

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 60

Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de RAFAEL ENRIQUE ALMANZA ORTEGA, en contra de la sentencia de 22 de mayo de 2012, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla confirmó la que emitiera el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, por cuyo medio lo condenó como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La madre de la menor DMRM1

de 13 años de edad, puso en conocimiento de las autoridades que al enviar a ésta los fines de semana a una finca en la carretera que conduce a municipio de Polonuevo-Atlántico, fue objeto de abuso sexual por parte de RAFAEL ENRIQUE ALMANZA ORTEGA, compañero de otra de sus hijas, quien incluso le suministró a la niña pastillas

anticonceptivas. Según relato de la víctima los hechos ocurrieron desde enero de 2009.

En audiencia preliminar cumplida el 18 de enero de 2010 ante el Juez Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Baranoa-Atlántico, se legalizó la captura de ALMANZA ORTEGA, previamente ordenada por ese despacho. Allí mismo, la Fiscalía le imputó la posible comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención. El imputado no aceptó los cargos y se le afectó con la restricción a la libertad deprecada.

El 15 de marzo de 2010 el ente investigador presentó escrito de acusación, celebrándose en el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Sabanalarga-Atlántico la respectiva audiencia de formulación.

Evacuada en el citado despacho judicial la audiencia de juicio oral y anunciado el sentido de fallo, mediante sentencia de 12 de marzo de 2012 fue condenado RAFAEL ENRIQUE ALMANZA ORTEGA como autor del delito objeto de acusación, a la pena principal de doce (12) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación promovido por el defensor, el Tribunal Superior de Barranquilla mediante sentencia de 13 de junio de 2012, confirmó la condena, razón por la cual aquél insiste mediante la impugnación extraordinaria con la correspondiente demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

DEMANDA

Al amparo de las causales previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 formula tres reproches:

Primer cargo: Nulidad

Pregona que en contra del debido proceso y del derecho de defensa el juez que dictó la sentencia de primera instancia no fue el mismo que dirigió el debate probatorio y anunció el sentido de fallo condenatorio.

Pone de presente que la esencia del principio de inmediación impone al juez de primera instancia presenciar el desarrollo del juicio así como la confrontación probatoria a fin de crearse su propia convicción, principio que al igual que el de concentración no logaron su objetivo en este asunto.

A su turno, aduce que el paso del tiempo desnaturalizó la filosofía de tales apotegmas, pues no hay justificación para que el fallador se demorara más de un año para emitir sentencia, en clara afrenta del derecho a tener una efectiva y pronta administración de justicia.

Explica que el juicio oral no fue continuo, las audiencias no se adelantaron consecutivamente, el criterio del juez para condenar no fue fruto del contacto directo con la prueba y gastó mucho tiempo para emitir su decisión, además, guardó silencio acerca de la tesis defensiva que acreditaba que el imputado no había tenido relaciones sexuales con la menor, o del lugar en el que la víctima dice ocurrieron los hechos.

Por lo tanto, pide a la Corte declarar la nulidad de la actuación partir de la primera sesión del juicio oral, y como consecuencia de ello conceder la libertad provisional a su asistido, exonerándolo de caución prendaria por tratarse de un humilde campesino.

Cargo subsidiario: Violación directa de la ley sustancial

Postula la falta de aplicación del artículo 22 de la Ley 599 de 2000 porque no se acreditó el dolo en el actuar del enjuiciado.

Para el censor, quedó en mera especulación la afirmación de la menor acerca de que el procesado le daba pastillas anticonceptivas, pues a pesar de que la Fiscalía se comprometió con la teoría del caso para probarlo, no lo cumplió.

Igual sucedió con la manifestación de la niña de que tuvo relaciones amorosas con el inculcado, pues sólo quedó en la entrevista, sin que se pueda inferir un elemento objetivo que edifique la conducta delictiva de él.

En consecuencia, pide a la Corte casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su asistido.

Tercer cargo: violación indirecta de la ley sustancial

En esta oportunidad postula un error de hecho por falso raciocinio al pretermitir los falladores la regla de la experiencia relativa a que las relaciones sexuales son actos de intimidad que exigen privacidad.

Luego de destacar que la menor al haber ingresado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por huir de su residencia a escondidas de su progenitora, fue remitida al Hospital de Baranoa para la valoración sexológica la cual arrojó himen perforado a las 7-11-1 de antigüedad, y que en la entrevista con la psicóloga al referirle a la niña ese resultado se rió y dijo que había sucedido hacia seis meses, aduce que ese interrogatorio no cumplió con las técnicas porque se la indujo a hablar de relaciones sexuales, cuando lo correcto era que el entrevistador lograra respuestas naturales.

De otro lado, en criterio del libelista la niña no mantenía relaciones sexuales, como se afirma en los fallos, porque en la entrevista con la psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la menor dijo que ella iba a la casa del procesado a jugar con unas amigas, que eran las hijas de él y se quedaba a dormir. En la segunda entrevista hizo referencia sólo a relaciones amorosas pero jamás a relaciones sexuales, como lo destacó la Psicóloga Fanny García Manrique, aspecto que guarda concordancia con el dictamen médico legal ya que según un tratadista cuando hay perforación parcial del himen no se puede hablar de desfloración como resultado de un acto sexual.

Finalmente, asevera que por el lugar de los hechos mencionado por la niña, esto es, la habitación del acusado cuando todos dormían, refiriéndose a su compañera, su niño y tres hijas, precisamente en el juicio estás jóvenes con una escolaridad admirable afirmaron que dada su personalidad era imposible que se diera esa situación delante de ellas.

En este sentido, el defensor asevera que el falso raciocinio se dio cuando el Tribunal aceptó que el himen de la víctima fue parcialmente perforado y a pesar de ello acogió la tesis de las relaciones sexuales acudiendo al concepto de acceso carnal previsto en el artículo 212 de la ley 599 de 2000, de lo que se infiere que para el fallador había duda, porque tal perforación pudo ser fruto de una acción distinta a la relación sexual.

Afirma que en los fallos fue desconocida la regla de la experiencia referente a que las relaciones sexuales son actos de intimidad que exigen privacidad, pues “de antaño se conoce, y así, nos lo ilustra el LIBRO SAGRADO, que nuestros progenitores primarios dieron privacidad a su relación sexual y en honor a ello la sociedad antigua y la hoy moderna, para referirse a la relación sexual utilizan la expresión relación íntima como señal de privacidad y respeto”.

En este orden, pide a la Sala casar el fallo y absolver a su asistido de los cargos formulados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con anterioridad la Sala ha precisado que para acceder a la sede extraordinaria, es deber ineludible del demandante justificar la impugnación acorde con las finalidades legales establecidas en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004: Si se trata del interés personal en aras de la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por estos, o por el interés general de la unificación de la jurisprudencia.

Al estar la pretensión del demandante demarcada por el carácter teleológico de la casación, concurren como presupuestos procesales de la impugnación no sólo los aspectos objetivos acerca de que se trate de sentencias de segundo grado y que se haga dentro del término establecido, sino que los elementos subjetivos relativos al interés y legitimidad para acceder al recurso adquieren un plus ya que precisará la acreditación de la afectación de derechos o garantías fundamentales, además de señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento, así como demostrar la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la ley en comento.

Tampoco escapan al recurso los requerimientos metodológicos necesarios que implica un ataque técnico-jurídico que como control constitucional y legal se realiza al fallo de segundo grado. Ello apareja observar las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento del embate, porque en manera alguna se trata de reabrir el debate probatorio o de revisar *in integrum* o *ex novo* la actuación procesal.

Así, no basta que el recurrente presente su oposición a la valoración probatoria obtenida a través de las instancias, o muestre su posición sobre un tema jurídico específico; debe enseñar en su disquisición la existencia de errores manifiestos y esenciales con incidencia en el sentido de la decisión en que hayan incurrido los funcionarios en su labor juzgadora.

Las anteriores precisiones conceptuales le permiten a la Sala advertir que en este caso las críticas que formula el defensor no logran motivar su atención para aprehender el estudio de la legalidad de la sentencia de segundo grado, sin que tampoco se advierta razonablemente que se requiere de decisión de fondo para cumplir alguna de las finalidades de la impugnación extraordinaria.

Primer cargo: Nulidad

El defensor anhela la declaración de nulidad de la actuación porque un juez diferente del que presenció el debate probatorio y anunció sentido de fallo de carácter condenatorio, fue el que finalmente emitió la sentencia, pero además de desconocer la línea jurisprudencial trazada por la Corte según la cual tal situación no riñe per se con los principios de inmediación y concentración, no dedica espacio a demostrar de qué manera resultaron afectadas las bases fundamentales de juzgamiento o las garantías de defensa.

En casos similares² en los que el juez que dirigió el juicio y ante quien se practicaron las pruebas y anunció el sentido del fallo, no es el mismo que efectivamente condena, esta Corporación ha resaltado que esa sola incorrección no genera nulidad en tanto no lesione las garantías fundamentales o el debido proceso, porque la sentencia mantiene la misma orientación de los argumentos anunciados para la condena.

En esos eventos en que en las postrimerías el trámite procesal ha sufrido cambio de funcionario se concluyó que no hubo afrenta de estructura o de garantía en cuanto la

sentencia proferida por el reemplazante fue consecuente y concordante con los argumentos expuestos por el antecesor al emitir sentido de fallo, respetando de esa forma la voluntad de éste.

Incluso el criterio de autoridad de la Sala ha sido ampliado³ para casos en los cuales el juez encargado de emitir el fallo o su sentido es diferente del que presencié la práctica probatoria para no arribar indefectiblemente a la declaración de nulidad a menos que se evidencie la grave afectación de otros derechos o principios fundamentales.

“Ello, porque en el deber de buscar la verdad en el desarrollo del esquema acusatorio penal, la realización del juicio oral no puede supeditarse, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman, ya que el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado.

(...)

“...aunque no se discute que los principios de concentración e inmediación, en cuanto soporte del principio de oralidad, son parte sustancial del sistema penal acusatorio, no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio en los casos en que la persona del juez que presencié las pruebas en las cuales se basa la sentencia, no es la misma que anuncia el sentido del fallo y profiere la sentencia, pues, debe precisarse, en la medida que no se trata de principios absolutos, en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a precaver la afectación de principios de mayor alcance tuitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación”.

Por eso, como no siempre que en desarrollo del juicio se produzcan cambios en el juez se genera la nulidad de la actuación, pues depende de las particularidades de cada caso, el mismo funcionario de primer grado en la sentencia hizo esta advertencia.

“No obstante que quien hoy dicta esta sentencia, no es la misma persona quien adelantó el juicio oral, considera competente para su resolución, en atención a que en su decisión se guardó estricta consonancia en rigor con el sentido del fallo que emitiera mi antecesor, sin dejar de precisar que la valoración probatoria estuvo desprovista de cualquier contaminación comunicada por el mismo”.

En la misma perspectiva, el Tribunal determinó que el juez que profirió sentencia respetó el sentido del fallo dictado por su antecesor, sin que se evidenciara algún desafuero capaz de generar nulidad.

Así las cosas, la falta de explicación de la trascendencia en que incurre el demandante, le resta a la censura la aptitud necesaria para su admisión.

Segundo cargo: Violación directa de la ley

El reproche que el casacionista encamina ante la falta de aplicación del artículo 22 del Código Penal que define el dolo constituye una aporía (contradicción indisoluble), si se tiene en cuenta que precisamente tal forma conductual fue la atribuida al procesado.

Además, lejos de postular un error de juicio, propio de la violación directa de la ley sustancial, cae a no dudarlo en una infracción mediada por yerros probatorios en cuanto no respeta los hechos y las pruebas tenidas en cuenta judicialmente al reparar en que no fue acreditado el dolo en el actuar de ALMAZA ORTEGA.

Ciertamente, la violación directa de la ley sustancial versa exclusivamente sobre un error de juicio en el cual incurre el juzgador respecto de la disposición que se ocupa del supuesto fáctico en concreto. Dicho error puede ser de selección normativa al radicar en la existencia del precepto (falta de aplicación o exclusión evidente), por una equívoca adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la norma

(aplicación indebida), o bien, de carácter hermenéutico por darle a la disposición un sentido que no tiene o errar en su significado (interpretación errónea).

Al recaer el yerro de los juzgadores de manera directa sobre la

normatividad, el debate se circunscribe netamente a lo jurídico para de esa manera evidenciar que se dejó de lado el precepto regulador de la situación específica demostrada, que tal hecho se ajusta a otra disposición normativa, o que se desbordó el alcance de la norma aplicada al caso concreto, lo cual exige necesariamente aceptar la apreciación y declaración de los hechos y de las pruebas realizada por los juzgadores.

En cambio, cuando la discrepancia versa sobre la actividad probatoria y la valoración por parte de los falladores, la vía de ataque legalmente adecuada es la indirecta, ya que a la infracción de la ley sustancial se llega de manera mediata, esto es, a través de la violación directa de las normas que regulan el ámbito probatorio.

En la censura objeto de examen se tiene que a pesar de que el casacionista plantea la violación directa de la ley sustancial, su reparo en manera alguna es de índole jurídica, pues se opone a los hechos tal y como fueron plasmados por los falladores y ataca su valoración probatoria cuando afirma que quedó en simple especulación la afirmación de la menor acerca de que el procesado le daba pastillas anticonceptivas, pues a pesar de que la Fiscalía se comprometió con la teoría del caso para probarlo, no lo cumplió.

La falta de suficiencia demostrativa también se patentiza cuando resalta que la manifestación de la niña respecto a que tuvo relaciones amorosas con el inculcado se quedó en la entrevista, porque no hay datos objetivos para acreditar la responsabilidad del procesado.

La Sala ha enfatizado en que para la determinación procesal del dolo aunque es factible

que se obtenga a través de la admisión del propio procesado, respaldada por los demás elementos de prueba, en ocasiones se debe establecer a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico (dolo directo), o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo (dolo eventual), al ser aspectos del fuero interno de la persona se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas.

Y eso fue lo que precisamente ocurrió en este caso cuando de las manifestaciones de la menor, se estableció el comportamiento lascivo del inculcado, pues,

“No existe dentro del juicio oral, un medio de convicción de la mayor o igual identidad probatoria, que el propio dicho de la menor víctima de abuso sexual, para que por lo menos ante el esfuerzo ponderativo de la Sala, sobre esta narrativa, no resulte altamente comprometida la responsabilidad del procesado en el injusto penal, ya que fulgura de tal magnitud que es capaz de socavar la presunción de inocencia...más cuando se encuentra avalada con la valoración psicológica de las funcionarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que contrario a lo manifestado por el apelante, edifica la responsabilidad del señor Rafael Enrique Almanza Ortega, pues las respuestas espontáneas de la menor son contundentes a pesar de ocultar, por la idealización del amor, el nombre del abusador, para, con todo, demostrar que mantuvo relaciones de tipo sexual con un hombre que tiene ‘como 30 años’ que le ‘compró unas patillas’ que tomó por 8 días, aproximadamente, y que tiene unas hijas que son sus amigas”.

Por lo tanto, el reproche no será admitido.

Tercer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial

Al igual que las anteriores censuras el demandante no se apega a los fundamentos

propios de la infracción de la ley sustantiva mediada por yerros probatorios, específicamente, cuando se trata de un falso raciocinio.

Para denunciar un error de esta estirpe le compete al censor acreditar el desafuero intelectual del juzgador en la valoración probatoria, propio del alejamiento de los postulados de la sana crítica, por lo cual ha de resaltar el capricho o la arbitrariedad de las consideraciones judiciales ante el desconocimiento de los principios lógicos, de criterios científicos o reglas del sentido común ya decantadas.

Pero tal ejercicio de manera ineludible debe tener el complemento de exhibir el postulado al que debió acudir para una adecuada estimación probatoria a fin de que la contradicción que arroje el cotejo entre el fallo con los postulados de la apreciación racional de los elementos de convicción sea evidente o palmaria.

Aquí sólo se duele de que los falladores no acataron la regla de la experiencia relativa a que las relaciones sexuales son actos de intimidad que exigen privacidad, postulado que deja en el simple enunciado en cuanto no explica de qué manera fue pretermitida esa regla, qué no se podía probar con ella, o cuál fue su trascendencia frente al fallo.

De manera impertinente y sin conexión con el yerro factico anunciado, repara en la forma como la Psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar formuló las preguntas al entrevistar a la menor. También si relación con el caso se ve la cita que hace de un tratadista acerca de que cuando hay perforación parcial del himen no se puede hablar de desfloración como resultado de un acto sexual, falencias argumentativas que la Corte no puede suplir debido al principio de limitación que informa el recurso extraordinario.

Por último, además de que el yerro probatorio denunciado se muestra carente de la necesaria explicación lógica y de incidencia frente a la parte resolutive del fallo, no conforma el impugnante en debida forma la proposición jurídica, imperativo determinante para realizar una adecuada y lógica demostración del vicio de juicio que se postula,

porque no cita los preceptos normativos, que según la pretensión de absolución resultaron indebidamente aplicados.

Como se concluye que el libelo no será admitido, es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de las partes, tampoco se ve la necesidad de superar los defectos del libelo para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que ameritaran la intervención oficiosa de la Corte.

Precisión final

Contra la decisión de no admisión de la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004,

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

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado RAFAEL ENRIQUE ALMANZA ORTEGA, por las razones expuestas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ GUSTAVO
ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE
SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se omite identificar a la menor por respeto a su dignidad y su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño, los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (ONU 1985), la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (ONU 1993), disposiciones concordantes con los artículos 47, numeral 7º; 192 y 193, numeral 7º de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

2 Corte Suprema de Justicia. Proveídos de 20 de enero de 2010 radicación 32556 y 32196, y de 17 de marzo de 2010 radicación 32829.

3 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de diciembre de 20012, radicación 38512.