

Proceso n° 35777

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 150.

Bogotá, D.C., cuatro de mayo de dos mil once.

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de SIXTO MANUEL FERNÁNDEZ HERRERA, contra la sentencia de segundo grado proferida el 9 de noviembre de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que confirmó la dictada el 18 de septiembre del mismo año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, imponiéndole al procesado la pena principal de 10 años de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la restrictiva de la libertad, como autor responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años. Al sentenciado se le negaron los sustitutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

HECHOS

Los acontecimientos que originaron la investigación penal fueron relatados en la

sentencia de primera instancia, como se transcribe a continuación:

“La señora LEPSY PASTORA CARRILLO PADILLA denunció ante la Policía Judicial el día 4 de agosto de 2008, que el día anterior su hija [B.L.V.C.]¹, de 6 años de edad le dijo que le dolía el “chochito” y cuando le preguntó sobre lo que la (sic) pasaba, la niña le contó que SIXTO le había metido el dedo en el chocho y le bajó el pantaloncito colocándole “el pipí” en su zona genital cuando fue a la casa de su abuela MIRIAM ROPERO, que en ese momento sólo estaba él, la nieta [M] de un añito y ella y que esto había pasado en el cuarto de la abuela.

Expresa que de lo anterior enteró a su hija KARINA, madre biológica de [B.L.V.C.], quien se fue enseguida a hacerle el reclamo a SIXTO observando que éste no se alteró y le dijo que era mentira, entonces su hija KARINA le dijo a ella que llevaran a la niña para que frente a ésta les dijera si era mentira, y al preguntarle a la niña que si él le había metido el dedito, con movimientos de la cabeza les dijo que sí, a lo cual él inventó que la niña le había dicho que le ardía el chocho y la mandó a que se bañara para que se le quitara el ardor; también señaló que la señora MIRIAM ROPERO les dijo que eso era mentira, siendo que ella no permanece en su casa.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Prevía solicitud presentada por un delegado de la Fiscalía General de la Nación, se celebró la audiencia preliminar el 2 de febrero de 2010 ante el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Santa Marta, en curso de la cual fue legalizada la captura de SIXTO MANUEL FERNÁNDEZ HERRERA; se le formuló imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, definido en el artículo 209 del Código Penal; y, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó los cargos.

El 4 de marzo de 2010 la Fiscalía Segunda Seccional de Santa Marta, presentó el escrito

de acusación por la conducta punible objeto de imputación.

La audiencia de formulación de acusación se inició el 16 de abril de 2010 y, en razón a que fue recurrida en apelación la decisión por la que se negó la nulidad que deprecó el defensor (confirmada por el Tribunal mediante auto del 4 de mayo), terminó el 25 de junio siguiente ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santa Marta, oportunidad en la que se presentaron oralmente los cargos contenidos en el escrito de acusación, es decir, actos sexuales con menor de 14 años, de acuerdo con la descripción consagrada en el artículo 209 del Código Penal, en concordancia con la Ley 1236 de 2008.

El 15 de julio de 2010, tuvo lugar la audiencia preparatoria, en la que fue decretada la práctica de las pruebas que se pretendían hacer valer en el juicio oral, mismo que se realizó durante los días 6 y 10 de agosto del mismo año, anunciándose en esta última fecha que el sentido del fallo sería condenatorio.

La lectura del fallo tuvo lugar el pasado 18 de septiembre, de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia.

La sentencia fue recurrida en apelación por el defensor de SIXTO MANUEL FERNÁNDEZ HERRERA, argumentando que debía absolverse al procesado por ausencia de antijuridicidad y, subsidiariamente, por duda o por atipicidad de la conducta.

El Tribunal Superior de Santa Marta confirmó el fallo de primera instancia el 9 de noviembre de 2010, siendo esa la decisión que es objeto de este recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Cargo único: Violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación.

“Acuso la sentencia condenatoria, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (sic), (...), de haber violado directamente la ley sustancial Procesal, por haber violado directamente el artículo 11 del Código de (sic) Penal que condujo a la aplicación indebida del artículo 209 del mismo estatuto, esto es, por haber incurrido en la causal primera, cuerpo tercero, consagrada en el numeral uno del artículo 181 de la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal.”

En desarrollo del cargo, sostiene que el artículo 11 del Código Penal –que transcribe íntegramente–, se refiere a la antijuridicidad material –no formal– puesto que exige la afectación del bien jurídicamente protegido, bien porque se hubiese lesionado efectivamente o se hubiese puesto en peligro.

Asegura que el delito de actos sexuales con menor de 14 años, exige para su configuración un resultado o efectiva lesión a la libertad, integridad y formación sexuales, lo cual excluye la tentativa que, de admitirse, sí permitiría predicar la antijuridicidad a partir de que se ponga en peligro el bien objeto de tutela jurídica.

“En el caso sub judice (sic) no se acusó por tentativa de actos sexuales en menor de catorce años [,] sino por su resultado, por lo que hay que concluir, que no es posible condenar en grado de tentativa y menos por un resultado que no hay; así se demuestra con el dictamen y la declaración rendida por la psicóloga forense del Caivas, testigo de la fiscalía. Y no hay que tener en cuenta las demás pruebas, pues para este tema el de la valoración de la lesión solamente está soportado en la prueba científica que es el dictamen emitido por el perito, la psicóloga forense, en este caso.”

No está de acuerdo con que el Tribunal considerara que sí hubo antijuridicidad material, en atención a que de acuerdo con el concepto de la psicóloga, las consecuencias del abuso sexual se presentan no sólo de forma inmediata, sino a corto, mediano y largo plazo y, por consiguiente, la lesión o el efectivo peligro no dependen

únicamente de la existencia temprana de las secuelas; porque para el demandante es claro que la evaluación psicológica y el testimonio de la experta que llevó a cabo ese estudio, precisaron que en la menor “Se observa pensamiento coherente pero concreto, comprende la verdad y la mentira, fue capaz de responder quien (sic), que (sic), donde (sic) le pasó, demostró el evento vivenciado a través de la representación simbólica de la misma”, y “Su parte emocional y afectiva al momento de la valoración no se encontró alterada, no se observaron alteraciones sensorio-perceptuales como tampoco imaginaciones o fantasías”; al igual que declaró no haber hallado signos de estrés postraumático al decir que “...al momento de ser valorada la niña se encontraba sana en su parte emocional y en sus procesos mentales superiores...”, sin contar con que ante una pregunta de la defensa sobre si tenía dudas en relación con la credibilidad de la menor, la especialista respondió que “sí”.

“...[S]egún lo transcrito anteriormente, vemos como (sic) el tribunal de santa (sic) marta (sic), emitió un fallo de condena atendiendo el dicho de la psicóloga forense, en lo referente al abuso sexual, que los eventos traumáticos podrían presentarse a corto, mediano o largo plazo, sin que éstos se hubieran demostrado en el proceso. No hay una prueba, siquiera una que diga que estos trastornos se hubieran presentado en la menor, anotándose que transcurrieron más de dos años desde la fecha de la supuesta ocurrencia de los hechos hasta la fecha del juicio. Si se permite que se dicte una sentencia basada en hechos o afirmaciones no probadas se abriría la puerta a la arbitrariedad judicial, que ocasionaría más daño que el mismo delito que se juzga en este caso.”

Estima el actor que no hubo ni hay lesión al bien jurídicamente tutelado por ausencia de trauma o estrés postraumático, además, porque concurre la duda de la psicóloga en relación con la credibilidad de la menor.

Como la prueba del daño debe estar constituida en el concepto científico y en este

caso no se estableció, asegura el libelista que debe dictarse sentencia absolutoria.

Y, concluye el impugnante:

“Si el juzgado de la segunda instancia hubiese tomado en consideración la declaración de la psicóloga, en su conjunto, es decir, la sanidad de la menor y la manifestación de secuelas a futuro como mera probabilidad y no como hechos probados, y acompañado de la duda respecto en (sic) la credibilidad de la menor, el a (sic) quem no hubiera violado directamente el artículo 11 del C.P. ni inaplicado indebidamente el artículo 209 de la misma obra, entonces el resultado de la sentencia hubiera sido no de condena sino de absolución del sentenciado Sixto Manuel Fernández Herrera.”

Considera que en este caso debe pronunciarse la Sala, ante la necesidad de unificar la jurisprudencia en relación con este tipo de delitos y la ausencia de daño.

En consecuencia, solicita de la Corte casar el fallo impugnado, “...para en su lugar MODIFICARLO y ORDENAR LA ABSOLUCIÓN DEL SEÑOR SIXTO MANUEL FERNÁNDEZ HERRERA del delito por el cual se le sentenció: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS.”

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Antes de examinar el cargo planteado por el casacionista contra la sentencia objeto de impugnación, es necesario destacar cómo con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia, cuando quiera que se adviertan violaciones que afecten las garantías de las partes, en seguimiento del precepto consagrado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal:

“Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.”

Precisamente, para facultar el efectivo cumplimiento de tan caros propósitos, el artículo 184, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, le confiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, la facultad de superar los defectos que contenga la demanda, con el fin de que pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

No obstante, es posible inadmitir la demanda cuando, conforme lo expresa el inciso segundo de la norma citada, “el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

En atención a esos criterios, ha señalado la Corte²:

“De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;

2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;

3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

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 clara y precisas pautas demostrativas³.

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia⁴.

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 convicción⁵, 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 allegada 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.”

Establecidas las premisas básicas de evaluación, se abordará en detalle la demanda de casación, de conformidad con el cargo formulado por el demandante.

Sin embargo, antes de emprender su estudio, debe hacerse hincapié en cómo la Corte, de manera pacífica y reiterada, ha advertido la necesidad de que la demanda de casación comporte un mínimo rigor lógico, jurídico y argumental, pues, no se trata de hacer valer una especie de tercera instancia que sirva de escenario para controvertir aspectos ya debatidos ante los falladores de primero y segundo grados, para tratar de anteponer el particular criterio o valoración probatoria del demandante, entre otras razones, porque a esta sede arriba la decisión judicial con una doble connotación de acierto y legalidad.

Con todo, esa presunción puede ser desvirtuada a través de discernimientos claros, lógicos, coherentes y fundados, derivados del compromiso de demostrar la violación en la cual incurrió el fallador, suficiente para echar abajo el contenido de verdad de la

sentencia, en el entendido que, de no haberse materializado el yerro, otra hubiese sido la decisión, siendo precisamente esa trascendencia la que habilita a la parte para que recurra al mecanismo extraordinario de impugnación.

Cargo Único. Violación directa de la ley sustancial.

Ha dicho reiteradamente la Sala⁶ que si el reproche se formula con fundamento en la causal primera prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, al actor se le exige que afirme y pruebe que el juzgador de segunda instancia ha incurrido en (i) falta de aplicación o exclusión evidente, que se presenta cuando el funcionario judicial yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama; ignora o desconoce la ley que regula la materia y por eso no la tiene en cuenta habiendo incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio; (ii) aplicación indebida que se origina cuando el juzgador por equivocarse al calificar jurídicamente los hechos o, cuando habiendo acertado en su adecuación, yerra, sin embargo, al elegir la norma correspondiente a la calificación jurídica impartida; o, (iii) interpretación errónea, que ocurre cuando el Juez selecciona bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso sometido a su consideración, pero se equivoca al interpretarla y le atribuye un sentido jurídico que no tiene o le asigna efectos contrarios a su real contenido.

Además, deberá realizar un estudio puramente jurídico de la sentencia y abstenerse de reprochar la prueba.

Igualmente, si como consecuencia de la errónea interpretación de la ley, ésta se deja de aplicar o se aplica indebidamente, debe dirigir su acusación hacia una de estas dos hipótesis –exclusión evidente o indebida aplicación– y no hacia la interpretación equivocada de la ley, pues lo importante, en últimas, es la decisión tomada por el Juez: no aplicar la norma o aplicarla indebidamente.

Si el demandante predica la aplicación indebida de una norma, tiene que precisar el precepto inadecuadamente utilizado y aquél que en su lugar debe ser atribuido.

Deberá tener en cuenta que respecto de una misma disposición legal no puede proponerse simultáneamente falta de aplicación y aplicación indebida.

Al optar por esta clase de violación de la ley sustancial, deberá el impugnante indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal y citar las normas que se estiman infringidas.

Sin embargo, resulta claro que el demandante no cumplió ninguna de esas exigencias y se limitó a presentar un escrito que, dada la deficiente argumentación que contiene, apenas se asemeja un alegato de instancia.

Es que, si lo buscado por el impugnante como lo sostiene al exponer en concreto su pretensión, es que se reconozca que la conducta típica ejecutada por su defendido no fue antijurídica, la mínima labor que debió emprender consistía en definir los argumentos tenidos en cuenta por los funcionarios en las instancias para rechazar la ausencia de la lesión o del peligro al bien jurídicamente tutelado que, en cambio, estimaron efectivamente ocasionado sin justa causa, y oponer a ellos una adecuada contradicción a partir de la aceptación de los hechos concretos y las normas que regulan el tema.

A pesar de que el libelista no planteó específicamente en qué consistía la violación directa de la ley sustancial, del escrito se desprende que alude a la falta de aplicación o exclusión evidente del artículo 11 del Código Penal y la aplicación indebida del artículo 209 *ibídem*.

En consecuencia, siendo esa la propuesta del reproche, lo primero que debió señalar fue la circunstancia de que en el fallo se hubiese declarado probada la ausencia de

antijuridicidad y pese a ello no se reconoció. Empero, es claro que ello no tuvo ocurrencia, porque sobre ese punto se pronunció el Tribunal en los siguientes términos:

“Por otra parte, es curioso el argumento defensivo según el cual la conducta del procesado no fue antijurídica porque de conformidad con el testimonio de la sicóloga del CAIVAS la menor al momento de la valoración no estaba afectada emocional y afectivamente, lo que significa que el bien jurídico tutelado no fue afectado.

La sicóloga Milene Nadine Gómez Añez dijo que en eventos traumáticos, el abuso sexual es uno de ellos, las consecuencias se podían presentar a corto, mediano o largo plazo. En este orden de ideas, la antijuridicidad no se puede hacer depender de la existencia temprana de las secuelas del abuso, como tampoco de su inexistencia porque de ser así los delitos sexuales no serían tales si en las víctimas no se presentan efectos post-traumáticos.

Lo anterior se entiende mejor con un simple ejemplo: supongamos que la víctima en el caso concreto cuando le faltaba un día para cumplir 14 años de edad sedujo al procesado, quien la accedió carnalmente y esto no produjo trauma sino felicidad a la menor. ¿Entonces porque ella tomó la iniciativa, apenas le faltaba un día para cumplir 14 años de edad y la relación sexual no causó en ella secuelas negativas sino positivas no hay antijuridicidad?”

Asimismo, el censor en la postulación de este reparo debió aceptar en su integridad los presupuestos fácticos vertidos por el sentenciador, así como las pruebas y su valoración. Sin embargo, no logró cumplir ese cometido, por lo que el cargo, desde su enunciación deviene inidóneo para concitar el examen de fondo de la Corte, como quiera que se apartó de los hechos declarados en la sentencia, para, a su manera, narrar lo que constituye la situación que debió ser analizada. Olvidó que el objeto de la casación es el de realizar un juicio de legalidad de la sentencia de segundo grado.

Inclusive, al tratar de desarrollar el cargo señaló que “...[S]egún lo transcrito

anteriormente, vemos como (sic) el tribunal de santa (sic) marta (sic), emitió un fallo de condena atendiendo el dicho de la psicóloga forense, en lo referente al abuso sexual, que los eventos traumáticos podrían presentarse a corto, mediano o largo plazo, sin que éstos se hubieran demostrado en el proceso. No hay una prueba, siquiera una que diga que estos trastornos se hubieran presentado en la menor, (...) Si se permite que se dicte una sentencia basada en hechos o afirmaciones no probadas se abriría la puerta a la arbitrariedad judicial, (...).” Agregando que, “...no hay lugar a valorar las otras pruebas, pues el daño, es decir la afectación del bien jurídico tutelado, solamente esta (sic) soportado en la prueba científica (peritazgo), y pasarla por algo (sic) sería como decirle al juez que él tiene facultades extraordinarias, esto es, “ser perito de peritos”, si esto fuera así no habría necesidad de la práctica de las pericias en los procesos judiciales.”, y concluyó que “Si el juzgado de la segunda instancia hubiese tomado en consideración la declaración de la psicóloga, en su conjunto, es decir, la sanidad de la menor y la manifestación de secuelas a futuro como mera probabilidad y no como hechos probados, y acompañado de la duda respecto en (sic) la credibilidad de la menor, el a (sic) quem no hubiera violado directamente el artículo 11 del C.P. ni inaplicado indebidamente el artículo 209 de la misma obra...”

Así, entonces, se advierte la equivocación del actor en la selección de la causal invocada para dirigir el ataque, porque –se itera– en la violación directa de la ley sustancial se da por descontado que el demandante renuncia a cualquier polémica sobre los aspectos fácticos del caso, estándole igualmente vedado entablar debates en relación con el examen probatorio que se supone admitido en la forma como el fallador lo asumió.

Sin embargo, para que se entienda mejor la razón del rechazo, la Sala estima prudente señalarle al recurrente que si finalmente discute él la interpretación dada por el Tribunal a las pruebas, era menester que invocara la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho o por error de derecho, en cuyo caso debió, tratándose de los primeros, precisar si

se produjo (i) bien porque pese a obrar en el diligenciamiento el medio de convicción no fue valorada (falso juicio de existencia por omisión); porque sin figurar en la actuación se supuso su presencia allí y la tuvieron en cuenta en la decisión (falso juicio de existencia por suposición); (ii) porque al considerarlo distorsionaron su contenido cercenándolo, adicionándolo o tergiversándolo (falso juicio de identidad); o, (iii) atendiendo a que, sin incurrir en alguno de los desatinos referidos, derivaron del medio probatorio deducciones contrarias a los principios de la sana crítica, esto es, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (falso raciocinio).

Y, si el ataque se formulaba por la vía del error de derecho, era necesario que afirmara y demostrara que (i) se le había negado a determinado medio probatorio el valor conferido por la ley o le fue otorgado un mérito diverso al atribuido legalmente (falso juicio de convicción), o (ii) que los funcionarios al apreciar alguna prueba la asumieron erradamente como legal aunque no satisfacía las exigencias señaladas por el legislador para tener tal condición, o la descartaron aduciendo de manera equivocada su ilegalidad, pese a que se cumplieron cabalmente los requisitos dispuestos en la ley para su práctica o aducción (falso juicio de legalidad).

Por lo demás, resulta desconcertante, por decir lo menos, el planteamiento del defensor, ante la evidente confusión que demuestra, pues asimila el concepto de bien jurídicamente tutelado con las nociones de secuela, daño o perjuicio, por lo cual, sin que constituya una respuesta de fondo a su inconformidad, es procedente señalarle cómo la jurisprudencia de esta Sala, de antaño, ha delimitado ampliamente el objeto de protección en los atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales:

“Por consiguiente, se pudo concluir que los bienes jurídicos tutelados son la libertad y la dignidad humana. En cuanto al primero, es decir, la libertad sexual que no es otra cosa que la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar,

aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyo límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos.

En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinar y auto regular su vida sexual. Así, los delitos sexuales vulneran el derecho de la persona de disponer de su propio cuerpo y, por lo mismo, su objeto de protección se determina en las acciones o fines sexuales verificados mediante la fuerza, abuso, error y engaño.

Por su parte, la dignidad humana significa el respeto a la integridad de la persona, puesto que las conductas punibles regladas bajo este acápite buscan preservar que los seres humanos no se conviertan en un elemento de sometimiento y desigualdad en el campo sexual, sin desconocerse que la actividad sexual es un derecho humano, derecho indiscutible de la personalidad y, por lo mismo, inalienable.

Ahora bien, el capítulo “De los actos sexuales abusivos”, y teniendo en cuenta las conductas punibles consagradas en este capítulo, debemos concluir que las mismas buscan proteger el indebido aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que ponen en evidencia su incapacidad o imposibilidad para dar el asentamiento sexual o para la comprensión del acto en sí mismo, puesto que el agresor se aprovecha de la inferioridad de aquella para realizar la agresión sexual.

Dicho de otra manera, el sujeto activo de la conducta punible se aprovecha de la edad o el estado de inconsciencia de la víctima para desarrollar el injusto típico consagrados en el citado capítulo.”⁷

Resulta evidente que la intención del actor es continuar un debate zanjado en la segunda instancia, porque omitió presentar los argumentos demostrativos de los supuestos yerros, limitándose simplemente a dejar explícitos sus desacuerdos.

En síntesis, la demanda presentada por el defensor de SIXTO MANUEL FERNÁNDEZ HERRERA se inadmite porque no satisface los requisitos formales y materiales establecidos en los artículos 182 y 184 del Código de Procedimiento Penal, sin que la Sala de Casación Penal advierta la vulneración de ninguna garantía fundamental de las partes o intervinientes ni se precise la emisión de un nuevo fallo de fondo; tampoco resulta necesario superar los defectos del libelo en atención a los fines de la casación, la fundamentación de los cargos, la posición del impugnante dentro del proceso, ni por la índole de la controversia planteada.

CUESTIÓN FINAL

Habida cuenta que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación⁸, como sigue:

a) 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 cuyo medio la Sala decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal -siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial-, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado

voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del 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 último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

Página contiene parte resolutive y firma del Presidente de la Sala

Casación sistema acusatorio N° 35.777 -Inadmite demanda-

d) 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 de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del sentenciado SIXTO MANUEL FERNÁNDEZ HERRERA, por su defensor.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Página contiene firma de 8 Magistrados

Casación sistema acusatorio N° 35.777 -Inadmite demanda-

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 La Corte, en estricto acatamiento del artículo 47, numeral 8°, de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) se abstiene de divulgar el nombre de la menor afectada.

2 Auto del 2 de noviembre de 2006, Radicado 26.089

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

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

5 ib. radicación 24.530

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 31 de marzo de 2008. Rdo. 28260.

7 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2005. Rdo. 18.455

8 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.