con el 4º que sí estuvo bien seleccionado; todos dependen del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

4. El 10 de junio de 2009, se instaló la audiencia preparatoria. En dicha diligencia, los intervinientes descubrieron sus correspondientes elementos probatorios (testimoniales, documentales), evidencia física e informes de investigación; se acordaron estipulaciones respecto a la plena identidad del acusado, su reseña fotográfica y dactiloscópica, el registro civil y la tarjeta de identidad de la menor

ofendida; finalmente, el Juez decidió sobre la conducencia y pertinencia de cada medio peticionado para hacer valer en el juicio, a su turno, negó la petición de valoración psicológica requerida por la defensa para ser practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por incumplimiento de los presupuestos contenidos en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004; decisión recurrida y el 10 de agosto siguiente, confirmada por el Juez Plural de Neiva.

5. El nuevo Juez de conocimiento, el 24 de agosto de ese año, se declaró impedido para adelantar el juicio oral, con base en el numeral 13 del artículo 56 de la ley instrumental actual, por conocimiento previo y haber actuado dentro de proceso en la audiencia preliminar y concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; petición avalada por el superior, por tanto, lo sustrajo del conocimiento de la actuación y reasignó el asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito.

6. Los días 29 de octubre de 2009, 13 y 14 enero de 2010, se inició y llevó a cabo la audiencia de juzgamiento, para luego finiquitar la primera instancia con la lectura de fallo, en el que condenó a JORGE HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA, a la pena de doscientos setenta y seis (276) meses, equivalentes a veintitrés (23) años de prisión, como autor material de las conductas punibles de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con acto sexual violento agravado en concurso homogéneo, se incrementó la punibilidad con base en la Ley 890 de 2004.

Como sanción accesoria, lo inhabilitó en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la privación de la libertad; por otro lado, como jamás se propuso incidente de reparación integral, ni se probó ningún perjuicio en esta actuación, dejó en libertad a las partes, para sí lo desean, acudan a la jurisdicción civil con ese exclusivo propósito y le negó la sustitución de la ejecución condicional de la pena.

7. El 12 de octubre de 2010⁵, el Tribunal Superior de Neiva (Huila), confirmó con modificaciones la decisión recurrida por la defensa técnica, en el sentido de reducirle a doscientos cuarenta y seis (246) meses de prisión la sanción impuesta, por cuanto, el término adicional, estuvo huérfano de motivación “pues simplemente se habló de la edad de la víctima; tema ya valorado como agravante específico, y se mencionó la naturaleza del delito, la intensidad del dolo y el daño causado, sin brindar explicación alguna al respecto”; en el mismo sentido, se pronunció el Juez Colegiado, con relación a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual dejó en 20 años.

A su turno, el referido interviniente, sustituyó el poder en otro defensor público, quien con base en la impugnación hecha en sede extraordinaria contra el fallo de segunda instancia por el enjuiciado, presentó el escrito correspondiente; libelo que la Sala entra a calificar.

D E M A N D A

Después de exponer algunas ideas genéricas sobre lo que en su sentir es el recurso de casación, bajo la égida de la Ley 906 de 2000, artículo 181, el profesional del derecho, elevó tres ataques contra el fallo del Tribunal de Neiva, tal y como se indica a continuación.

Primer cargo: Nulidad.

El defensor es de la opinión que la decisión de segundo grado se afectó porque la fiscalía en el escrito de acusación le imputó a su prohijado el delito de acto sexual violento agravado y los jueces lo condenaron por acceso carnal violento.

Como los funcionarios judiciales variaron la calificación, lo cual era del resorte exclusivo del ente acusador, excedieron su esfera de competencia, cuyos parámetros prohíbe la Ley

906 de 2004, a menos que el nuevo delito sea de menor entidad punitiva, conforme lo viene disciplinando esta Sala.

En su concepto, las instancias violaron el postulado de congruencia, porque modificaron la denominación jurídica de la conducta punible y alteraron la esencia de la imputación fáctica. Ello es así porque en el acto sexual violento se está ante una acción que doblega la resistencia de la víctima, en tanto que en los actos sexuales con menor de catorce años se tiene en cuenta la presunción iuris et de iure según la cual los menores de catorce años no se determinan ni actúan libremente en materia sexual. ”.

Citó una decisión de esta Sala sobre el axioma en comento y sus presupuestos, más adelante, trajo a colación el precepto 448 de la Ley 906 de 2004, para continuar ponderándolo apoyado en algunos tratadistas foráneos, incluso, le pareció viable mencionar algunas distinciones con el procedimiento civil.

De la obra instrumental aludida, el letrado también se refirió a los artículos 287 (situaciones que determinan la formulación de la imputación), 290 (Derecho de defensa) y 336 (presentación de la acusación), con el fin de evitar condenas por delitos que no hubiesen sido atribuidos por la fiscalía.

Luego, mencionó las diferentes audiencias con las que se estructura el juicio hasta arribar a las decisiones finales; habló de los jueces y su misión judicial, los fiscales, las pruebas en general; todo para indicar que jamás se puede desbordar la acusación que debe ser “detallada y específica” y “el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación”.

Comentó varios proveídos de esta Sala respecto a la viabilidad de proferir una sentencia condenatoria por un punible distinto al que se imputó, siempre y cuando se cumplan ciertos

requisitos, los cuales, puntualizó en su escrito, pero en esencia, cuando el injusto sea del mismo género, de menor entidad punitiva y por solicitud concreta del ente fiscal; de modo pues, que si se acusó por acceso carnal violento jamás se podrá sentenciar por abuso sexual; terminó su alegato aludiendo a otra jurisprudencia, pero como es su costumbre mezclando sus premisas con las de la judicatura.

Segundo cargo: falso juicio de existencia:

Expuso que lo elevaba por la causal tercera, violación indirecta, en punto del dictamen sexológico signado por el médico rural, el cual, anunció que la niña no tenía ninguna lesión física de himen ni anal, por ello, “manifestamos que de haber sido valorado el testimonio de la profesional citada estaría ante una incertidumbre insalvable que conduciría a hacer prevalecer el principio de in dubio pro reo”.

Acto seguido, se refirió a los indicios y las reglas de la experiencia, para lo cual, transcribió, en extenso, varias decisiones de la Corte y trajo algunas citas de tratadistas, sobre los temas indicados, con el fin de hacer hincapié que las reglas de la experiencia no se verifican con “juicios sensoriales”, ni se pueden clasificar o determinar porque sus categorías son “inagotables”.

Atemperó su alegato en las prácticas colectivas de algunas etnias, estudios de antropología y sociología que luego van a parar a las manos judiciales para su valoración, “es decir, se trata de comportamientos que no pueden reducirse a reflexiones, suposiciones, anécdotas sueltas, episodios ni sucesos singulares que puedan ser dados en libre arbitrio por el juzgador ni por la ocurrencia de las partes”.

Copió también algunos párrafos de un autor nacional de cara a las máximas de la experiencia, sus contenidos, advertencias, aplicaciones, entre otros supuestos; y, como resultado de su visión conceptual, el memorialista pasó a observar que dentro de la gama

de esas máximas también se pueden ver patrones reducidos de conocimientos delimitados “de un arte o ciencia”, como bien lo enseña uno de los tratadistas citados, por ello, el funcionario judicial debe recurrir a la prueba técnica y, a partir de ahí, realizar las inferencias que correspondan al caso concreto.

Tercer cargo: falso raciocinio:

Con fundamento en la misma normatividad instrumental atrás señalada, el libelista cuestionó al Tribunal por cuanto acreditó el fallo condenatorio contra su prohijado, sobre el testimonio de la médica:

Porque existe una contradicción entre lo denunciado inicialmente y lo que arrojó el proceso a través de las pruebas practicadas en el juicio oral. Explicó que las reglas de la experiencia indican que a los niños se les dice ‘no meta’ o ‘no lo meta’ los pies manos etc., de modo que no es de recibo la utilización del verbo ‘poner’, como lo utilizó la Corporación de segunda instancia al describir los hechos.

Recalcamos que se revoque lo resuelto por el Tribunal y se dicte fallo absolutorio.

Dedicó el memorialista sus restantes argumentos en punto de “la prueba pericial en el sistema procesal de 2004”, su incorporación en atención a los artículos 405 y 423 de la Ley 906 de 2004, resaltando algunas jurisprudencias; medio que debe ser apreciado racionalmente por el Juez, según expuso el recurrente, teniendo presente todos los requisitos que le dan vida y sustento al dictamen, por ello, tales contenidos científicos, técnicos y profesionales deben ser tenidos en cuenta por los falladores.

Finalmente puntualizó que los tres cargos por él exhibidos, demuestran los vicios alegados, “para que se case íntegramente el fallo condenatorio por absolutorio a favor del usuario de la defensoría pública”.

C O N S I D E R A C I O N E S

1. Cuestión previa.

La Corte viene señalando, que con la entrada en vigencia del sistema procesal penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, se amplió el radio de acción para acceder al recurso extraordinario de casación, pues en la actualidad la impugnación es susceptible contra decisiones de segunda instancia dictadas por los diversos Tribunales de Distrito Judicial asignados en el territorio nacional, atacando los fallos de condena o absolución, sin tener en cuenta como presupuesto para su admisibilidad el quantum mínimo de pena descrito en cada injusto típico, como lo imponían las legislaciones anteriores.

En esencia, para ser admitida la demanda, el censor debe tener interés, formular y desarrollar los ataques contra la sentencia de segundo nivel y, desde luego, acreditar la afectación de derechos y garantías fundamentales. Siendo imprescindible, además, materializar el contenido del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que una de las obligaciones al confeccionarla es demostrar la necesidad de intervención de la Corte para el logro de cualquiera de los fines establecidos por el instituto.

Siendo ello así, el Principio de Intervención debe ser el norte del profesional del derecho, pues integra cuatro aspectos teleológicos que se traducen en el espíritu de las censuras: (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías de los intervinientes, (iii) la reparación de los agravios inferidos a las partes y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Estos propósitos se deben conjugar, en armonía, coherencia total y avenencia con los progresos jurisprudenciales cristalizados en punto de los supuestos requeridos para atacar y demostrar los posibles yerros conculcados por los funcionarios judiciales, sin ser permitido desligar, apartar o separar el trípode casacional: fines, causales (debida sustentación) y trascendencia; excepto cuando la Sala advierta, que por

vigencia de derechos y garantías fundamentales constitucionales, obviamente quebrantados, deba casar de oficio la decisión del Juez Colegiado, desde luego, con base en motivos diversos a los expuestos en la demanda.

El anterior criterio se consolida al entender que la Corte de Casación Penal, jamás ha predicado la inexistencia, ausencia o falta de los requisitos formales para decidir de fondo el caso o el éxito de la demanda en el nuevo esquema procesal penal acusatorio; todo lo contrario, el recurso extraordinario, no perdió su entidad de juicio lógico-argumentativo, pues el libelo deberá cumplir pautas que impidan concebirlo como tercera instancia, donde los reparos compilen presupuestos racionales de no contradicción, claridad y precisión. Tampoco le corresponde, en consecuencia, interpretar las alegaciones de los recurrentes⁶, rehacer, modificar, readecuar o transformar el fondo de los ataques.

La Sala, por tanto, viene sosteniendo que para admitir o seleccionar una demanda con el objeto de decidir de fondo el problema jurídico planteado, ella deberá sujetarse al cumplimiento de los presupuestos formales consagrados en el artículo 184, ordinal 2° de la Ley 906 de 2004, con el propósito de demostrar la evidente vulneración a los derechos fundamentales constitucionales de los intervinientes con la actuación penal; siendo ello así, se deben tener siempre presentes los principios de taxatividad, claridad, autonomía, razón suficiente, no contradicción, limitación, objetividad, comprensión y precisión, entre otros, para -de la mano con ellos- desplegar una argumentación puntual y razonable, habida consideración de compendiar en el ataque, aquellos errores de juicio o de actividad en los que pudieron haber incurrido los falladores, a fin de evidenciar, por ejemplo, la efectiva e indiscutible normatividad jurídica que debió regir el asunto, la adecuada y legal valoración de los medios probatorios o desentrañar manifiestos desfases contra el debido proceso.

También ha indicado la jurisprudencia, en diversas oportunidades que (i) la correcta selección de la causal, (ii) el interés del actor, (iii) la coherencia de los cargos aducidos, (iv) la puntual fundamentación fáctica y jurídica, (v) el cumplimiento de al menos uno de los fines del instituto; marcan la pauta para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad del fallo en atención al artículo 184, 3 de la Ley 906 de 2004.

De cara al segundo referente inmediatamente disciplinado, se tiene que el “interés” se halla íntimamente relacionado al concepto de agravio, perjuicio o daño que, desde luego, tiene que afectar los derechos fundamentales de las partes con la decisión por ellos recurrida en sede extraordinaria; sin embargo, si el interviniente no sufrió ningún menoscabo real u objetivo con el fallo atacado, tampoco, como es obvio, tendrá “interés” en cuestionarla, justamente, porque no habrá ninguna garantía que subsanar ni se podrá, por ende, restablecer alguna norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal de las llamadas a regular el caso, sencillamente porque no existe vulneración a la legalidad del proceso en sus diversas manifestaciones cognoscentes⁷.

2.2. Ley 1395 de 2010.

El artículo 98 de la citada normatividad instrumental, modificó el precepto 183 de la Ley 906 de 2004, en punto de las exigencias procesales para iniciar el trámite de casación, por tal razón, la Sala constata, que en el presente caso, se dio estricto cumplimiento a los presupuestos allí plasmados, motivo esencial y suficiente para continuar el estudio del libelo.

3. Caso concreto.

La Corte advierte que los ataques formulados contra la sentencia de segundo nivel expedida por el Tribunal Superior de Neiva, no reúnen los mínimos presupuestos

de coherencia y lógica-argumentativa descritos por la jurisprudencia para admitir la demanda presentada por el defensor público a favor de JOSÉ HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA y, por esa vía, lograr la infirmación de la decisión cuestionada, en tanto, el jurista incurrió en graves, múltiples y exacerbadas falencias, las cuales atentan contra la filosofía que inspira el recurso extraordinario de casación.

Menos aún puede entenderse los reproches como nuevas rutas para confeccionar escritos de libre importe y, ensayar, por ese camino, derrumbar la doble presunción de acierto y legalidad inherente a las decisiones concebidas en los proveídos; tampoco consiste en añadir un cúmulo de ideas disgregadas y fragmentadas en los libelos en búsqueda de fines jurídicos subjetivos o hipotéticos para asegurar un posible éxito, tal como lo plasmaron los impugnantes.

Como metodología, la Sala abordará el estudio de los ataques en bloque, estableciendo aquellos puntos más sobresalientes en cada uno, a fin de determinar de manera precisa los desatinos de mayor impacto lógico argumentativo, con el inmediato objeto de brindarle al impugnante suficiente claridad en torno a los dislates presentados en su escrito.

Sobre el principio de congruencia.

Con base en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004

, viene acreditando la jurisprudencia⁹ respecto al axioma en comento que el funcionario judicial puede condenar por un punible diferente al formulado en la acusación, cuando se cumpla los siguientes presupuestos a) el fiscal lo peticione de manera expresa, b) la nueva tipicidad se acople a un injusto del mismo género y, por supuesto, si las pruebas legalmente aportadas a la actuación, demuestran ser más favorable a los intereses jurídicos del inculpado, c) la sustitución lo será por un delito de menor entidad punitiva, d) la infracción novedosa debe respetar el núcleo fáctico

de la acusación, e) con dicho trámite, jamás se podrán cercenar los derechos de las partes.

Por otro lado, la Sala en sentencia del 15 de mayo de 2008¹⁰, en punto del principio en estudio, viene sosteniendo que el mismo deberá ser fundamentado con base en los siguientes presupuestos:

... la congruencia exhibe un trípode hermenéutico, en tres aspectos (i) personal -partes o intervinientes-, (ii) fáctico -hechos y circunstancias- y (iii) jurídico -modalidad delictiva-; que dependiendo del enfoque, argumentación y trascendencia, si se demuestra que ellos no se identifican entre decisiones emanadas por los Fiscales y los Jueces, el sentenciado no podrá ser sorprendido con un fallo que transforme como se indicó, uno de los tres aspectos enunciados, en detrimento del debido proceso y del derecho de defensa, con una correlativa proyección punitiva desfavorable.

En consecuencia, pueden presentarse variadas hipótesis en cabeza de los falladores, relacionadas con el principio en estudio, o lo que es igual, se vulnera el postulado de congruencia por acción: (i.-) cuando se condena por hechos o conductas ilícitas diversas a las tipificadas en el escrito de acusación o las audiencias de formulación de acusación, (ii).- si el delito jamás hizo parte de la formulación de imputación, pues menos podrá fundarse un fallo de condena con base en él y (iii).- cuando al condenarse por el punible imputado, se le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad. Y, por omisión se cercena: al suprimírsele en el fallo alguna circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de acusación.

Es por tales razones que la Corte viene afianzando el criterio que el principio de congruencia, para su cabal entendimiento debe partir de la clase de procedimiento que le impriman las partes, es decir, abreviado u ordinario: el primero, se manifiesta

cuando el sentenciado acudió a una de las formas anticipadas de terminación anormal del proceso (allanamientos, preacuerdos o negociaciones) celebrados entre la Fiscalía y el imputado, investigado o acusado. El procedimiento ordinario, excluye cualquier forma de terminación irregular de la actuación.

Así mismo, la Sala, viene construyendo una línea de pensamiento, en pos de unificar criterios que brotan deshilvanados de la multiplicidad de perspectivas teóricas que compendia la administración de justicia, como el que afirma que entre acusador y fallador debe mediar un parámetro de racionalidad, toda vez que lo declarado por uno circunscribe las facultades del otro. En el entendido que los Juzgadores no pueden, extralimitar su actuación más allá del marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía de manera pormenorizada, específica y definida; so pena de cercenar la correspondencia de los hechos y las normas jurídicas aplicadas a determinado caso, entre decisiones”

Son múltiples y complejos los yerros detectados en la demanda:

Primero: ninguna de las pautas atrás expuestas realizó el libelista, como sería el caso cotejar las decisiones cuestionadas, verificar el grado de afectación entre una y otra, escudriñar objetivamente el escrito de acusación y su formulación con las decisiones que le pusieron fin a las instancias; constatar el sentido positivo o negativo de la propuesta, la vía de ataque, sus consecuencias, correcciones de estructura junto con la ineludible trascendencia.

Segundo: en la demanda se afirmó: “Aducimos que en el escrito de acusación se invocó el punible de acto sexual violento agravado y las instancias condenaron por el delito de acceso carnal violento”; si el defensor hubiese recorrido el camino lógico argumentativo exigido en sede extraordinaria, tendría que haber detectado que su pretensión es del todo ilógica e incoherente, porque desde la imputación, pasando por el escrito de “acusación”, en la formulación de la “acusación” y hasta las sentencias condenatorias, se acreditó

en los respectivos registros de voz (07:47:2656), como en las constancias escritas, de manera puntual que, las infracciones por los ilícitos identificados de acceso carnal violento agravado y acto sexual violento en concursos homogéneos y heterogéneos, juntos fueron agravados por los numerales 4º y 5º del artículo 211 de la Ley 599 de 200011; de todo ello, realmente se comprende, que el mentado reato sí fue objeto de “acusación”, más no como lo pregonó el jurista de manera absurda.

Tercero: tampoco trabajó el profesional del derecho, como lo tiene establecido la Corte, el cargo lanzado por nulidad, el que exclusivamente fue enunciado, en tanto, para ser admitida una demanda por esta vía de ataque, se requiere como presupuesto indispensable, el haberle generado un perjuicio a la parte que petitionó su declaratoria, pues ninguna nulidad podrá tener éxito en sede extraordinaria, por el exclusivo interés de la ley, siendo, de verdad inexorable, que el defecto argumentado demuestre de manera trascendente el cercenamiento a las garantías fundamentales constitucionales de las partes o enerve la estructura del proceso; entre variadas pautas más, dejadas de lado por el recurrente; e incluso, con suficiencia haber explicado por qué era esta y no otra la vía de ataque, cuando se presenta una frágil congruencia entre las decisiones judiciales.

En punto del falso juicio de existencia.

El error de hecho aludido, se presenta cuando los falladores omiten apreciar un determinado medio probatorio legalmente aportado al proceso o suponen uno, que por el contrario, no fue válidamente incorporado al expediente y, en esas condiciones, fundamentan la decisión de responsabilidad penal o inocencia.

Siendo ello así es imprescindible: (i) determinar la prueba dejada de apreciar o imaginada por los funcionarios que administran justicia, (ii) sopesarla en su integridad, sin fraccionarla o limitar su contexto hermenéutico, (iii) apreciarla en cuanto a su convergencia o divergencia junto con los demás medios probatorios y (iv) acreditar la

trascendencia del daño expresando los motivos de manera objetiva del por qué la ausencia de valoración de ese medio de prueba, presentado como tal o aquel objeto de fantasía, incidieron de forma decisiva en el sentido del fallo.

Cuarto: estas precisas pautas fueron ignoradas por el memorialista, pues se desprende de lo precedente una escasa identificación de los contenidos objetivos de los medios por él citados -con el agravante que los ataques sólo fueron parciales-, dejando por fuera de contexto la integridad material de la prueba o peor aún, fraccionándola como es su costumbre, en su exclusivo beneficio.

Quinto: informó el letrado que se dejó de valorar el dictamen sexológico realizado por la médico rural Viviana Coronado Becerra, quien sostuvo que no había ninguna lesión física, anal o a nivel del himen de la pequeña, motivo suficiente, advirtió el jurista, para aplicar a favor de su mandante la duda a su favor, pues no se apreció este testimonio que introdujo el concepto legista.

Sin que se entienda como una respuesta de fondo, sino en virtud del ejercicio pedagógico que viene realizando la Sala desde tiempo atrás, se traerá a colación, algunos apartes de los fallos cuestionados, para brindarle mayores elementos de juicio al recurrente sobre sus desatinos; expresó la primera instancia:

“TESTIMONIO DE VIVIANA CORONADO BECERRA: Médico rural legista en el municipio de San Agustín que practicó la valoración médica legal por abuso sexual. Que dentro de la anamnesis, dice que su padre, la obligaba a que se dejara manosear, que intentó meterle el pene en la boca, pero que ella salió corriendo. Que practicó el dictamen Sexológico, del cual puede dar fe, que no tenía lesiones al examen físico, ni a nivel del himen, ni anal. Se introduce con la perito, el Examen Sexológico practicado a... el día 9 de febrero de 2009, el cual en su parte pertinente dice... En conclusión la evidencia médica, nos establece que a (...) no se le encontró desfloración o desgarramiento antiguo; pero observa

esta instancia, que por tratarse de un himen elástico, es posible el paso de un miembro viril erecto, sin desgarrarse. Sin embargo esto correspondería a una conjetura no demostrada en la actuación. En conclusión, la evidencia médica no descarta el delito imputado, el Acceso Carnal, ni mucho menos, los Actos Sexuales abusivos denunciados por la menor. Pero lo que sí, a consideración de esta instancia se encuentra probado en el juicio, con la declaración de la menor (...) a quien le hemos otorgado credibilidad, es el hecho de existir penetración del miembro viril por la cavidad bucal de la menor, con lo cual, razón le asiste a la Fiscalía... que con la demostración de este hecho, se encuentra configurado el punible de ACCESO CARNAL.

Sexto: con base en el axioma de unidad de decisiones que rige el recurso extraordinario, el impugnante ignoró las apartes esenciales del fallo de primer nivel, las cuales, le estaban señalando que los juzgadores sí valoraron la mentada declaración, por supuesto, en franca oposición a su interés jurídico; también cuando indicó la Juez, que los actos prohibidos realizados contra la infante, se adecuaban -como bien lo refirió la fiscalía en las anteriores fases procesales-, al contenido del artículo 212 de la Ley 599 de 2000¹².

Exhibió el Tribunal de Neiva, entre otros argumentos, los siguientes:

Dígase de entrada que si bien la razón le asistiría en cuanto a la falta de prueba sobre el acceso vaginal o anal perpetrado contra la víctima, pues según el informe pericial incorporado a través de la médica Viviana Coronado Becerra... la menor... no sufrió desgarros en sus genitales externos; tal circunstancia en nada afectaría la consumación del hecho punible de acceso carnal violento, cuya autoría y responsabilidad el a quo declaró probada en grado de certeza.

Nótese que en desarrollo del juicio oral (...) en un lenguaje propio de una campesina menor de edad, pero de forma clara y coherente empezó por explicar la razón que la impulsó a

declarar contra su padre, manifestando que lo hacía porque se hiciera justicia -42:37. Seguidamente aseguró categóricamente haber sido víctima de vejámenes sexuales por parte de su progenitor, de quien dijo que para el efecto aprovechaba los momentos durante los cuales su mamá salía de la casa y ella quedaba sola. Al respecto, en medio de auténticos gemidos y sentidos llantos manifestó: “Mi papá abusaba de mí cada vez que mi mamá no estaba; él me cogía, me amarraba, me desnudaba, me metía el pene en la boca, también en la cola (...) -43:07 a 43:2613.

Sobre el falso raciocinio.

No se percató el defensor, respecto al cargo indicado, que con sólo enunciarlo no supe la debida argumentación ni se entiende vulnerada la ley sustancial; además de ello, es su deber constatar que los medios probatorios allegados al proceso legalmente, al ser sopesados por los falladores en su exacta dimensión fáctica, le asignaron un mérito persuasivo en total transgresión a los postulados de la lógica -aceptados como tales por esta rama del saber y excluyendo cualquier creación individual con el fin de resolver los casos a su favor, como aquí sucedió-, de la ciencia o pautas de la experiencia.

Habida consideración, tendrá como meta didáctica el demandante determinar: i) qué dice de manera objetiva el medio, ii) qué infirió de él el juzgador, iii) cuál valor persuasivo le fue otorgado, iv) indicar la regla de la lógica omitida o apropiada al caso, v) o señalar la máxima de la experiencia que debió valorarse, con el objetivo de probar que el fallo motivo de impugnación tuvo que ser sustancialmente opuesto.

Por último, es deber intelectual del abogado mostrar cuál es el aporte científico correcto y, por supuesto, la trascendencia del error, para lo cual tiene que presentar un nuevo panorama fáctico, contrario al declarado en instancias.

Séptimo: aquí también erró el censor, quien solo se contentó con esgrimir algunas ideas de por sí disgregadas, confusas y fuera de contexto, para fomentar un ataque que jamás

desarrolló según las pautas jurisprudenciales atrás reseñadas; no es de recibo extraer conjeturas con el fin de constatar un desatino sino demostrarle a la judicatura el error en su exacta dimensión objetiva, para luego explicitar su obligada trascendencia.

Octavo: inundó el escrito el libelista, con afirmaciones hipotéticas, subjetivas y fuera de contexto al decir, por ejemplo: “que las reglas de la experiencia indican que a los niños se les dice ‘no meta’ o ‘no lo meta’ los pies manos etc., de modo que no es de recibo la utilización del verbo ‘poner’, como lo utilizó la Corporación de segunda instancia al describir los hechos. Recalcamos que se revoque lo resuelto por el Tribunal y se dicte fallo absolutorio. (Todos los subrayados fuera de texto).

Noveno: el defensor público dirigió su invectiva a ponderar sobre los institutos que en su concepto se habían quebrantado, pero dejando todo su ataque al vaivén jurídico, lo cual demuestra sus insustanciales afirmaciones; incluso, trajo una variedad de temas, que como es costumbre del jurista, dejó sus propuestas anodinas y en el vacío argumentativo, como cuando se refirió a las reglas de la experiencia (jamás trabajó alguna), “juicios sensoriales”, antropología, sociología, grupos indígenas, artes y oficios, anécdotas sueltas, entre muchos otros.

Décimo: vicios comunes a las tres censuras: el defensor en ninguno de sus ataques expuso como lo exige la jurisprudencia, las consecuencias de las violaciones a la ley sustancial por él demandadas, contra el fallo del Tribunal Superior de Neiva.

Con tal proceder adecuó sus propuestas al sofisma de petición de principio, el cual enseña, en sus diversas manifestaciones epistemológicas, que no se puede dar por demostrado lo que le es exigible probar al recurrente en sede extraordinaria, por ello, dejó a un lado la parte más fundamental de los ataques.

En efecto: el profesional del derecho ignoró por completo el postulado de trascendencia, en las tres censuras alegadas, en cuyo efecto, abandonó su

cometido desde la misma presentación, luego, siempre será, en esas precisas condiciones, imposible constatar alguna proposición, pensamiento, teoría o premisa jurídica; menos aún, las confutó de manera lógica argumentativa con el plexo probatorio en el caso de la vía indirecta y, menos aún, respecto a la nulidad propuesta por incongruencia; las cuales dejó totalmente inanes, y, por el contrario, inundó su escrito con cavilaciones individuales e hipotéticas: con esa omisión sustancial, se muestra anodina la eficacia de sus expectativas jurídicas.

Siendo ello así, el daño propuesto se muestra efímero, por cuanto el aludido principio jamás se acredita con la repetición de los argumentos diseñados en la parte motiva del libelo y menos aún –como en el presente caso– dándolos por acreditados o excluyéndolos en forma total o parcial de la argumentación; la demostración del yerro evocado, será, pues, el reflejo latente de las consecuencias jurídicas reveladas con la violación demandada, para luego, correlacionarla, en su esencia, con un precepto del Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la norma llamada a regular el caso.

Nada de lo expuesto realizó el letrado en punto de los ataques propuestos; siendo ello así, su petición final de absolución, carece de sentido, pues jamás demostró cómo se vulneró la ley sustancial con los efímeros ataques contra los fallos condenatorios.

La Sala advierte y lo repite ahora: no es un alegato deshilvanado y fuera de contexto jurídico con el que se pretenda derrumbar la legalidad de un proceso. Se requiere un mínimo esfuerzo lógico argumentativo a tono con la ley y la jurisprudencia, en donde paso a paso se vaya derrumbando la credibilidad otorgada por los juzgadores a las pruebas, si se selecciona la vía indirecta; o quizás la directa, cuando el recurrente exponga con una temática jurídica contundente que las instancias desbordaron la aplicación o interpretación del derecho en relación con los hechos y pruebas aceptadas, entre otras alternativas.

Así las cosas y como quiera que el recurso extraordinario de casación está regido,

entre otros, por el principio de limitación, las deficiencias de las demandas jamás podrán ser remediadas por la Corte, pues no le corresponde asumir la tarea cuestionable propia de los recurrentes, para complementarlas, adicionarlas o corregirlas, máxime cuando es antiquísimo el criterio de la Corte, de ser un juicio lógico-argumentativo regulado por el legislador y desarrollado por la jurisprudencia, con el propósito de evitar convertirla en una tercera instancia.

Otro de los postulados del recurso extraordinario de casación es el dispositivo, con el cual, lo acometido en el libelo convoca inexorablemente a su delimitación. Sin que pueda ni deba hacerse, una readecuación de las censuras y sus fundamentos, para así cumplir con la forma y luego de fondo, dictar la sentencia correspondiente. Esto concitaría a actuar en dos extremos excluyentes y exclusivos, en donde se unificarían las pretensiones contenidas en el escrito con el criterio jurídico de la Sala al enmendarlas, perfeccionarlas y, desde luego, dejarlas trascendentes para fallar en consecuencia. Por tanto, si se admite un libelo que incumpla elementales presupuestos de lógica y debida argumentación, no se combate ningún agravio sino se promueve la impugnación, usurpando facultades inherentes a las partes, en una actuación penal, lo cual es inadmisibile.

Por esta potísima razón, se insiste en la consagración de algunos requerimientos sin los cuales el recurso se torna inane y queda convertido en un simple alegato de instancia -como en el caso de análisis- donde sólo impera la exclusiva voluntad de los demandantes, más no se exponen de manera trascendente la injuria, vilipendio o afrenta a la ley, la Constitución o al Bloque de Constitucionalidad.

No es que la "técnica" por si misma tenga como fin enervar los derechos adquiridos a los intervinientes, ni pueda reflexionarse siquiera que los yerros conducen a la Corte a desconocer situaciones fáctico-jurídicas de mayor relevancia; por tanto, si la Sala entra a solucionar todos los defectos contenidos en el libelo

-admitiéndolo- se le irrogaría a la Judicatura un poder absoluto y arbitrario al reconfigurarlo y adecuarlo a posturas argumentativas decantadas por las partes en el proceso, para luego entrar a decidir el problema de fondo: lo cual es absurdo, inconveniente e incorrecto.

Se verifica, entonces, que el impugnante presentó alegaciones producto de sus exclusivas percepciones del derecho, los hechos y las pruebas contra lo afirmado por los funcionarios judiciales, sin ninguna prevalencia en la lógica-jurídica requerida para sustentar la censura, con lo cual sus pretensiones se alejan de la filosofía que irradia el instituto casacional; circunstancia por la cual, la Corte inadmitirá el libelo presentado a nombre de JORGE HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA.

Por otra parte, no se advierte que con ocasión a la sentencia impugnada o dentro de la actuación hubiese existido violación de derechos o garantías del sentenciado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según lo impone la preceptiva del inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Mecanismo de insistencia:

Teniendo en cuenta que contra la decisión de inadmitir o no selección de la demanda procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite no fue regulado, pero para tornarlo operativo, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación¹⁴, como pasa a indicarse:

La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por medio de la cual la Sala decide inadmitir o no seleccionar la demanda de casación, con el objeto de reconsiderar lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente, en el mismo término, por alguno de los Delegados del Ministerio Público

para la Casación Penal, salvo que el Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal Superior fuese el demandante. El mecanismo, entonces, opera para el Procurador Judicial, el Magistrado disidente o el que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

Es potestativo del Magistrado –en los casos indicados- 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. En este último evento informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

El auto a través del cual se inadmite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

También viene precisando la Corte¹⁵ que la audiencia de sustentación prevista en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, no se dispondrá su celebración, por cuanto su procedencia está circunscrita a los casos de admisión de la demanda.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de JORGE HUMBERTO VELÁSQUEZ SIERRA, por las razones aducidas en la parte motiva del presente proveído.

Segundo: Contra la no selección procede el mecanismo de insistencia de conformidad con el inciso 2° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, en los términos detallados en el acápite final de esta determinación.

Tercero: Cópiese, comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN
SALAZAR OTERO

LUIS GUILLERMO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Las decisiones de primera y segunda instancia se promulgaron el 25 de febrero y 12 de octubre de 2010, respectivamente.

2 Con base en los artículos 1º, 33 y 47, 8º de la Ley 1098 de 2006, la Sala se abstiene de divulgar los nombres, apellidos e iniciales de la menor víctima, en protección integral a sus derechos constitucionales fundamentales.

3 El fallo de primer grado condensó la conducta ilícita del procesado de la siguiente manera: “Ocurridos... cuando la menor... fue objeto por parte de su progenitor de Actos Sexuales Abusivos consistentes en tocamientos en zonas erógenas, introducción del miembro viril en boca, intento de introducción en región vaginal, unido a exhibiciones pornográficas en un celular”.

4 Ver folio 87 y s.s., entre muchos otros hechos relatados por la pequeña.

5 La lectura del fallo la realizó el día 22 del mismo mes y año.

6 Corte Suprema de Justicia: radicado: 25.565 (8-6-06).

7 Corte Suprema de Justicia, mismo sentido: radicado 25.248 (10-5-06), 15.488 (16-7-01) y 24.026 (20-10-05).

8 “Congruencia.- El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

9 Mismo sentido, C.S.J., Sala de Casación Penal, radicado 28.649 (3-6-09) y 30.838 (3-7-9).

10 Radicado 25.193.

11 Según la adición que hiciera el ente fiscal por equivocación en la nomenclatura de los agravantes.

12 El precepto citado consagra: “se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

13 Ver folio 100, c.o. sentencia segunda instancia; autoridad judicial que también infirió

que por la escasa cultura sexual de la niña, confundía conceptos, por ejemplo, cuando sostuvo el Tribunal: “Ahora, la mención que hiciera la impúber sobre la penetración anal, cuya ocurrencia no fue probada; no desvertebra la solidez, contundencia y credibilidad de su directa e inequívoca sindicación contra su progenitor, pues teniendo de presente su escasa edad, sumado a su ignorancia e inexperiencia en lo atinente a la sexualidad; ha de entenderse que cuando se refirió a ‘la cola’, lo que en verdad quiso significar fue el roce o frote del pene del abusador en su zona genital, maniobra constitutiva de acto sexual. Esta conclusión encuentra soporte probatorio en explicaciones posteriores de la agraviada, según las cuales, el rijo tocaba sus genitales con el pene y las manos -50:32”. Folios 101, ibídem.

14 Corte Suprema de Justicia. Radicado: 24.322 diciembre 12 de 2005.

15 Corte Suprema de Justicia: radicado 28.059 de agosto 23 de 2007.