

Proceso nº 36575

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado Acta No. 434-

Bogotá. D.C., siete (7) de diciembre de dos mil once (2011).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala decide si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Riso Edmundo Noguera Mejía, contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El tribunal resumió la cuestión fáctica así:

“Son dados a conocer el 11 de febrero de la pasada anualidad¹ por el señor Bretcher Antonio Becerra Palacios padre de la menor P.A.B., quien fue remitida por urgencia al Hospital Universitario del Valle para que le practicara un legrado por presentar un aborto incompleto. Requerida la menor por sus padres se estableció que el responsable del embarazo era el señor Riso Edmundo Noguera quien le venía realizando actos y accesos carnales a cambio de dinero con la complicidad de su amiga Yuleiza N. Estos hechos libidinosos se presentaron desde que la menor contaba con 11 años².

2. El 8 de mayo de 2009, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, ante el Juzgado 29 Penal Municipal con función de control de garantías de Cali³.

3. El 29 de julio del mismo año, ante el Juez 1 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, se realizó audiencia de formulación de acusación por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, conforme a los numerales 1, 4 y 6 del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo⁴.

4. Celebradas las audiencias preparatoria⁵ y de juicio oral⁶, el juez de conocimiento profirió sentencia el 15 de marzo de 2010 contra Riso Edmundo Noguera Mejía como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo. Le impuso la pena de 270 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 15 años, le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria⁷.

5. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado y su defensor, confirmó la decisión del a quo⁸.

LA DEMANDA

Previo a anunciar que persigue el respeto a las garantías de los intervinientes y la unificación de la jurisprudencia nacional, el defensor del procesado formula nueve cargos; los dos primeros, por la ruta de la nulidad con fundamento en la causal segunda, los cuatro siguientes, por violación indirecta y los tres últimos, por violación directa de la ley sustancial⁹, así:

Primero. Nulidad.

Manifiesta el demandante que el sentenciador desconoció lo dispuesto en el artículo 447, inciso 3 del Código de Procedimiento Penal, al omitir adelantar el incidente de reparación integral, lo que constituye violación de garantías fundamentales que conduce a la nulidad de la actuación.

Estima que el funcionario de segunda instancia aprobó la actuación anómala, no obstante que para la fecha no había sido expedida la Ley 1395 de 2010, debiéndose incorporar el incidente de reparación integral al fallo, actuación con la que vulneró los artículos 102, 103, 104, 105 y 106 de la Ley 906 de 2004, así como la jurisprudencia de la Sala en idéntico sentido.

De haberse acatado los preceptos enunciados, el resultado de la decisión sería favorable a los intereses del acusado, pues habría obtenido una pena menor por contar con la oportunidad de indemnizar, para de esa manera “tener derecho a una rebaja de pena por Libertad Condicional tal como lo ordena la Ley¹⁰”; irregularidades que conllevaron a un vicio de estructura, por lo que se debe casar la sentencia, decretar la nulidad y ordenar la libertad de su asistido.

Segundo. Nulidad.

Afirma el demandante que el tribunal, al momento de resolver el recurso de apelación, incurrió en vicios de garantía por violación al derecho de defensa y falta de defensa técnica, en cuanto el a quo en audiencia preparatoria negó “todas las pruebas” invocadas por la defensa, decisión que no fue recurrida, lo que constituyó un error jurídico inadvertido por los juzgadores. A tal punto no existió defensa técnica que no se solicitó el testimonio del procesado “que es lo más elemental”¹¹ (...) “vital”; ni se contrvirtieron “las pruebas” de la fiscalía, razones que lo llevan a invocar la nulidad de la actuación y la libertad del acusado.

Además, el procesado no se pudo defender en el juicio “por no contar con las pruebas

que hubiera podido practicar la defensa técnica¹²”, actuación que califica de injusta frente a un anciano de 70 años.

Tercero¹³. Violación indirecta de la ley sustancial, error de hecho por falso juicio de identidad.

Sostiene el recurrente, que tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, se vulneraron los artículos 30 del Código Penal, 381 y 382 de la Ley 906 de 2004. El error lo hizo consistir en que a pesar de reconocer la existencia de una cómplice, Yuleiza N., no se le convocó al juicio cuando su vinculación resulta forzosa “para responsabilizarla penalmente y para esclarecer los hechos¹⁴”; tampoco se ocupó la fiscalía de llamar al juicio oral al papá de ésta, de apellidos Becerra Palacios.

Solicita se case la sentencia, se absuelva a su asistido y se conceda su libertad inmediata.

Cuarto¹⁵. Error de hecho por falso juicio de existencia.

El juez de conocimiento omitió “[v]alorar (sic) la Prueba (sic) aportada legalmente, como es el caso que el Procesado (sic) dice en el Juicio Oral que el (sic) sabía (sic) que la Víctima (sic) salía con otra persona y que el papa (sic) le hacía (sic) una exigencia económica¹⁶”, medio probatorio que no fue valorado por los juzgadores y se ignoró totalmente. Pide por tanto, se absuelva a su asistido.

Quinto¹⁷. Error de hecho por falso juicio de identidad.

El casacionista se limita a su mera enunciación, lo que constituyó una constante en los últimos siete reproches, al aducir, en este evento que concurrió un cercenamiento del contexto probatorio pues “debió de (sic) practicársele la Prueba (sic) del ADN para descartar cualquier Duda (sic) dentro del Proceso (sic)¹⁸”.

Sexto¹⁹. Error de hecho por falso juicio de existencia.

Estima que el a quo “[a]diciona una Prueba (sic) que no había sido solicitada por la Fiscalía y el Superior (sic) avala o confirma este Procedimiento ilegal²⁰”. En tal sentido, la declaración de Yuleiza N fue referida en la sentencia, sin que hubiera participado en el juicio oral.

Para el censor, este medio probatorio fue practicado por el juez de primera instancia sin estar autorizado su decreto oficioso, elemento que constituyó el fundamento de la sentencia. Por tal razón concluye que, de no haberse introducido, el acusado hubiera sido absuelto, por lo que reitera su petición de absolución, además del reconocimiento de la libertad de su asistido.

Séptimo²¹. Violación directa de la ley sustancial, interpretación errónea.

Asegura, que no se dio aplicación a los artículos 150, 193 y 194 de la Ley 1098 de 2006 relacionados con la práctica del testimonio de los niños, pues “únicamente el Defensor de Familia puede Interrogar al Menor²²”. Estima que de haberse acatado la normatividad anunciada el acusado hubiera sido absuelto.

Octavo²³. Violación directa de la ley sustancial, interpretación errónea.

El reproche está relacionado con el testimonio de la joven, frente al que considera, el ad quem incurrió en inconsistencias, ya que “acepta que se trata de un interrogatorio memorizado por la víctima²⁴”, que lo torna inválido, por cuanto viola el artículo 404 del código adjetivo penal. Peticiona que se absuelva al condenado y se le conceda su libertad.

Noveno²⁵. Violación directa de la ley sustancial, interpretación errónea.

Tras considerar que "...[l]a Menor (sic) Presunta (sic) Víctima (sic) entra en una serie de contradicciones durante el Proceso, sin embargo el Superior y el A quo no tiene (sic) en cuenta esos conceptos²⁶", indica que los jueces no le dieron el alcance debido al numeral 6 del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, pues la víctima en su declaración entró en contradicciones lo que invalida la prueba, pues incurre en: "una serie de inconsistencias en las fechas que hace pensar que está mintiendo²⁷". Reclama casar la sentencia, absolver al acusado y concederle su libertad en forma inmediata.

CONSIDERACIONES

Las exigencias de la casación.

Acorde con lo previsto en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurso de casación es un mecanismo de control constitucional²⁸ y legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia, y que de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como finalidad (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías fundamentales, (iii) la reparación de los agravios inferidos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

En tal sentido, el libelo debe contener los argumentos que evidencien la vulneración de derechos o garantías fundamentales, además de las causales pertinentes, cuyo desarrollo impone el respeto a las reglas que rigen la impugnación extraordinaria.

La inadmisión de la demanda

La Sala no dará curso a la demanda presentada en esta ocasión porque no reúne los presupuestos exigidos en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal del 2004.

Sea lo primero advertir que el recurrente no especificó cuál de los reproches formulaba de manera principal y cuáles en forma subsidiaria, con lo que se muestran contradictorios,

porque de una parte, exige una sentencia de absolución, para simultáneamente, reclamar la nulidad por vicios de garantía y estructura. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en identidad de circunstancias, siendo ello precisamente lo que solicita, pues si el reparo es presupuesto para emitir un fallo de fondo (de contenido absolutorio como el que reclama), no se puede pretender dentro del mismo contexto la invalidación del trámite como también lo formuló, no obstante lo cual, la Sala abordará el estudio de cada una de las censuras propuestas.

De los cargos.

1. En el primer cargo anuncia la existencia de una nulidad, pero en su argumentación no cumple con los requisitos exigidos para su desarrollo y demostración.

Dentro de la postulación de anulación, el actor acusó al Tribunal de afectar las garantías fundamentales e incurrir en irregularidades que conllevaron a un vicio de estructura, con lo que desconoce el principio de autonomía que rige el recurso extraordinario pues mezcló dos motivos diferentes de nulidad que por estar previstos de tal forma por el legislador, deben ser formulados en forma separada, admitiéndose tan sólo su presentación conjunta, si se acredita que el vicio de garantías (que no precisó cual fue) afecta en forma simultanea la estructura del proceso, eventualidad que no desarrolló.

No obstante la presentación equivocada del cargo, se advierte que la nulidad reclamada está relacionada con los derechos de la víctima por la falta de convocatoria del juez al incidente de reparación, de donde se advierte que al defensor no le asiste legitimidad ni interés jurídico en la medida que él no representa los intereses de aquella y menos aún, en un aspecto puramente patrimonial como lo es la compensación económica, pues una cosa es el debate sobre el juicio de responsabilidad que eventualmente podría dar lugar a la nulidad del proceso y otra muy distinta la discusión sobre la reparación civil.

Dentro de ese contexto, los derechos a la reparación, incumben en principio, sólo a la

víctima y a instancia suya, al fiscal o al Ministerio Público, luego, es aquella quien de manera facultativa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 102 al 108 de la Ley 906 de 2004 y el numeral 7° del artículo 137 ibídem, “podrá formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.”; sin que se advierta, cómo la naturaleza del reparo le concierne a la defensa, que dicho sea de paso, en ninguno de los estadios de la actuación procesal exteriorizó el deseo de reparar el daño si es que esa era su voluntad.

Es un hecho cierto que al momento de proferir el fallo de instancia –que no del de segunda- no había sido proferida la Ley 1395 de 2010; sin embargo, tal circunstancia en nada cambia lo anotado pues en uno y otro estadio, su apertura pende de la “solicitud expresa de la víctima, fiscal o Ministerio Público a instancia suya”. En otras palabras, no existe facultad oficiosa del juez para efectos de su apertura como, al parecer y en forma equivocada lo entiende el libelista²⁹.

Son estas las razones, por las que la Sala no puede superar la falta de interés jurídico y de legitimidad del recurrente, luego se ve avocada a inadmitir el primer cargo.

2. En el segundo cargo reclama nulidad por falta de defensa técnica, toda vez que -según dice- el juez negó en la audiencia preparatoria las pruebas solicitadas por la defensa sin que éste recurriera tal decisión; que igual no se demandó el testimonio del procesado y menos aun, se controvirtieron los elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía

La Sala recuerda al censor que en un reproche de esta naturaleza no es suficiente la simple afirmación que sobre el yerro se anuncie. Es imperioso explicar con suficiencia cómo tuvo lugar la anormalidad que denuncia y cómo incidió negativamente en los intereses del acusado.

Fácilmente se advierte que la intención, aun cuando velada del casacionista, no es otra distinta a plantear su propia estrategia defensiva para por esa vía descalificar la del antiguo abogado. Ahora, situación distinta, es que la utilizada no coincida con quien le sucedió en la labor, como que esa mera circunstancia no se puede considerar como ausencia de defensa técnica susceptible de alegar en esta instancia.

Frente a este reparo aparece evidente que el censor no da cumplimiento al principio de trascendencia³⁰, pues se limitó a hacer afirmaciones tan obvias y vacuas como que “el a quo negó todas las pruebas”; a especular sobre las razones por las que “tal decisión no fue recurrida”, y el por qué “no se controvirtieron las pruebas de la fiscalía”, o las razones por las que el procesado “no pudo defenderse por no contar con las pruebas que hubiera podido practicar la defensa”; para finalmente asegurar sin explicar por qué “no existió defensa técnica al no solicitar el testimonio del procesado”; sin embargo, se abstuvo de precisar cuáles pruebas en concreto, de haberse practicado, habrían mejorado la situación jurídica del procesado o por qué de haberse interpuesto el recurso, su resultado indefectiblemente sería favorable al señor Noguera Mejía o cuál debió ser la específica actuación que, por omitida, afectó sin duda sus intereses.

Y no podría ser, exclusivamente, el testimonio del procesado, pues el derecho de defensa se ejerce no sólo con el ofrecimiento de tal prueba, (pues fue la única a la que en concreto se refirió), sino acometiendo con amplitud y solvencia la crítica de los medios de conocimiento introducidos en el juicio. Por lo demás, si el esencial reparo se reduce a la negligencia del defensor en ofrecer ese medio, no se alcanza a comprender cómo pueda la nulidad remediar el vicio, en tanto las que sirvieron de fundamento para el proferimiento del fallo, no pueden ser desvirtuadas por la versión del acusado, pues de manera autónoma tienen la aptitud y suficiencia requeridas para derivar el juicio de responsabilidad.

En consecuencia, la censura resulta incompleta y por razón del principio de limitación que rige el recurso extraordinario no puede la Corte entrar a suplir tal falencia, cuando además no se advierte quebrantamiento alguno.

3. El tercer y quinto reproche, error de hecho por falso juicio de identidad, se funda en que no fueron convocados a juicio la presunta cómplice y el padre de la víctima, y no se practicó la prueba de ADN.

En primer lugar, debe precisar la Sala que cuando se escoge esta vía, al impugnante le corresponde demostrar que en el proceso de estimación probatoria, el funcionario distorsiona el alcance de los elementos de juicio recaudados y le fija un contenido diferente al que en realidad tienen, orientándolos a decir lo que en realidad no expresan.

El demandante al desarrollar los reproches no cumplió con esa obligación e infringió el principio lógico de no contradicción porque enunció dos falsos juicios de identidad pero como consecuencia de la falta de práctica de determinadas pruebas, evento este que, precisamente, da lugar a otra modalidad de censura.

En tales condiciones su reparo lo ha debido abordar al amparo de la causal segunda de nulidad por violación al principio de investigación objetiva de que tratan los artículos 29 y 250 de la [Constitución Política](#) y 5, 115 de la Ley 906 de 2004, lo que de entrada anuncia el desacierto en su propuesta.

Y es que no toda mención que se realice de determinado medio probatorio conlleva su práctica ineludible, así como tampoco cualquier omisión en la misma conlleva quebrantamiento a la garantía fundamental del debido proceso o del principio de investigación objetiva, pues insiste la Sala, el actual sistema de enjuiciamiento convoca a la defensa a participar activamente en los actos de investigación, pues aunque el fiscal está en la obligación de velar por el esclarecimiento de la verdad, ello no se traduce en

llevar a juicio la totalidad de los elementos que puedan surgir en el proceso investigativo. Criterio que ya la Corte en anterior oportunidad precisó:

“...Tópicos que deben abordarse separadamente debido a que su comprobación implica desarrollo y sustentación específico, con la observación crítica que no toda situación que se mencione en el proceso debe ser objeto de prueba indefectiblemente y la omisión de cualquier diligencia no constituye quebrantamiento automático a la garantía fundamental de la defensa ni del principio de objetividad, si se tiene en cuenta el respeto por la iniciativa o la estrategia de la defensa, y que el fiscal en sana crítica debe seleccionar únicamente los medios conducentes al esclarecimiento de la verdad, de tal manera que la omisión de diligencias inconsecuentes, dilatorias, inútiles o superfluas, están bien lejos de menoscabar los derechos a la defensa o al debido proceso...31”.

Es claro que la defensa del procesado contaba con total libertad para establecer la estrategia que en su criterio fuera la idónea para beneficiar a su protegido, y si el apoderado que antecedió al libelista en su momento no invocó la práctica de tales pruebas no corresponde a quien lo sustituye hacer cuestionamientos infundados, y menos cuestionar a la fiscalía por no practicar tales pruebas cuando ello no es parte de su función, con mayor razón cuando nunca explicó cómo esos testimonios eran imprescindibles para la investigación y cómo sus dichos habrían conducido inexorablemente a una decisión diversa y favorable a los intereses de Noguera Mejía.

Si el yerro como en este evento, hace alusión a la deficiencia en el recaudo probatorio, para la correcta formulación de la censura, correspondía al demandante invocarla por vía de la nulidad y convencer a la Corte de la necesidad de practicar los medios probatorios anunciados, demostrando la trascendencia de tales omisiones e indicando como, con su aducción otro podría ser el resultado.

La defensa enlistó los medios probatorios que extraña; pero no hizo lo propio en cuanto a la trascendencia, esto es, demostrarle a la Corte cómo esos medios de prueba tenían la capacidad de incidir favorablemente en la situación del condenado, aspecto que se le imponía y mas aun en el actual esquema procesal, como que la posibilidad de declarar la nulidad no emana de la prueba en sí misma, sino de su confrontación lógica con las que sí fueron tenidas en cuenta, sin que la Sala por razón del principio de limitación pueda corregir las deficiencias del libelo en tanto no le corresponde asumir la carga argumentativa del recurrente para complementar, adicionar o corregir su demanda.

Por tal razón, los reproches se inadmitirán.

4. Frente a los cargos cuarto y sexto, falso juicio de existencia. De entrada la Sala advierte que la postulación es equivocada. Cuando el censor lo aduce, le corresponde especificar el medio de persuasión estimado de manera errada y determinar si el yerro surge porque existiendo una prueba dejó de valorarse, o porque se supuso una que no obra en las diligencias. Ninguna de las dos tesis desarrolló correctamente. Las razones:

i) En forma velada lo que pretende el casacionista al alegar que no se valoró la declaración del acusado, es otorgar la condición de “prueba” a la intervención que realizó Noguera Mejía al finalizar la práctica de pruebas en el debate oral, es decir en el turno de alegaciones conclusivas. Esta precisión se ofrece necesaria pues aquella exposición no tiene el carácter de medio de conocimiento, ya que su declaración ni fue ofrecida, ni descubierta, ni practicada con la debida contradicción para ser introducida al juicio, lo que se traduce en que en el desarrollo del cargo comenzó su argumentación con una afirmación mendaz³²

, que deslegitima la prosperidad de su reproche.

ii) En relación con el reparo por la práctica oficiosa y valoración de la declaración de

la menor Yuleiza N, la Sala se atiene a las consideraciones ya efectuadas en relación con la ausencia de técnica en la postulación del reproche, restándole sólo anotar que verdaderamente infundada se muestra la censura, pues tal testimonio no fue decretado, menos aún, de oficio como lo sugiere el casacionista, y por tal motivo no fue valorado.

En últimas, para la Sala lo que se asoma evidente es que la defensa, ante la imposibilidad de recurrir a mejores estrategias de defensa, ensaya un inexistente yerro con el propósito de construir una inane discusión de ilegalidad del trámite procesal, cuando por el contrario, todas las garantías de su representado le fueron respetadas.

5. En los cargos séptimo, octavo y noveno, en una argumentación incoherente y confusa, se acusa la sentencia de violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de distintos cuerpos normativos; al estudiarlos se advierte que las inconsistencias en su desarrollo, anticipan el fracaso de sus pretensiones.

En tal sentido, se debe recordar que cuando se intenta el recurso extraordinario por la vía de la violación directa, el impugnante en modo alguno puede desconocer o criticar los hechos en la forma en que los encontró demostrados el Tribunal, porque el yerro que señala, radica en la norma que se aplicó; en ese orden, es claro que la inconformidad no se relaciona con el análisis probatorio pues con él se está de acuerdo, sino con la disposición jurídica aplicable.

Los tres cargos propuestos por esta vía, riñen con los principios de claridad³³, especificidad³⁴ y coherencia³⁵ que se le imponían al censor y de los cuales se apartó; veamos:

i) En el séptimo, si bien el actor hace una tangencial alusión a que se admitió el testimonio cuando “únicamente el Defensor de Familia puede Interrogar

al Menor³⁶”, y por tanto, no se dio aplicación a los artículos 150, 193 y 194 de la Ley 1098 de 2006, con tan lacónico reparo se puede entender que lo que se le imponía plantear y no hizo, fue un error de derecho por un falso juicio de legalidad; no obstante, de haberlo esbozado correctamente tampoco precisa en que consistió el mismo.

Ahora, si lo que se reprocha es la circunstancia de que en forma directa no fuera la defensora de familia quien interrogara a la niña, según lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala³⁷, tal escenario no desconoce las formas inherentes a la práctica del testimonio de la menor, pues esa actividad se encuentra legitimada y amparada en los deberes impuestos a los funcionarios judiciales por las normas rectoras de la Ley 906 de 2004³⁸ las cuales, al ser prevalentes y servir como criterio de interpretación³⁹ no permiten dar un entendimiento restrictivo al artículo 150⁴⁰ de la Ley 1098 de 2006, como así parece entenderlo el censor.

ii) En los cargos octavo y noveno, también el censor faltó a la técnica en su formulación pues aunque invocó la violación directa de la ley por interpretación errónea de los artículos 404⁴¹ y 403.6 de la Ley 906 de 2004, dirigió su demostración a cuestionar la apreciación que del testimonio de la víctima hizo el tribunal para anteponer su personal forma de evaluarlo por encima del valor que le otorgaron los falladores ya que de su propia cosecha concluye que “...La Menor (sic) Presunta (sic) Víctima (sic) entra en una serie de contradicciones durante el Proceso, sin embargo el Superior y el A quo no tiene (sic) en cuenta esos conceptos⁴²”, y con idéntico propósito, más adelante indicó que la menor incurre en: “una serie de inconsistencias en las fechas que hace pensar que está mintiendo⁴³”.

Con esa forma de argumentar desconoció que al alegar la violación directa se le imponía concretar su atención exclusivamente en el error de juicio que recae sobre la norma sustancial, evento en el que tenía la carga de demostrar que el fallador de segunda instancia acertó en la selección de la norma pero erró en su significado, y jamás

podía involucrar reproches tendientes a cuestionar la valoración probatoria; luego su postulación con el alcance pretendido, está llamada al fracaso.

iv) Como es obvio, ninguna interpretación errónea de la ley sustancial demostró y en todo caso, al revisar la sentencia de segundo grado es claro que para el ad quem fue totalmente distinto al que predica el censor, el alcance dado a la exposición de la joven pues sobre la misma destacó:

“En fin la menor no duda, es clara, coherente, sin fluctuación alguna, solo narra lo vivido, características propias de testimonios en los que se dice la verdad, lo hace desprevenida, no, como memorizando circunstancias, propio, se itera, de un testimonio aleccionado, instruido al que previamente debe decirse como contestar ante específicos interrogantes. Es precisamente su forma auténtica y sin prevenciones de narrar los hechos lo que hace presumir a la Sala que la menor no miente...44”(subraya en el texto)

v) En tales condiciones, al cuestionar el grado de credibilidad que el juzgador le otorgó a las pruebas, también comete un grave error conceptual pues lo que reprocha no es la interpretación errónea de los preceptos enunciados, sino el mérito persuasivo que se le otorgó a las pruebas por la supuesta transgresión de los postulados que gobiernan la sana crítica, lo que de cualquier manera debió intentar por el sendero del falso raciocinio.

vi) Al argumentar de esta forma abandonó las obligaciones que se le imponían para probar las causales escogidas y pretendió en forma equivocada a partir de distintos errores no demostrados, imponer su criterio sobre el del Tribunal, lo que conduce a su inadmisión.

Finalmente se dirá, que no resulta procedente darle curso al libelo porque tampoco se constata la existencia de causales ostensibles de nulidad, ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales.

El mecanismo de la insistencia

Contra la decisión, procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala en los siguientes términos⁴⁵:

- (i) 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 inadmitir 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 de casación no hubiera sido interpuesto por un Procurador Judicial –, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la providencia inadmisoria.
- ii) 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 voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
- iii) 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.
- iv) 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.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda presentada por el defensor del señor Riso Edmundo Noguera Mejía.

Segundo. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con el artículo 184, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 2009.

2 Cfr. folio 173 de la carpeta.

3 Fl. 3 ib.

4 Cfr. folio 21 ib.

5 Fl. 25.

6 Fls. 39, 50, 62 y 77.

7 Cfr. folios 80-84.

8 Fls 164-174 íd.

9 La Sala destaca que aunque divide la demanda en tres capítulos, son nueve los cargos desarrollados y en ese orden se abordaran.

10 Cfr. folio 193 carpeta.

11 Cfr. folio 190 ib.

12 Cfr. folio 189 ib.

13 Cfr. folio 189 ib. Lo anuncia como primer cargo del capítulo II por violación indirecta de la ley sustancial.

14 Cfr. folio 188 ib.

15 En la demanda lo titula como segundo cargo del capítulo II.

16 Cfr. folio 187 ib.

17 En la demanda es el tercer cargo del capítulo II.

18 Cfr. folio 186 ib.

19 Corresponde al cuarto cargo del capítulo II.

20 Cfr. folio 185 ib.

21 Lo anuncia como primero del capítulo III por violación directa de la ley.

22 Cfr. folio 184 ib.

23 Segundo cargo del capítulo III

24 Cfr. folio 183 ib.

25 Tercer cargo del capítulo III

26 Cfr. folio 183 ib.

27 Cfr. folio 182 ib.

28 Artículo 235 numeral 1 de la Constitución.

29 La Sala destaca, que uno de los cambios se suscita en lo relacionado con el momento para la iniciación del incidente, pues en tanto, en el originario artículo 102 la víctima, el fiscal o el Ministerio Público, a instancia suya, estaban habilitados para su solicitud una vez emitido el sentido del fallo de naturaleza condenatoria, con la reforma introducida por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, lo será en firme la sentencia condenatoria.

30 Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

31 Sala de Casación penal, radicación 24323, 24 de noviembre de 2005.

32 La Sala no cuestiona el que el juez le permitiera al acusado presentar sus alegatos, pues ello constituye un desarrollo de la garantía del derecho a la defensa material. Sin embargo, tal intervención en ningún caso configura una prueba.

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 30185, 14 de septiembre de 2009.

34 31971, 21 de octubre de 2009.

35 32687, 11 de noviembre de 2009.

36 Cfr. folio 184 ib.

37 Auto 29516 del 23 de junio de 2008, auto 36827 del 21 de septiembre de 2011.

38 Artículos 4, 5 y 10, incisos primero y final

39 Artículo 26 ibídem

40 ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior

41 Consagra las reglas para apreciar el testimonio.

42 Cfr. folio 183 ib.

43 Cfr. folio 182 ib.

44 Folio 165 de la carpeta.

45 Auto del 12 de diciembre de 2005 (radicado 24.322).