

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2819-2015

Radicación N°. 45901

(Aprobado Acta N°. 184)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte examina las bases jurídicas, lógicas y argumentativas de la demanda de casación presentada por la defensora de AAO contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de La (...) y condenó al acusado por el concurso heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

LA SITUACIÓN FÁCTICA

Fueron así relatados por el a quo y consignados en el fallo que se impugna:

Los hechos de la presente actuación fueron denunciados el 22 de noviembre de 2005,

por la señora YEHG, quien dio cuenta que por comentarios que le hizo su hija I.D.B.H.1, de ocho años de edad, se enteró que el procesado AAO había estado en la habitación besando a su otra hija L.J.B.H. quien tenía para esta época 12 años de edad. Que interrogada esta menor sobre los hechos le precisó que AAO para el 1 de noviembre la había tomado de la mano, ingresando a la habitación allí se había bajado los pantalones y quitado los interiores a ella, la acostó en la cama y procedió a accederla carnalmente, manifestándole que no fuera a contar a nadie lo sucedido porque podía ir a la cárcel, comportamiento vejatorio que también tuvo ocurrencia en otra oportunidad (para finales del mes de octubre de 2005), una en la pieza del acusado y otra en la habitación por ellas ocupada, dado que residían en la vivienda que hacía parte de la finca denominada “(...)”, ubicada en la vereda “(...)” de la (...) (Cundinamarca) de propiedad de los padres del acusado, lugar en donde residía en arriendo junto con sus hijas en una de las habitaciones y allí mismo vivía el denunciado, quien era conocidos (sic) por ellas con el seudónimo de “(...)”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La Fiscalía 5ª Seccional de Facatativá ordenó investigación previa el 1º de diciembre de 2005² y apertura de instrucción el 28 de agosto de 2006³, a la cual vinculó, mediante indagatoria, a AAO⁴.

2. El 6 de octubre de 2008 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de 14 años⁵.

La defensa interpuso recurso de reposición y, en subsidio, apelación, y en proveído del 16 de julio de 2010 se declaró desierto el primero y se negó el segundo⁶.

3. Finalizada la audiencia de juzgamiento, el 31 de marzo de 2014 el Juzgado Penal del Circuito de La (...) dictó sentencia condenatoria por los punibles referidos y, en consecuencia, impuso a AO 72 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria y lo condenó a pagar, por perjuicios morales, el equivalente a 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁷.

4. La defensora recurrió el fallo y el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 29 de septiembre posterior, lo modificó en el sentido de condenar a AO a 60 meses de prisión por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso heterogéneo con el de actos sexuales con menor de 14 años. Confirmó en lo demás⁸.

LA DEMANDA

La apoderada judicial identifica los sujetos intervinientes y la decisión impugnada, sintetiza los hechos y la actuación procesal y asegura que es procedente la casación discrecional para proteger el derecho al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Carta Política, cuya vulneración desarrolla con los dos cargos propuestos.

El primero, porque el ad quem, al variar la calificación jurídica, pasó por alto que el injusto de actos sexuales con menor de 14 años estaba prescrito para la fecha de la sentencia de segundo grado; y, el segundo, en cuanto con esa modificación se desfavoreció al procesado, al imponerle una pena mayor.

Asegura que las censuras se ajustan a los requerimientos legales, pero, en caso de que no se considere así, pide se proceda oficiosamente.

Sustenta así sus reproches:

Primero (principal). Nulidad parcial por violación del debido proceso.

Se dejaron de aplicar los artículos 28 y 29 de la Constitución; 38 y 39 de la Ley 600 de

200, y 82, 83, 84, 86, 98 y 99 del Código Penal; al tiempo que se aplicó indebidamente el 31 del último estatuto, en concordancia con el 209 ejusdem.

Después de recordar el contenido de los aludidos preceptos, la actora refiere que, según la denuncia, su prohijado accedió carnalmente a la menor L.J.B.H. el 1° de noviembre de 2005; y, conforme, al acervo probatorio y a lo concluido por el Tribunal, su defendido realizó actos sexuales con ella (besos y caricias) tres días antes de la delación, es decir, en noviembre de ese año⁹.

Este último delito estaba sancionado, para la época, con pena de 3 a 5 años de prisión, por lo que, para el momento en que el juez plural dictó sentencia, había prescrito, dado que la persecución penal sólo podía llevarse a cabo hasta el mes de noviembre de 2010. Ello porque el término de prescripción nunca se interrumpió, en la medida en que la fiscalía no profirió resolución de acusación por ese ilícito.

Así las cosas, el plazo «corrió íntegro desde la fecha en que presuntamente sucedieron los hechos»¹⁰ y en este caso no se aplica el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007, que adicionó el 83 del Código Penal, por ser posterior a los sucesos investigados.

La nulidad alegada se apoya en el numeral 2° del canon 306 de la Ley 600 de 2000, no es atribuible a la defensa, no se puede convalidar porque toca directamente con el derecho fundamental al debido proceso y el único remedio para su protección es su declaratoria. Su trascendencia es evidente puesto que el Estado perdió su potestad sancionadora y el incremento punitivo hecho por razón de esa conducta punible (12 meses) debe suprimirse, lo que conllevaría a fijar la pena en 48 meses de prisión. Igual suerte debe correr la acción civil.

Segundo (subsidiario). Violación directa de la ley sustancial.

Se aplicaron indebidamente los artículos 31 y 209 del Código Penal, y 204, 232, 398 y

404 de la Ley 600 de 2000, lo que condujo a dejar de emplear el 29 de la [Constitución Política](#).

La falencia ocurrió porque el Tribunal condenó a su representado por actos sexuales con menor de 14 años sin tener en cuenta que (i) no fue acusado por ese punible, incurriendo así en incongruencia con el acto de llamamiento a juicio; (ii) la fiscalía no varió la calificación jurídica conforme al precepto 404 de la Ley 600 de 2000 y el ad quem sí lo hizo en etapa posterior, agravando la situación de AO; (iii) su cliente fue apelante único, lo que impedía que el fallador de segundo grado lo desmejorara en la sanción impuesta; (iv) en el recurso de apelación sólo se planteó la inexistencia de un concurso homogéneo, no la posibilidad de uno heterogéneo y aunque la colegiatura admitió lo primero, se excedió al reconocer el segundo, y (v) ha debido absolver a su protegido.

Trae a colación apartes de la providencia confutada y afirma que de ellos se extrae que no se encontró probado que fuesen varios accesos, lo que obligaba a imponer una pena de 48 meses de prisión. La providencia de reemplazo emitida vulneró el debido proceso al desconocer la resolución de acusación y la falta de interés de la fiscalía en modificarla.

A pesar de que el juez colegiado refirió que no se hacía más gravosa la situación del procesado, ello es una falacia por cuanto se incrementó la sanción en otro tanto por el concurso heterogéneo. La nueva pena es, entonces, ilegal y el desatino resulta trascendente porque se aumentó la privación de libertad de su prohijado y se le lesionó su derecho a la defensa puesto que en todo el devenir procesal esa estrategia se orientó a repeler las imputaciones por eventos homogéneos.

Solicita a la Corte casar la sentencia objetada y, en su lugar, declarar su nulidad parcial por haber prescrito la acción derivada del injusto de actos sexuales, condenando así a una pena de 48 meses de prisión por un acceso carnal abusivo con menor de 14

años. En subsidio, pide se profiera un fallo de reemplazo en el que se excluya la primera de las conductas referidas y se condene por la segunda, sin el concurso homogéneo.

CONSIDERACIONES

La Sala inadmitirá la demanda porque, tal como a continuación se explica, no cumple con los presupuestos mínimos exigidos por el legislador en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000, y no se advierte la necesidad de intervenir oficiosamente. Estos son los motivos:

1. Según lo establece el canon 205 de la Ley 600 de 2000, la casación procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial en aquellos procesos adelantados por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho (8) años.

De no cumplirse con tal presupuesto, el legislador facultó a la Corte para que, de manera excepcional, admita los libelos que se ajusten a los requisitos legales siempre que lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o para garantizar derechos fundamentales.

Por consiguiente, la actora acertó al elegir esta modalidad de impugnación, no obstante, quebrantó su deber de indicar las razones por las cuales es forzoso abordar el estudio de la demanda, pues su explicación, en punto de requerir la mediación de la Corporación para la protección del derecho al debido proceso, quedó inconclusa, dejando tal demostración a la prosperidad de los cargos, los que, como se verá, tampoco alcanzaron tal propósito. Aunque adujo que también resultaba procedente para desarrollar la jurisprudencia, olvidó exhibir respecto de qué tema concreto.

Es que, si pretendía asegurar la garantía de derechos fundamentales, no bastaba con

enunciarlos o con relacionar los preceptos constitucionales correspondientes, tenía la obligación de demostrar cómo fueron desconocidos por el fallo recurrido. Y, para habilitar la vía con la finalidad de ampliar la jurisprudencia, tenía la carga de exponer, con claridad y suficiencia, los motivos por los cuales esta Sala debería entrometerse, ya sea para proveer un pronunciamiento con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico especial, bien para unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, o para abordar un tópico aún no desarrollado, «con el deber de indicar de qué manera la decisión solicitada tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y a la par servir de guía a la actividad judicial» (CSJ AP, 26 sep. 2007, rad. 28184).

2. Los cargos propuestos, a pesar de respetar los principios de prioridad y subsidiariedad, no cumplen con los requerimientos exigidos para una correcta postulación. Obsérvese:

2.1. Primero.

A juicio de la jurista, el fallo de segunda instancia se profirió cuando la potestad sancionatoria del Estado, para proceder por el delito de actos sexuales violentos con menor de 14 años, había fenecido, dado que, según dice, se sobrepasó el límite máximo de cinco años fijado por la ley para instruir, y no es posible reconocer la interrupción porque la fiscalía no acusó por ese injusto.

Sin duda, parte de premisas equívocas que, por ende, la conducen a conclusiones también erradas.

En efecto, según el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley, sin que sea menor de cinco años, ni exceda de 20, salvo las excepciones allí señaladas. Ese lapso comienza a contarse, para los delitos instantáneos, desde el día de la consumación¹¹. No obstante, a veces del precepto 86 del mismo estatuto, ese plazo se interrumpe con la resolución de

acusación, debidamente ejecutoriada, y comienza nuevamente a correr por uno igual a la mitad del señalado en el canon 83, sin que pueda ser inferior a cinco años ni superior a 10.

Es cierto que el punible referido se encontraba sancionado, para la época de los hechos, con pena privativa de libertad de 3 a 5 años, de donde, en aplicación del artículo 83 referido, surge que el tiempo de instrucción es de cinco años.

Como bien lo admite la demandante, esos actos sexuales datan del mes de noviembre de 2005, lo que indica que desde ese instante la fiscalía contaba con cinco años para calificar el mérito del sumario, lo que efectivamente hizo. El acto de llamamiento a juicio se dictó el 6 de octubre de 2008 y quedó ejecutoriado el 27 de agosto de 2010¹².

Ahora, pretende la libelista que ese plazo no se interrumpa, según las previsiones del artículo 86 del estatuto penal sustantivo, bajo el argumento que la fiscalía no llamó a juicio a su prohijado por actos sexuales con menor de 14 años, sino por un concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de 14 años.

Tal postura es abiertamente desacertada pues desconoce que, aun cuando haya variación en la calificación, sigue siendo la ejecutoria de la resolución de acusación la que marca el derrotero a seguir para contabilizar la prescripción en juicio, no sólo porque «así, de manera perentoria, lo establece la ley (artículo 86 de la ley 599 de 2000), sino porque lo que determina esa interrupción es la finalización de una etapa del proceso y el comienzo de otra y, así haya modificaciones en la calificación, ese instante no sufre alteraciones» (CSJ AP, 14 feb. 2002, rad. 18457).

De manera que la acción penal por el reato en mención no prescribió en instrucción y los cinco años que se han de contabilizar en la etapa del juicio tampoco han transcurrido.

2.2. Segundo.

Cuando se hace una censura por violación directa, el recurrente tiene la obligación, tanto de señalar como de demostrar que el error tuvo lugar por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea de una norma sustancial, con la consiguiente indicación de las disposiciones. Así mismo, se ha de cuidar en que sus argumentos se dirijan exclusivamente a revelar la equivocación del fallador de segundo grado al aplicar la normatividad al caso concreto, centrando el estudio en el análisis estrictamente jurídico de la sentencia.

En ese orden, no es factible discutir aspectos relativos a la valoración probatoria o a la forma en que los hechos fueron considerados por el ad quem, en tanto el casacionista debe aceptarlos tal como se consignaron.

La jurista, desatendiendo los presupuestos expuestos, hace un listado de las normas trasgredidas, pero no expresa con suficiencia cómo ocurrió el quebranto. Adicionalmente, ignora que cuando se plantean críticas por incongruencia, el legislador de 2000, al amparo de cuyo estatuto se tramitó este proceso, previó una causal de casación específica para hacerlo, esto es, la señalada en el numeral 2° del artículo 207 ibidem.

Con todo, la Sala no evidencia falla alguna por ese aspecto, toda vez que la jurisprudencia ha aceptado, en casos similares, que el Tribunal, sin desconocer tal postulado, pueda condenar por un delito menos gravoso, siempre que, como surge en esta ocasión, no desconozca el núcleo fáctico de la acusación (CSJ SP, 26 mar. 2011, rad. 32685 y CSJ SP 27 jun. 2012, rad. 38857).

En efecto, si bien el aludido principio no exige una perfecta armonía entre la acusación y la sentencia, sí implica que ésta guarde una adecuada relación de conformidad con aquella en sus tres componentes básicos: personal -correspondencia entre los sujetos acusados y los que versa la sentencia-, fáctico -identidad de los

hechos de la acusación y los que sirven de sustento al fallo- y jurídico -consonancia en la regulación jurídica de uno y otro acto- (Cfr. CSJ SP, 4 abr. 2001, rad. 10868).

Conforme a la tesis reinante en la Sala, únicamente resulta absoluta la congruencia personal y fáctica, en tanto que la jurídica es relativa, puesto que el juez puede absolver o condenar de manera atenuada o por una conducta distinta a la imputada, siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación (CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468, entre muchas otras).

Así las cosas, en esta oportunidad se tiene que, por razón del tema planteado en la alzada -inexistencia del concurso homogéneo de accesos carnales-, el ad quem analizó la totalidad del plenario y descartó la evidencia física de uno de ellos en los episodios descritos en el acto de llamamiento a juicio, no obstante, concluyó, que sí revelaban actos sexuales, por lo que determinó que había lugar a condenar por ese reato, producto de los tocamientos a que el procesado sometió a la menor. Tal conducta se constataba desde la misma relación de los hechos expuesta por el ente acusador en el escrito de acusación.

Nótese, según se verifica con los fallos de instancia, que uno de ellos corresponde al día en que I.D.B.H., también menor de edad, dijo haber visto al acusado cuando besaba a su hermana, cuyo evento -afirmó el Tribunal- el encausado admitió cuando en su indagatoria «confirmó que la besaba y la tocaba»¹³.

De manera, pues, que la colegiatura no incluyó una conducta extraña o novedosa, sino que, respetando el núcleo básico de la imputación fáctica, degradó uno de los punibles endilgados en la acusación. En consecuencia, no se advierte violación del derecho a la defensa, máxime cuando, según se verifica en el fallo de primera instancia, tanto AO como su defensa se ocuparon de exhibir sus consideraciones frente a los hechos

que, en punto de los actos sexuales, se relataron en la denuncia y se consignaron en el calificadorio.

De otra parte, no es cierto que se haya hecho más gravosa la situación del procesado, puesto que, como bien lo reseñó el juez plural, el delito de actos sexuales con menor de 14 años prevé una pena menor, lo que le implicó un aumento menos gravoso que el atribuido por el a quo por el concurso homogéneo inicialmente considerado.

Con apoyo en las precedentes consideraciones, la demanda será inadmitida.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda presentada por la defensa de AAO. En consecuencia, devolver la actuación al Tribunal de origen.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 La Corte omite los nombres de las menores para garantizar el derecho a la intimidad, según lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 Folio 10 del cuaderno original de instrucción.

3 Folio 17 Id.

4 Folios 42 a 45 Id.

5 Folios 65 a 70 Id.

6 Folios 75 a 77 Id.

7 Folios 109 a 151 del cuaderno original del juicio.

8 Folios 7 a 23 del cuaderno del Tribunal.

9 Folio 47 del cuaderno del Tribunal.

10 Folio 51 Id.

11 Artículo 84 de la Ley 599 de 2000 y 83 Decreto Ley 100 de 1980.

12 Folio 77 reverso del cuaderno original de la instrucción.

13 Folio 12 del fallo de segunda instancia.