

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP823-2018

Radicación N° 49860

Aprobado acta N° 65

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte acerca de la admisión de la demanda de casación presentada en nombre de DIEGO FERNANDO ORTIZ FRANCO contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que confirmó el proferido en primera instancia contra aquél como autor responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo.

SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. Según se extrae de los registros, el 5 de junio de 2016, cerca del mediodía, en una finca de la vereda Valles de Risaralda (Viterbo - Caldas), al regresar de una reunión en el colegio de sus hijos, la esposa de DIEGO FERNANDO ORTIZ FRANCO lo sorprendió acostado en una cama con la menor I.M.B1 (solamente hija de aquélla), él desnudo de la cintura para abajo lo mismo que la infante, a quien tenía sentada sobre sus piernas, motivo por el que de inmediato requirió la presencia de miembros de la Policía Nacional.

Al llegar allí los uniformados y tras ser enterados de lo sucedido, de una habitación salió el precitado quien manifestó que se entregaba en razón de lo ocurrido porque “ÉL SOLO LE

ESTABA TOCANDO EN LA VAGINA". El mismo día, al ser valorada la joven por profesionales del Hospital y de la Comisaría de Familia de Viterbo, ésta les dijo que desde los 8 años su padrastro la sometía a actos semejantes, que le introducía el dedo en la vagina, que en dos oportunidades lo hizo con el pene, y que en esa fecha también le "introdujo el pene por detrás"².

2. El 6 de junio de 2016 la Fiscalía General de la Nación en audiencia celebrada ante un juez con función de control de garantías de Belalcazar (Caldas), obtuvo la legalización de la captura de DIEGO FERNANDO ORTIZ FRANCO, a quien con base en lo relatado en la queja penal por la progenitora de la niña, y lo manifestado por la joven ante los facultativos que la valoraron, le formuló imputación en calidad de autor de acceso carnal violento, agravado, en concurso homogéneo, según los artículos 31, 205, 211, numerales 2, 4 y 5, de la Ley 599 de 2000, diligencia en la que también concretó la imposición de detención preventiva para el prenombrado³.

3. Aun cuando el ente investigador presentó el 21 de julio siguiente escrito de acusación contra el implicado por los mismos hechos y conducta punible, el 11 de agosto de 2016 en la audiencia oficiada para formalizarlo ante el Juez Penal del Circuito de Anserma (Caldas), el nuevo fiscal asignado al caso degradó el comportamiento al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo, de conformidad con los artículos 31, 208, 211, numerales 2 y 5, de la Ley 599 de 2000⁴.

4. La audiencia preparatoria fue realizada el 21 de septiembre de 2016, en cuyo desarrollo la Juez con base en el artículo 356, numeral 5, de la Ley 906 de 2004, preguntó al acusado si aceptaba los cargos, ante lo cual él manifestó que sí era su deseo hacerlo, y tras verificar que éste se encontraba en sus cinco sentidos, que su manifestación correspondía a un acto consciente, libre, voluntario, debidamente asesorado por el defensor de confianza, le impartió aprobación, y luego de escuchar a las partes e intervinientes acerca de sus pretensiones sobre la pena a imponer, fijó fecha para emitir la respectiva sentencia⁵.

5. El 29 de septiembre de 2016, en armonía con lo anterior, el a quo declaró a DIEGO FERNANDO ORTIZ FRANCO autor responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, cometido en concurso homogéneo, y en tal virtud le impuso pena principal de doscientos cuatro (204) meses de prisión, así como la accesoria de ley por igual lapso, y le negó los subrogados penales, decisión contra la cual la asistencia técnica del acusado presentó apelación⁶.

6. La impugnación fue resuelta el 9 de diciembre de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el sentido confirmar el pronunciamiento atacado, sentencia de segunda instancia contra la cual el defensor del procesado interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación⁷.

LA DEMANDA

7. El recurrente planteó un cargo con sustento en la causal prevista en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, por violación al debido proceso a raíz del presunto desconocimiento del principio de congruencia.

Sustenta la queja en que la situación fáctica expuesta tanto en la imputación como de la acusación se apoya en lo narrado por la mamá de la joven ofendida en su denuncia, relato en el que no hay indicación de hechos de “acceso sexual”, pese a lo cual en el primer acto procesal aludido se le endilgó a su defendido el delito de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo, y en el segundo se modificó la calificación por la de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado y en concurso, sin que los hechos correspondan con lo jurídico.

Considera que la indicación de hechos fue ambigua en las comentadas audiencias, e impidieron al procesado conocer a ciencia cierta por qué delito aceptaba responsabilidad, además que la atribución del punible por el que finalmente fue condenado su representado está soportada en las “mentirosas” afirmaciones de la menor, consistentes en haber sido

“penetrada por el ano” situación descartada en el reconocimiento médico practicado a aquélla la fecha de la captura.

Con base en lo anterior solicita decretar la nulidad a partir de la presentación del escrito de acusación, con el fin de que se reponga lo actuado desde allí, con la indicación concreta de los hechos jurídicamente relevantes.

CONSIDERACIONES

8. Según lo establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, la casación es un mecanismo de control tanto constitucional (artículo 235-1) como 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 propósitos (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.

Para el cumplimiento de esos objetivos en el mencionado régimen procesal se dotó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de facultades sustanciales al conferirle, entre otras, la potestad de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso, e índole de la discusión lo ameriten.

Lo anterior no implica, sin embargo, que este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de puntos que han sido materia de controversia, pues, por el contrario, dada su naturaleza extraordinaria, quien acude al mismo debe ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados (por vicios in procedendo o in iudicando)

y desarrollarlos conforme a las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del ordenamiento procesal, con el fin de persuadir a esta Corporación de revisar el fallo de segunda instancia en procura de corregir la decisión que se acusa de ser contraria a derecho.

De ahí que el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 consagre que no será admitida la demanda si el actor carece de interés para acceder al recurso; el escrito es inconsistente, esto es, si su motivación no evidencia la potencial violación de garantías y, en términos generales, “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”, lo que puede presentarse cuando la Corte observe que los aspectos reprochados no tienen una incidencia sustancial en relación con lo decidido en el caso concreto, o que puede responder a los planteamientos del demandante sin recurrir a valoraciones de fondo acerca de lo que ocurrió en la actuación.

La Corte anuncia desde ahora que el libelo no será admitido con base en la norma atrás citada, porque la disertación ofrecida como sustento de la inconformidad no evidencia objetivamente vicios determinantes de una declaración contraria a derecho, requisito de técnica sin el cual la Sala carece de habilitación legal para revisar los fundamentos del fallo censurado en procura de hacer efectivos los fines inherentes a este recurso extraordinario, según reiterada jurisprudencia de la Corporación.

9. En efecto, la inconformidad planteada en el único cargo consiste en el desconocimiento del principio de congruencia, vicio que debe alegarse y acreditarse en sede de casación con apego a las exigencias de la causal consagrada en el artículo 181, numeral 2, de la Ley 906 de 2004, reservada justamente para proponer la vulneración del debido proceso “por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, y el axioma en cuestión, como se haya reconocido por inveterada jurisprudencia, es una de las garantías que integra el debido proceso.

La lesión de tal postulado, previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, puede ocurrir por errores de juicio jurídico o por desatinos de valoración probatoria, siendo carga de quien postula la afrenta elegir la senda apropiada para demostración del dolo.

Sin embargo, aun cuando en el presente asunto el censor recurrió a la comentada vía, al contrastar las razones expuestas como fundamento de la presunta lesión con absoluto rigor al devenir procesal, surge evidente el incumplimiento del principio de corrección material.

Lo alegado por el demandante es, como mínimo, desconocedor del principio de lealtad y buena fe, que como norma rectora se encuentra previsto en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, pues no es verdad que en las audiencias públicas de imputación y acusación la enunciación de los hechos por los que se inició la acción penal contra el procesado, se hubiese limitado a la escena que percibió la progenitora de I. M. B y que narró en la respectiva denuncia.

Con el fin de respaldar esa postulación el actor, pese a que es el mismo profesional que funge como abogado de confianza del procesado desde antes de la formulación de acusación, acude al engañoso proceder de solo citar reducidos, incompletos y selectos fragmentos del desarrollo de las audiencias de imputación y acusación, desfigurando de esa manera lo verdaderamente acontecido y plasmado en esos actos procesales, y que con estricta fidelidad corresponde a las precisiones que esta Sala hizo al resumir la actuación, de las cuales resulta evidente la absoluta incolumidad del principio y garantía de congruencia.

Llama la atención que en la audiencia de acusación el abogado defensor y hoy demandante, ningún reparo le mereció la formulación oral de los cargos, en los que en forma explícita se precisaron tanto los hechos que percibió directamente la progenitora de la agraviada, como los sucesos que la menor contó a los galenos que la valoraron en dos distintas entidades del Municipio de Viterbo, acto público en el que también la Fiscalía cumplió con la carga de

descubrir y entregar los respectivos elementos de persuasión que sustentaron la atribución del concurso homogéneo de delitos endilgado, tal y como puede constatarse al escuchar el contenido completo del audio correspondiente.

Y más sorprendente aún que el mismo profesional en la audiencia preparatoria acompañó, asesoró y avaló la decisión de su representado de aceptar los cargos presentados en la acusación, sin referir alguna anfibología, imprecisión o falta de claridad de las atribuciones fáctica y jurídica.

De ahí que para la Sala las alegaciones expresadas en la demanda, por su ostensible falta de corrección material, bajo el pretexto de denunciar la violación del principio de congruencia, solo encubren el improcedente propósito de desdecirse de la aceptación de responsabilidad, en contravía de la prohibición de retractación, intención que resulta aún más evidente cuando el memorialista entra a contradecir o a calificar de mendaces las imputaciones que la menor hizo contra el acusado, pese a que es sabido que por virtud del allanamiento no es posible una discusión de ese talante, al renunciar con ese mecanismo el procesado al debate probatorio en un juicio oral, público y concentrado.

10. En conclusión, como en el escrito estudiado no se demuestra objetivamente y ciñéndose a la realidad procesal, la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia hecha en las sentencias de primera y segunda instancia, se impone la inadmisión del libelo como perentoriamente lo ordena el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

Lo anterior sin perjuicio de puntualizar que la Sala no advierte situación alguna que legalmente la habilite para superar los defectos del reproche con el fin de decidir de fondo, ni observa violación alguna de las garantías fundamentales del enjuiciado con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio

de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

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

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el apoderado de DIEGO FERNANDO ORTÍZ FRANCO, respecto de la sentencia que en segunda instancia confirmó la condena emitida en su contra por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado, y en concurso material homogéneo.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Para entonces de 10 años de edad.
- 2 Carpeta principal, folios 38-40, 44, 46, 47, 63-65 y 76-80.
- 3 Carpeta principal, folios 3 y 4. CD contentivo del registro de audio de esa actuación, minuto 31:08 a 50:02.
- 4 Carpeta principal, folios 28-30. CD contentivo del registro de audio de esa actuación, minuto 15:15 a 22:27.
- 5 Carpeta principal, folios 36-37. CD contentivo del registro de audio de esa diligencia, minuto 19:05 a 25:10.
- 6 Carpeta principal, folios 93-102 y 104-107.
- 7 Carpeta principal, folios 132-142 y 151-167.