

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP4323-2015

Radicado N° 44866.

Aprobado acta No. 134.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 29 de junio de 2014, confirmatoria, con modificaciones en el monto de pena, de la emitida el 8 de abril de 2013, por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, en la cual se condenó a MACH, a la pena principal de 192 meses de prisión, como autor de los delitos de acto sexual violento, en concurso homogéneo sucesivo y a la vez heterogéneo con el delito de incesto. Allí mismo se decretaron las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual a la de la pena principal, y la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, por un término de diez años; de igual manera, se negaron al procesado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

H E C H O S

Dado el cambio comportamental de su hija MCG, quien a la sazón descontaba quince años de edad, su madre, NAG, decidió confrontarla, hasta obtener como respuesta que MACH, esposo de esta y padre de aquella, la venía sometiendo a vejámenes sexuales desde el mes de enero, hasta abril de 2009, en hechos que se ejecutaron en el interior de la residencia común, ubicada en el barrio (...) de la ciudad de Cali, Valle del Cauca, por cinco ocasiones y aprovechando que la progenitora de la joven salía a laborar.

DECURSO PROCESAL

Cumplida la orden de captura solicitada por la Fiscalía, el 2 de mayo de 2009 tuvo lugar la audiencia de legalización de la misma, ante el Juzgado 16 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Cali. Allí mismo se imputó a MACH, el delito de acto sexual violento, agravado por los numerales 2 y 7 del artículo 211 del C.P., en concurso homogéneo sucesivo; en concurso heterogéneo con la conducta punible de incesto. El imputado no se allanó al cargo.

En curso de la respectiva audiencia, se impuso a CH medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El escrito de acusación fue presentado el 28 de mayo de 2009. Consecuentemente, el 13 de agosto siguiente, ante el Juez 19 Penal del Circuito de Cali, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, en la cual se endilgó a MACH, el delito de acto sexual violento agravado, pero solo por la circunstancia determinada en el numeral 2° del artículo 211 del C.P., en concurso homogéneo sucesivo; a la vez en concurso heterogéneo con el punible de incesto.

El 26 de agosto de 2009, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

Los días 9 de diciembre de 2009; 10 de febrero y 6 de julio de 2011; y 25 de abril y 28 de noviembre de 2012, fue realizada la audiencia de juicio oral, al final de la cual el

funcionario judicial anunció sentido de fallo condenatorio.

El 8 de abril de 2013, se realizó la audiencia de lectura de la sentencia condenatoria de primera instancia, a cuya terminación la defensa interpuso el recurso de apelación, que dentro de los 5 días siguientes sustentó por escrito.

Finalmente, el 24 de junio de 2014, fue leída la sentencia de segundo grado, la cual confirmó la condena -aunque rebajo la pena al eliminar la agravante despojada para el concurso homogéneo de delitos de actos sexual violento- y por ello motivó el extraordinario recurso de casación presentado por el defensor del procesado, que ahora se analiza en su adecuada fundamentación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Cargo Primero (principal).

Lo enfile el demandante dentro de la causal de anulación establecida en el numeral segundo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, “por violación al Principio de Congruencia entre la acusación que hizo la Fiscalía 167 Seccional de Cali, adscrita al CAIVAS, el 13 de agosto de 2009 y la sentencia condenatoria”.

En aras de precisar su crítica, el demandante transcribe en su integridad lo consignado por la Fiscalía a modo de acusación en la correspondiente audiencia.

De ello extracta que la Fiscalía presentó como ocurridos, tres hechos diferentes referidos a: penetración por vía vaginal; actos libidinosos sobre el cuerpo de la afectada; y, acceso carnal por vía anal.

Esos hechos, acota, fueron calificados como acto sexual violento, conforme lo estipulado

sobre el particular por el artículo 206 del C.P., agravado de conformidad con lo expuesto en el numeral segundo del artículo 211 ibídem, en concurso heterogéneo con el delito de incesto.

A renglón seguido, transcribe el casacionista lo dicho por la Fiscalía, en su totalidad, como alegato de cierre del juicio, para de ello concluir que jamás “se refirió al tipo penal por el cual solicitaba condena”. Pese a ello, continúa, el juez de conocimiento condenó por el concurso homogéneo sucesivo de delitos de acto sexual abusivo, en concurso a la vez heterogéneo con el punible de incesto.

Después, el recurrente aborda el examen del principio de congruencia, derivando del mismo que la obligación de la Fiscalía de detallar la denominación jurídica de las conductas, no solo opera en el escrito de acusación y consecuente audiencia de formulación de esta, sino que remite a los alegatos conclusivos del juicio.

Entonces, acota, si la Fiscalía estableció tres hechos relevantes en la acusación (penetración vaginal, penetración anal y actos libidinosos), no es posible establecer congruencia cuando la Fiscalía en el alegato de cierre se refiere de manera general al comportamiento del acusado.

Seguidamente, el impugnante trae a colación jurisprudencia proferida por la Sala respecto del principio de congruencia y ello lo compagina con la transcripción de lo consignado en el fallo de primer grado acerca de la conducta por la cual solicitó condena la Fiscalía, para contradecir que de verdad, como lo sostiene el fallador, esa solicitud fuese dirigida al delito de acto sexual violento.

El sentenciador, añade el casacionista, suplió a la Fiscalía en la obligación de detallar de forma circunstanciada los delitos por los cuales solicitó condena, pasando por alto lo que al respecto consagra el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo, agrega el demandante, en el fallo de segundo grado se pasó por alto examinar oficiosamente el dicho principio de congruencia.

Entiende el impugnante que el fallador de primer grado vulneró el principio de congruencia -y por ese camino el debido proceso y derecho de defensa- cuando decidió condenar por seis delitos, aplicando la consecuente pena por ese concurso, sin tener en cuenta que dichas conductas no fueron objeto de acusación y tampoco sobre ellas pidió condena la Fiscalía en el alegato de cierre.

Pide, en consecuencia, “declarar fundada la causal invocada”.

1. Cargo segundo (primero subsidiario).

Lo radica el demandante por la vía indirecta del error de hecho por falso juicio de existencia.

A fin de precisar el cargo, parte por señalar cómo en la audiencia preparatoria la Fiscalía pidió recoger el testimonio de la médico forense Dineth Lucía Andrade, quien efectivamente acudió al juicio oral y allí declaró acerca de la experticia practicada a la víctima, validando el informe que se le puso de presente y sirvió de base a la opinión pericial, en el cual se advierte que la menor refirió haber sido penetrada, vía vaginal, por su padre.

Empero, afirma el casacionista, la menor dijo algo bien distinto ante la psicóloga forense, pues, según lo narrado en el juicio por la profesional Francia Elena Salcedo, la víctima referenció agresiones sexuales que nunca representaron acceso carnal.

Añade el recurrente que al informe psicológico se anexó el formato de entrevista con la

menor, destacando cómo apenas discurrieron 26 horas entre el momento en que el médico legista realizó la valoración sexológico y la entrevista surtida ante la psicóloga.

Sostiene el demandante que los falladores omitieron referirse a lo referido por la menor ante la médica legista Dineth Lucía Andrade, con lo cual pasaron por alto las normas que regulan la apreciación del testimonio, en tanto "...la víctima de abusos sexuales debido a las consecuencias por el impacto del acto que se le causa en su memoria, convierte su versión en altamente creíble. Pero también puede ocurrir, que el menor víctima, sea fácilmente sugestionable o carecer de pleno discernimiento".

La trascendencia de lo sucedido, estima el impugnante, remite a que con la prueba omitida se determina cómo la menor afectada brindó versiones diferentes respecto de los agravios padecidos, lo que ha de servir de base para determinar su credibilidad.

No hace el casacionista, en este acápite, ninguna solicitud en particular.

1. Cargo tercero (segundo subsidiario).

También por el camino indirecto del error de hecho, pero ahora dentro del falso juicio de identidad por cercenamiento, el recurrente significa que los falladores dejaron de considerar tópicos centrales de lo referido en su declaración por NAGL, madre de la víctima.

En particular, destaca el impugnante que durante su narración, ocurrida en curso del juicio, la referida testigo advirtió que su hija le confió haber sido "violada completamente" por el acusado.

Esa manifestación, destaca, se compadece con lo narrado por la afectada a la médica forense Dineth Lucía Andrade.

Si ello es así, acota, no puede el A quo sostener que las exposiciones de la madre de la afectada y las psicólogas, representen fiel reflejo de “aquellas quejas que la joven MCG realizó”.

Asevera el demandante que el cercenamiento de lo expresado por la testigo NG, condujo a que errara el fallador en su apreciación del conjunto probatorio y, por ende, dejara de verificar la mendacidad de lo dicho por la ofendida a la psicóloga Francia Elena Salcedo, referido a que su padre apenas ejecutó sobre ella actos libidinosos ajenos al acceso carnal.

A ello se suma, agrega el casacionista, la retractación realizada por la menor ante la psicóloga Genny Elizabeth Apráez.

De haber considerado las instancias en toda su integridad lo dicho por la madre de la menor, señala el demandante, habría colegido que efectivamente la retractación de la menor deriva no del deseo de ayudar al acusado, sino de los sentimientos “desviados” en la relación con el padre, como así lo sostuvo la psicóloga en cuestión.

Mucho más, acota, si la misma madre de la menor acepta que le pidió mentir a esta para satisfacer sus deseos de venganza, aunque advirtió que lo dicho por su hija inicialmente obedece a la verdad.

Eso que inicialmente sostuvo la víctima, añade el casacionista, es precisamente que se presentó un acceso carnal y no simples actos sexuales, aunque no existe certeza de cuándo mintió la afectada, dado que las instancias no analizaron en toda su extensión lo narrado por NAG.

Concluye significando el recurrente, que se erigen dudas acerca de la responsabilidad del procesado.

1. Cargo Cuarto (tercero subsidiario).

En la misma senda del error de hecho por falso juicio de identidad, dice el demandante que se cercenó el informe pericial rendido por la perito psicóloga Genny Elizabeth Apráez Villamarín, respecto de la entrevista rendida por NAGL.

En sustento de lo controvertido, señala el recurrente que la profesional de la psicología se valió, en aras de rendir su informe, de entrevistas practicadas a la víctima por ella y la también psicóloga Francia Elena Salcedo, el informe médico sexológico y la entrevista recibida a la madre de la menor. Ese informe rendido por la perito, agrega, fue ingresado expresamente como evidencia en curso del juicio oral, por lo que debe concluirse que contó como insumo con las entrevistas en cuestión.

Incluso la entrevista brindada por NAG ante la psicóloga, añade el impugnante, fue puesta de presente a esta por la Fiscalía cuando la interrogó en curso del juicio oral, reconociendo ella haberla rendido.

De haber tomado en consideración los juzgadores dicha entrevista, refiere el demandante, habrían advertido que la madre de la menor significa cómo esta le confió haber sido accedida por vía vaginal, y aseveró creer que las relaciones habían sido consentidas por la afectada y buscó con la acusación “separarme de mi esposo”.

Así, colige el recurrente, de no omitir los juzgadores lo dicho por la entrevistada, hubiesen verificado que desde un comienzo se perfilaban consentidas las relaciones sexuales, ratificando lo señalado por la menor en su retractación, confirmado en su

veracidad por la psicóloga Genny Elizabeth Apráez Marín.

1. Quinto cargo (cuarto subsidiario).

Sin abandonar la senda indirecta del error de hecho, pero ahora dentro del acápite del falso raciocinio, el impugnante dice que los falladores pasaron por alto las reglas de la sana crítica cuando valoraron los testimonios periciales rendidos por las psicólogas Francia Elena Salcedo y Genny Elizabeth Apráez Villamarín.

Luego de citar con amplitud lo referido por cada una de las peritos en el respectivo dictamen rendido durante el juicio oral, el demandante advierte que las instancias “se apartaron de las reglas de la sana crítica al desconocer las reglas de la lógica”, cuando desconocieron la justeza del dictamen rendido por la perito Genny Elizabeth, en tanto “las versiones de la menor víctima MCG, debe resultar excluyentes una de otra, si en cuenta se tiene el contexto es contrapuesto en su esencia, respecto una de otra, siendo imposible de esta manera, una conclusión de certeza sobre la conducta acontecida”.

Agrega que “riñe con la sana crítica testimonial”, que se estime verosímil lo dicho por la menor ante una de las profesionales de la psicología y no ocurra igual con lo expresado en similares circunstancias ante la otra.

Añade el recurrente que el quebranto “al principio de la sana crítica”, deriva de la existencia de otros elementos de juicio que corroboran lo expresado por la víctima en la retractación, para lo cual procede a realizar su particular valoración del conjunto probatorio.

De ese análisis concluye el impugnante en que no existe conocimiento más allá de toda

duda acerca de la existencia material de las conductas atribuidas al acusado.

En un acápite diferente al de los cargos planteados, el casacionista entroniza sus peticiones que, respecto del cargo principal, buscan la absolución del acusado por haberse vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa; y, atinente a los cargos subsidiarios, demanda similar efecto en lo que toca con los cinco delitos en concurso homogéneo sucesivo de acto sexual violento.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El demandante.

Aseveró que nada nuevo tiene para agregar o modificar a lo consignado en los cargos, razón por la cual apenas advierte que sus pretensiones siguen en pie.

2. La fiscalía.

En primer término, se refiere al cargo que por vulneración del principio de congruencia postuló el demandante, para señalar que respecto del tema de consonancia fáctica y jurídica la Corte no ha sentado una postura pacífica, aunque se verifica que el apartado fáctico es inmodificable desde la acusación, si bien reciente decisión de la Sala remite ese momento a la formulación de imputación.

Para el caso concreto, acota la funcionaria, los hechos permanecieron inmodificables desde la imputación hasta el fallo, no obstante algunas variaciones introducidas en la formulación de acusación que finalmente no fueron tomadas en cuenta por los sentenciadores.

Atinente a la crítica del recurrente referida a que el Fiscal del caso no estableció en el alegato de cierre del juicio oral el delito por el cual pedía condena, la representante

del organismo investigador elabora una disertación constitucional relacionada con el rol del fiscal y el del juez en el tipo de proceso contenido en la Ley 906 de 2004, para de ello concluir que una vez formulada la acusación, el fiscal adopta la condición de parte, en cuya consecuencia es al juez a quien corresponde decidir el litigio en seguimiento de los postulados de justicia material dispuesto en la Carta Política.

Por ello, agrega, el juez dentro de su facultad decisoria, no solo adopta criterios de imparcialidad e independencia, sino de “integralidad”, en virtud de lo cual puede resolver ampliamente el litigio, con base en lo demostrado durante el juicio, así el fiscal no hubiese precisado el delito por el que solicita condena (los hechos y su configuración jurídica ya están plasmados en la imputación y en la audiencia de formulación de acusación).

De otro lado, respecto de los cargos por errores de hecho, la funcionaria significa que los mismos se contraen a criticar que no hubiesen tomado en consideración los falladores la retractación de la menor víctima.

No obstante, reflexiona, ello es ajeno a la realidad, puesto que ambas instancias examinaron de forma amplia y detallada dicha retractación, solo que no dieron credibilidad a la misma, conclusión que derivó consecuencia de verificar el conjunto probatorio y, en particular, lo expresado por la sicóloga adscrita a Medicina Legal, referido a que la afectada no estaba en capacidad de consentir una relación sexual.

Pide, acorde con lo anotado, que no se case el fallo atacado.

1. El Ministerio Público.

Luego de delimitar en qué consiste el principio de congruencia, para cuyo efecto se

valió de jurisprudencia de la Corte, significa que la Fiscalía actuó dentro de los cauces legales, como quiera que en la acusación detalló cometidos los delitos de acto sexual, agravado, e incesto, y fue por dichas conductas punibles que se emitieron las condenas.

Añade, para contestar al demandante, que los alegatos de cierre del juicio oral no hacen parte del principio de congruencia, ni son vinculantes para el juez. Por ello, no debe prosperar el cargo.

Referido al segundo cargo, que define un error de hecho por falso juicio de existencia, remitido a la omisión en considerar el testimonio de la perito forense y el informe médico sexológico, sostiene el procurador que los falladores examinaron los medios legal y oportunamente recaudados, sin que tenga trascendencia el dictamen en cuestión, habida cuenta que la condena operó por el delito de actos sexuales violentos y no por acceso carnal.

En lo que toca con el cargo tercero, que dice cercenado el testimonio de la madre de la víctima, el representante del Ministerio Público destaca cómo NAG, se limitó a narrar lo que su hija le confió y ello fue ratificado con sus varias atestaciones e incluso con lo expuesto por la menor desde un principio.

Es por lo anotado, afirma, que el cargo no puede prosperar.

El cargo cuarto, que critica el cercenamiento del dictamen pericial, lo aborda el Procurador a partir de advertir que si bien, la víctima se retractó de lo dicho inicialmente, para agregar que fue objeto de acceso carnal pero consentido, ello no condujo a desnaturalizar su dicho inicial, en tanto, el juzgador lo estimó más creíble y atribuyó a un sentimiento de culpa el cambio de versión.

Entonces, colige, evidente que el fallador sí examinó el peritaje y asumiéndose más creíble la inicial atestación, ningún yerro es dable exponer, razón que conduce a

solicitar la no prosperidad del cargo.

Acerca del cargo quinto, que consigna un yerro de raciocinio, el agente del Ministerio Público observa que en Colombia no existe un sistema tarifado de análisis probatorio, por virtud de lo cual el fallador efectuó un examen conjunto de los distintos medios allegados, hasta concluir en el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad del acusado, en verificación que incluyó la retractación de la menor, estimada carente de crédito.

Como el demandante no demostró algún vicio valorativo, termina diciendo el Procurador, debe desestimarse el cargo y, en general, no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES

La Sala debe precisar que en uso del principio de prioridad, analizará en primer lugar el cargo de congruencia y después examinará cada una de las causales de violación indirecta aducidas por el recurrente.

a. Cargo primero (principal).

En aras de determinar adecuadamente el tema de discusión y la naturaleza del vicio, la Sala examinará en primer lugar la esencia y finalidades de la formulación de acusación, para después abordar el caso concreto.

1. La acusación, importancia y efectos.

De manera amplia y reiterada la Sala ha verificado la importancia del hito procesal

condensado, como acto complejo, en el escrito de acusación y la consecuente audiencia de formulación de la misma, en el entendido que su trascendencia se representa capital dentro del esquema de la Ley 906 de 2004 -como así ocurre también, cabe aclarar, en sede de Ley 600 de 2000-, en tanto, resume la pretensión punitiva del estado, en cabeza de la Fiscalía, dentro de unos derroteros fácticos y jurídicos concretos que se determina indispensables para el desarrollo del juicio y obligan, en respeto del debido proceso y el derecho de defensa, completa claridad y precisión.

Huelga anotar que dentro del concepto antecedente-consecuente o de compartimientos estancos que signa el proceso penal, la acusación perfeccionada se define obligada para la iniciación del juicio, a la manera de entender que si esta no se realiza o su materialización comporta vicios ostensibles, no cabe continuar con el trámite y el único remedio jurídico factible lo es la nulidad.

Sobre el particular, en reciente decisión esto acotó a Corte¹:

CARACTERÍSTICAS DE LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

No sobra recalcar, en primer lugar, que parece existir consenso acerca de la función tanto sustantiva como instrumental que en el sistema consagrado por la Ley 906 de 2004, cumple la formulación de acusación, en cuanto, además de representar la pretensión punitiva del Estado, decantada por la Fiscalía General de la Nación, implica la iniciación de la fase enjuiciatoria.

Es, así, por virtud de la formulación de acusación que dentro del postulado adversarial se traba la relación contenciosa entre la Fiscalía y la parte representada por el procesado y su defensor, facultando el proceso de partes que surge de los cargos en concreto presentados por la Fiscalía, además del correspondiente descubrimiento probatorio a partir del cual se trata de materializar el principio de igualdad de armas.

Ese acto de acusación, en la legislación colombiana, opera complejo, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, pues, demanda, a manera de requisito de validez, que previo a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, se presente por la Fiscalía un escrito de acusación que contenga aspectos básicos referidos a las partes, la delimitación fáctica de lo ocurrido, así como su denominación jurídica, y el anexo que contiene la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recolectado en su labor investigativa la Fiscalía.

(...)

El examen de lo contemplado en el Libro III, Título I de la Ley 906 de 2004, permite advertir que ese control debido adelantar por el Juez de Conocimiento en Colombia (en otras latitudes, donde la verificación es formal y material, se adscribe al juez de garantías, precisamente porque se entiende que no será éste, sea que se acepte o no la acusación, quien adelantará eventualmente el juicio), opera apenas formal -de esta manera sucede en Chile, para citar apenas un ejemplo cercano- sin que se verifiquen aspectos tales como la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener condena.

En este sentido, el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, acerca del trámite de la audiencia de formulación de acusación, estatuye:

“Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el Fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al Fiscal para que formule la correspondiente

acusación.

El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del Fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.”

Sobra anotar que los requisitos consagrados en el artículo 337, al que alude la norma citada, son enteramente formales, evidenciándose inconcuso que de ninguna forma el Juez de Conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía, entre otras razones, porque el anexo que se pide al funcionario encargado de la investigación no representa allegar efectivamente esos medios suasorios, sino relacionarlos e identificarlos, dado que, a renglón seguido, la defensa o los demás intervinientes podrán pedir al juez que ordene dejar conocer específicamente uno o varios de los elementos referenciados.

Las partes e intervinientes, a su vez, sólo pueden hacer pronunciamientos o solicitudes relacionados con el inicio del descubrimiento probatorio; la existencia de causales de impedimento, incompetencia o nulidades –también se faculta a la Fiscalía para que solicite la acumulación de causas por conexidad, acorde con el artículo 51 de la Ley 906 de 2004-; o la necesidad de que la Fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito de acusación, si no cumple con los presupuestos consagrados en el artículo 337.

Esa limitada posibilidad del juez y de las partes no sólo deviene de lo contemplado en el Título I del Libro III, sino que se asume consecuencia de hacer radicar el control en el Juez de Conocimiento que ha de adelantar hasta su final el juicio, dada la imperiosa necesidad de hacer valer en toda sus extensión el principio de imparcialidad, pues, sobra

anotar, mal puede conservarse el mismo cuando el funcionario ha abordado de lleno y por anticipado el examen de los elementos de juicio y su eficacia probatoria.

Ahora bien, el que en Colombia esa etapa intermedia o de control de la acusación –que, por lo demás, opera mixta, pues no implica apenas la verificación de los aspectos formales, sino la depuración del proceso y el primer momento fuerte de descubrimiento probatorio- no apareje la intervención del juez en aspectos materiales, de ninguna manera significa que su importancia es menor o demediada, a diferencia, por ejemplo, del papel trascendente que juega la resolución de acusación en el trámite regido por la Ley 600 de 2000.

Acerca de la trascendencia de la resolución de acusación y la claridad y precisión que deben contener los cargos, dada la prevalencia del principio de congruencia, dijo la Corte, en sede del sistema mixto o de tendencia acusatoria²:

“Como es ampliamente conocido, el Código de Procedimiento Penal que hoy rige no surgió como consecuencia de una simple variación legislativa, si no como efecto obligado del cambio de Constitución Política, en donde se dio un giro importante hacia la adopción del sistema acusatorio para el proceso penal, creando la Fiscalía General de la Nación y asignándole la misión de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (Art. 250 de la C. P.)

De manera que es dentro de la filosofía del sistema acusatorio que se deben interpretar las normas del Código, muy especialmente las que se refieren a las responsabilidades propias de los fiscales y de los jueces, tarea que no es fácil, como quiera que conlleva todo un cambio de mentalidad.

En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de “investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar”, ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la

ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación. (Art. 444 C. de P. P.).

Esto significa que el fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificadorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

(...)

El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.”

Esa argumentación construida para la que se entendía tendencia acusatoria del sistema penal, cobra mucha mayor relevancia ahora, en plena vigencia de la Ley 906 de 2004, pues, no cabe duda, la formulación de acusación, en cuanto materialización del principio acusatorio que consigna la específica pretensión del Estado, constituye piedra angular del juicio, límite fáctico y jurídico a lo que en él se tabula y, desde luego, ínsitos en su contenido y alcances se hallan caros derechos de las partes e intervinientes, entre los cuales destacan el debido proceso y derecho de defensa.

Ello encuentra su expresión más acabada en el principio de congruencia, que en clara articulación práctica del derecho de defensa propende porque al procesado no se le

sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados y por los cuales adelantó su tarea defensiva.”

No sobra resaltar, de lo transcrito, cómo la acusación destaca en su contenido material y procesal, con tan amplio radio de acción que de ella se exige, cuando menos, absoluta claridad y precisión en los cargos formulados, so pena de afectar no solo el derecho de defensa y debido proceso, sino la esencia misma del trámite, en el entendido que si la diligencia comporta irregularidad profunda, necesariamente, se reitera, afecta la totalidad de lo consecuente y reclama como único remedio la nulidad.

De esta manera, a título ejemplificativo, si a la audiencia no concurre la defensa del procesado, o el fiscal mismo, si se trata de extremar el ejemplo, ha de asumirse afectada profundamente su validez y, en consecuencia, menesterosa de nulidad la actuación.

En el mismo sentido, si se tiene claro que la diligencia comporta una doble teleología: procesal, para dar inicio al juicio; y sustancial, para determinar en concreto los cargos por los que debe defenderse el acusado en juicio; de materializarse un yerro que afecta profundamente estas finalidades básicas, ha de entenderse fallido el acto y, consecuentemente, digno de invalidez para restañar el daño y sus efectos, de conformidad con lo que al respecto reclama el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Por lo demás, acorde con la jurisprudencia citada y lo que la misma Ley 906 de 2004, contempla, aunque la intervención del juez de conocimiento es limitada, ello no implica que deba guardar silencio u omitir intervenir para verificar que la diligencia cumpla sus cometidos básicos y a la vez, respete los mínimos formales consagrados en la ley.

Entre otras razones, cabe reseñar, porque precisamente las exigencias formales tienen un claro acento sustancial, en el entendido que el escrito ha de consignar los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación, los datos específicos del acusado o acusados y, en

escrito anexo, el inicio del descubrimiento probatorio.

Precisamente, uno de los objetos centrales de la audiencia de formulación de acusación, atiende a la necesidad de que se concreten y verifiquen cubiertas dichas exigencias. Es por ello que, tal como define el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, se concede la palabra a las partes, para que expresen oralmente, entre otras, “las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”.

Ahora, como se trata de requisitos formales que redundan necesariamente en los fines del acto y, particularmente, en el debido proceso y derecho de defensa, la actitud del juez encargado de adelantar la audiencia no puede ser pasiva o meramente expectante, en tanto, su función primordial estriba en determinar cubiertos a satisfacción los presupuestos que lo gobiernan.

De esta manera, si se halla claro que el juez de conocimiento no hace control material pero sí formal de la acusación, lo menos que puede esperarse de él es que gobierne la diligencia para que cubra las expectativas contempladas en la ley, entre otras razones, se repite, porque el yerro, confusión, anfibología o limitación en el escrito y consecuente formulación de acusación, puede derivar en afectación profunda de garantías o del proceso mismo.

No es apenas por mero formalismo inane, entonces, que el artículo 337 de la ley 906 de 2004, demanda en su numeral segundo, que el escrito contenga “Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, en tanto, es en este apartado que se contienen los cargos -fundamento jurídico y fáctico de la acusación-, de los cuales debe defenderse en juicio el procesado.

Cuando se habla de cargos en la acusación, debería entenderse por la Fiscalía, que se trata

de condensar en unos hechos y consecuente denominación jurídica, la teoría del caso que emergió probable después de adelantar la correspondiente investigación.

Ello implica necesario que el Fiscal del caso asuma como propio su particular entendimiento de lo ocurrido y la connotación penal que apareja, para lo cual, sobraría anotar, es preciso, indispensable e ineludible, que en sus términos resuma en el escrito la decantación de la investigación, sin remisión a pruebas, ni mucho menos, transcripción del contenido de las mismas –entre otros motivos, porque el descubrimiento probatorio opera para las partes y no respecto del juez quien, por ocasión del principio de imparcialidad, no debe conocer el sustrato probatorio de lo afirmado por el Fiscal-.

Del apartado fáctico del escrito de acusación, entonces, se espera que exprese en lenguaje sencillo, pero claro y suficiente, qué fue lo sucedido, dónde y cuándo ocurrió, cómo se presentó el hecho y, si se posee la información, por qué se materializó este.

De ninguna manera es posible entender adecuadamente surtida una acusación que no corresponde al particular entendimiento del Fiscal de lo sucedido, sino a la transcripción de piezas probatorias, en ocasiones inconexas o contradictorias, porque allí no existe una determinación precisa y expresa de las circunstancias con connotación jurídica que estima el fiscal configuran el cargo o cargos dignos de dar a conocer al acusado para convocarlo a juicio.

Cuando el escrito de acusación no detalla de manera clara y precisa, sin lugar a equívocos o confusiones, cuáles específicamente son los hechos, junto con su determinación típica completa, que el fiscal entiende configuran los cargos por los que debe defenderse el acusado, es necesario que las partes –o el mismo fiscal, cuando advierta el yerro- acudan al espacio procesal ofrecido en la audiencia de formulación de acusación en aras de aclarar, adicionar o corregir lo allí plasmado.

Pero, si las partes no obran así, corresponde al juez, por consecuencia del control formal que habilita la ley realice de la acusación -como quiera que el numeral segundo del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, consagra perentorio para el escrito de acusación la relación clara y sucinta de los hechos-, exigir del fiscal la necesaria aclaración, corrección o complementación que habilite cumplir con lo reclamado en la norma.

Huelga anotar que ello ninguna implicación formal o material tiene en el principio de imparcialidad, en tanto, no se trata de que el juez admita o controvierta determinada auscultación de los hechos o de su denominación jurídica, sino de que busque resguardar la esencia procesal y sustancial de la acusación, a través de la definición de cuáles son los cargos precisos por los que se llama a juicio al procesado.

1. El caso concreto.

La Corte, aunque parezca farragoso, estima necesario transcribir al detalle, en lo que interesa a la discusión, el contenido expreso del escrito de acusación, pues, solo de esta manera objetiva es factible verificar si el acto complejo cumplió cabalmente con su esencia y finalidades.

El documento reposa de folios 16 a 21 de la carpeta N° 1, y luego de referenciar los datos de individualización del acusado, entroniza un acápite con el título “DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN SIN ALLANAMIENTO A CARGOS”, destinado a referir lo que aconteció en dicha audiencia preliminar.

A renglón seguido, en el numeral 4°, rotula “DE LOS HECHOS FÁCTICOS”, para describir así lo sucedido:

ESTOS SE RETROTRAEN AL DÍA 26 DE ENERO DE 2009, CUANDO LA SEÑORA NAG INFORMA QUE EL 13 DE ABRIL DE 2009, LLEGO DE LABORAR A ESO DE LAS CINCO DE LA TARDE, AFIRMA QUE CONVIVE CON EL SR. MAC Y QUE SUE SPOSO HA ESTADO MUY

CAMBIADO Y QUE LLEGA A SU CASA A LAS 5 Ó 6 DE LA MAÑANA ALICORADO, INFORMA QUE DICHO CAMBIO TAMBIEN LO HA MANIFESTADO CON LA NIÑA Y QUE LE HABIA INFORMADO QUE DE PRONTO LA MENOR SE ENCONTRABA EN EMBARAZO E INCLUSO LE MANIFESTO SU DESEO DE SACAR A LA NIÑA DEL COLEGIO Y A RAIZ DE ELLO, LA DENUNCIANTE ABORDO A SU MENOR HIJA Y LE INQUIRIO QUE POR QUE ESTABA TAN CAMBIADA Y QUE POR ELLO EL LA IBA A SACAR DEL COLEGIO, POR GROSRA Y PATANA, INFORMA QUE LA MENOR SE QUEDO CALLADA Y AL INSISTIR CONTINUABA CON SU ACTITUD PASIVA Y SE PUSO PALIDA Y EMPEZO A LLORAR Y AL INSISTIRLE, LE INFORMA A SU MADRE QUE SU PADRE LA HABIA VIOLADO EN VARIAS OCASIONES Y QUE NO LE HABIA CONTADO POR QUE SU PADRE LA HABIA AMENAZADO CON MATARLA Y DESPUES MATARSE EL.

SE ALLEGÓ EL REGISTRO DE NACIMIENTO NRO. (...) DE LA NOTARIA NICA DEL MUNICIPIO DE SAN CARLOS, ANTIOQUIA ENDONDE (sic) CONSTA QUE LA MENOR MCG NACIO EL PASADO 15 DE MAYO DE 1993, ES DECIR CUENTA CON 15 AÑOS DE EDAD.

SE PRACTICO VALORACIÓN MEDICO LEGAL SEXOLOGICA A LA MENOR MCG EL PASADO 14 DE ABRIL DE 2009 POR PARTE DE LA DRA. DYNETH LUCIA ANDRADE CALLE, PROFESIONAL FORENSE ESPECIALIZADO EN DONDE EN LA ANAMNESIS REFIERE LA MENOR: "MI PADRE MA ME PENETRO POR LA VAGINA EN VARIAS OCASIONES EL ME AMENAZABA QUE ME IBA A MATAR Y EN VARIAS OCASIONES ME COGIO POR EL CUELLO CON LAS MANOS". CONCLUYENDO EL EXAMEN: PRESENTA HIMEN FESTONEADO INTEGRO ELASTICO LO CUAL INDICA QUE PUEDE PERMITIR EL PASO DEL MIEMBRO VIRIL ERECTO SIN DESGARRARSE, TONO ANAL NORMAL, NO HAY DESFLORACIÓN NO HAY SIGNOS DE MANIOBRAS SEXUALES..."

SE RECEPCIONO DILIGENCIA DE ENTREVISTA A LA MENOR OFENDIDA MCG POR PARTE DE LA SICOLOGA ADSCRITA AL C.T.I. DRA FRANCIA ELENA SALCEDO, CON LA PRESENCIA DE LA DEFENSORA DE FAMILIA, DRA. MARGARITA LUCIA ZAMORA DAVILA, EL PASADO 15 DE

ABRIL DE 2009, EN DONDE LA MENOR INFORMA QUE EL PRIMER ACONTECIMIENTO LO VIVENCIO EL PASADO 26 DE ENERO DEL PRESENTE AÑO, COMO A LAS 5 DE LA MAÑANA, SU MADRE SE HABÍA IDO A LABORAR Y SU PADRE LA ACOMPAÑABA HASTA LA ESQUINA Y SE DEVOLVIA PARA LA CASA, QUE LA MEOR (sic) SE ENCONTRABA EN SU HABITACIÓN, DORMIA SOLA, SUPAPA ENTRO A LA PIEZA Y LA NIÑA VESTINA (sic) UN CAPRI Y UNA BLUSA Y SU PADRE SE LE ACOSTO EN SU CAMA Y NO DECIA NADA, COMENZO A DARLE BESOS EN LOS HOMBROS Y EN LA CARA, AFIRMA QUE CUANDO SU PADRE INGRESO A SU CUARTO SOLO TENIA UNA TOALLA ENVUELTA DESDE LA CINTURA, NO TENIA CAMISA, NI ROPA INTERIOR, EMPEZO A BESARLA Y EMPEZOA QUITARLE EL CAPRI Y LE BAJO LOS INTERIORES, LA BUCA (sic) DE LADO Y COMIENZA A SOBARLE EL PENE EN LA COLA, EL HACIA FUERZA HACIA ATRÁS Y LE DOLIA COLA, NO DECIA NADA, AFIRMA QUE ESTA CONDUCTA LA DESARROLLA SU PADRE POR ESPACIO DE CUARENTA MINUTOS, LA NIÑA AÑADE QUE ELLA OPTA POR DEFENDERSE, LE DABA GOLPES, PUÑOS, PATADAS Y EL LE PEGABA CON LA MANO EN LA CARA Y ES CUANDO OBSERVA QUE A SU PADRE LA SALE SEMEN DE SU PENE, SE LIMPIA Y SALE EN SILENCIO, ELLA SE QUEDA LLORANDO, CUANDO LLEGAN SUS HERMANITOS Y LE PREGUNTMAN QUE POR QUE LLORA, PERO ELLA DICE QUE POR NADA SE VISTEN Y SE VAN A ESTUDIAR. AFIRMA QUE ESTOS HECHOS SUCEDIERON ALREDEDOR DE CINCO VECES, ES CLARA EN AFIRMAR QUE NUNCA LE INTRODUJO EL PENE, Y QUE SOLAMENTE SE LO SOBABA, CUANDO TRATABA DE INTRODUCIRLE EL PENE ELLA REACCIONABA PORQUE LE DOLIA, EL LA ESTRUJABA Y CUANDO LE SALIA EL SEMEN, SE LEVANTABA Y SE IBA PARA SU CUARTO, AFIRMA QUE EL ULTIMO SUCESO OCURRIO EL PASADO 11 DE ABRIL DE 2009.

TAMBIEN SE LE PRACTICO DILIGENCIA DE ENTREVISTA ALA SEÑORA NAGL, MADRE DE LA MENOR VICTIMA MCG, QUIEN INFORMA QUE SE ENTERO DE TALES HECHOS IRREGULARES A TRAVES DE SU HIJA, CUANDO ES INTERROGADA POR EL CAMBIO DE ACTITUD CON SU PADRE, Y ES CUANDO LA MENOR LE INFORMA QUE HA SIDO VIOLADA POR SU PROGENITOR, AFIRMA QUE EN REITERADAS OPORTUNIDADES, PUDO OBSERVAR

A SU HIJA BESANDOSE EN LA BOCA CON SU PADRE, PERO QUE ELLA NO LE PARECIO RARO, INFORMA IGUALMENTE QUE M LE HA RECONOCIDO QUE HA SOSTENIDO RELACIONES SEXUALES CON SU HIJA Y QUE EN VARIAS OPORTUNIDADES INTRODUJO SU PENE EN AL VAGINA DE SU HIJA, PERO QUE ELLO OBEDECIA A QUE LA MENOR LO CONSENTIA”.

Basta leer el contenido del acápite de hechos, para advertir de entrada la inconsonancia de los mismos, no solo porque la Fiscalía nunca estableció claramente y con precisión qué fue lo ocurrido, conforme su particular teoría del caso, sino porque al valerse del recuento de lo recogido probatoriamente, deja en la indefinición el tópico, evidente que se trata de elementos suasorios cuando menos contradictorios en lo que toca con el tipo de maniobras sexuales realizadas por el acusado.

No en balde, aunque de las declaraciones iniciales de la madre de la menor y esta, se pudiera referenciar inconcuso el delito de acceso carnal violento cometido en concurso homogéneo sucesivo, ya luego, cuando se relaciona la entrevista rendida por la víctima ante la psicóloga adscrita a C.T.I., lo verificado es que el vejamen se limitó a tocamientos (“ES CLARA EN AFIRMAR QUE NUNCA LE INTRODUJO EL PENE”).

De esta manera, nunca del contenido del escrito de acusación puede definirse cómo ocurrieron los hechos, o mejor, cuáles son los que estima la Fiscalía gobiernan el llamamiento a juicio del acusado.

Desde luego, una tan profunda indeterminación en lo sucedido no solo desnaturaliza la esencia del pliego de cargos, sino que limita en extremo el derecho de defensa y, finalmente, impide definir el extremo fáctico necesario para controlar la congruencia con el fallo.

De similar manera ambigua, confusa e imposible de concretar, se alza la denominación jurídica de lo ocurrido, en tanto, a más que no se destina un apartado específico para el efecto, la única referencia normativa opera apenas a título de referencia de lo sucedido en

la audiencia de formulación de imputación, donde el imputado fue enterado de que se le investigaba por el delito, en concurso homogéneo sucesivo, de acto sexual violento.

Y no puede afirmarse de manera inconcusa que, entonces, esta es la conducta punible escogida por la fiscalía en el escrito, para convocar en juicio al procesado, dado que más adelante, en un apartado que denominó “6. DE LOS PRESUPUESTOS LEGALES PARA SOPORTAR LA CONDUCTA PUNIBLE MATERIA DE INVESTIGACIÓN (sic)”, no empecé omitir cualquier denominación legal o norma, sostuvo “LA VÍCTIMA ES LA MENOR MCG QUIEN FUE ACCEDIDA VIA VAGINAL POR SU PROGENITOR SEÑOR MACH, HECHOS QUE ACABECIERON A FINALES DE ENERO DE 2009, HASTA EL 11 DE ABRIL DE 2009, EN EL LUGAR DE RESIDENCIA DE LA MENOR OFENDIDA, DIAGONAL (...) DEL BARRIO (...) DE CALI, POR ENDE ESTA ACUSACIÓN SE ORIENTARA A DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL SEÑOR MACH, IDENTIFICADO CON LA C. DE C. NRO. (...)...”

Nada más, dentro del escrito de acusación, se consigna para definir el hecho o su denominación jurídica.

Desde luego, como es la audiencia de formulación de acusación el escenario propicio para corregir, ampliar o aclarar el escrito en cuestión, se verificó el audio de la diligencia realizada el 13 de agosto de 2009 y del mismo pudo extractarse lo siguiente:

-A la audiencia de formulación de acusación acudió un Fiscal diferente de aquella que diligenció el escrito de acusación e incluso del que se hizo presente en la diligencia fallida prevista para el 10 de julio de 2009 –en la cual la defensora manifestó que era deseo del procesado cambiar de abogada-.

- Una vez el juez inquirió por la presencia de las víctimas, el Fiscal adujo que desconocía algo al respecto, porque pensó que había sido convocado a una audiencia preparatoria.

-Clarificado el aspecto de las víctimas, dado que la madre de la menor afectada sí fue convocada y asistió a la audiencia, se dio un espacio temporal para que la nueva defensora leyera el escrito de acusación.

-Otorgada la palabra para referirse a causales de nulidad, impedimentos, incompetencia, recusación, o con el fin de realizar correcciones, ampliaciones o aclaraciones al escrito de acusación, las partes advirtieron acorde con las normas legales lo adelantado.

-Ante la inexistencia de controversia o solicitudes puntuales, se otorgó la palabra al Fiscal para formular la acusación, que, en el apartado fáctico, se limitó a la lectura íntegra del acápite rotulado como "DE LOS HECHOS FÁCTICOS".

-No obstante, al momento de definir típicamente los hechos relatados, el fiscal advirtió que se encuadran en los artículos 206 y 211, numerales 2 y 5, del Código Penal, en consonancia con el artículo 237 ibídem. Aseveró, así mismo, que se trata de un concurso homogéneo y a la vez heterogéneo de delitos.

-A renglón seguido, para soportar la determinación típica referenciada, el Fiscal destaca que si bien es cierto, en la entrevista rendida por la madre de la menor, esta advirtió que el acusado admitió haber penetrado con su miembro viril a la menor, se debe tomar en consideración que la víctima en la entrevista efectivamente afirmó haber sido mancillada sexualmente, pero advirtió que nunca su padre la accedió carnalmente.

- De igual manera, resalta el Fiscal que se aportó registro civil de la menor, donde se verifica que para la época de los hechos descontaba ella apenas 15 años.

-A continuación, el fiscal detalla cada una de las normas que regulan los delitos objeto de atribución penal (arts. 206, 211-2 y 5, y 237, de la ley 599 de 2000), detallando las penas inscritas para los mismos, aunque elimina la causal 5° del artículo 211 del C.P., por

entender que no se configura.

-Por último, el Fiscal detalla los elementos materiales probatorios y evidencia física recopilados, así como los anexos; adicionando el escrito con la presentación de dos nuevos elementos de juicio.

-Solicitado por el juez que precise las correcciones y adiciones al escrito de acusación, de nuevo el Fiscal delimita que se trata de varios delitos de acto sexual violento, art. 206 del C.P., con la agravante dispuesta en el numeral 2° del artículo 211 ibídem, en concurso heterogéneo con el delito de incesto, art. 237 siguiente.

-La defensa no hace ningún reparo a la acusación presentada por la Fiscalía, limitándose a pedir que se haga el descubrimiento probatorio.

-Finalmente, el juez incorpora al escrito de acusación las correcciones y adiciones presentadas por el Fiscal.

Tan amplio detalle de lo sucedido en la audiencia de formulación de acusación, permite verificar indiscutible a la Corte, que si bien, el escrito de acusación representa prueba acabada de dejadez, confusión, ambigüedad y contradicción, cualquier efecto nocivo que sobre el debido proceso o el derecho de defensa allí se contuviera, fue adecuada y suficientemente enervado con la intervención del Fiscal en curso de la subsecuente audiencia de formulación de acusación, en tanto, precisó no solo los hechos que gobiernan la convocatoria a juicio, sino su específica denominación jurídica.

No puede caber asomo de duda, porque no solo lo dijo expresamente, sino que lo reitero, leyó las normas y estableció el monto punitivo pasible de aplicar, de que el Fiscal delimitó sin ambages ejecutados varios delitos de acto sexual violento agravado, conforme lo establecido en los artículo 206 y 211-2, del C.P., en concurso heterogéneo con el delito de incesto dispuesto en el artículo 237 ibídem.

Pero, además, para eliminar la confusión consignada en el acápite de hechos del escrito de acusación, el funcionario adscrito al ente investigador, de forma expresa significó que lo ocurrido se consigna en la declaración vertida por la víctima ante la perito del C.T.I., esto es, que se trató de actos sexuales -besos en la cara y los hombros, a más de rozar su pene en la vagina y el ano-, pero sin penetración del miembro viril en estas cavidades.

De forma específica, también, el fiscal se refirió a lo narrado por la madre de la víctima acerca del acceso carnal, pero de entrada lo descalificó, asumiendo propio de la teoría del caso de la fiscalía, lo correspondiente al vejamen ausente de penetración anal o vaginal.

Ello lo efectuó el funcionario dentro del espacio propicio para presentar de viva voz la acusación, y las correcciones fueron incorporadas por el juez al final de la diligencia, sin que la defensa hiciera algún tipo de manifestación, en muestra clara de que conoció y entendió cuáles fueron los cargos por los que se llamó a juicio al acusado, en su doble connotación fáctica y jurídica.

Bajo estas consideraciones, para la Sala es claro que no asiste la razón al demandante cuando señala en el cargo que la fiscalía “esbozó tres hechos circunstanciados”, atinentes a penetración vaginal, penetración anal y actos libidinosos.

Con el simple registro de lo ocurrido en la dicha diligencia, fácil se verifica, porque expresamente así lo consignó el Fiscal, que al acusado solo se le atribuyeron los actos libidinosos.

De la misma manera, asiste la razón a la Fiscal delegada ante esta Corporación, cuando sostiene que la atribución jurídica de los hechos permaneció incólume desde la formulación de imputación, en tanto, escuchados los audios y examinado en contenido de los fallos, no se controvierte que desde el comienzo al acusado se le dice autor de varios

delitos de actos sexuales violentos, en consonancia con el incesto; así se le dio a conocer en la formulación de imputación, negándose a aceptar dichas conductas, lo precisó el fiscal en cuso de la audiencia de formulación de acusación, y lo detallaron los falladores en las sentencias.

En consecuencia, no es posible significar, de un lado, que se violase el debido proceso o derecho de defensa; y del otro, que exista incongruencia, entendida esta como la necesaria consonancia fáctica entre lo consignado en la imputación, la acusación y lo fallado; y coincidencia jurídica entre lo delimitado en la acusación y lo que en la sentencia se plasma.

Ahora bien, el demandante fundamentó materialmente su crítica a la omisión del Fiscal en el juicio –en cuanto, no precisó los delitos por los cuales solicitaba condena-, que estima vulneratoria del principio de congruencia, en que la acusación contemplaba tres diferentes hechos y, entonces, debería el funcionario haber precisado cuál de todos es el que sustenta su solicitud de condena.

Empero, ese silencio, o mejor, olvido del fiscal, se torna completamente inane, en términos de afectación de derechos o configuración del extremo necesario para componer la condena por específico delito, cuando se tiene claro, conforme lo arriba detallado, que de manera expresa y precisa el funcionario encargado de la acusación, durante la audiencia de formulación de la misma, delimitó sin ambages que se trataba de actos libidinosos en varias ocasiones (5) ejecutados por el acusado, conforme lo narrado por la víctima a la psicóloga adscrita al C.T.I., regulados por los artículos 206 y 211 del C.P., a lo cual se suma el delito de incesto.

Sin que quepa duda al respecto, para la Corte asoma ostensible que aún dentro del silencio que gobernó el alegato de cierre de la fiscal, la sola auscultación de su intervención, transcrita en el cargo por el recurrente, permite señalar evidente su

intención de que se condene por los cargos consignados en la acusación, no solo porque siempre se refirió a las conductas “endilgadas” al procesado, se entiende, en la acusación, sino porque al inicio de la alegación significó expresamente que, efectivamente, cumplió, a partir de las pruebas practicadas, su promesa, establecida en el alegato de apertura, de probar “más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del señor C en los hechos que se le han endilgado por abuso sexual de la niña...”.

Estima la Corte, independientemente del debate jurídico entronizado por la Fiscal en la audiencia de alegaciones orales, que aquí no se trata de examinar si el representante del ente investigador debe o no pedir condena por determinado delito en sede del alegato de cierre de la audiencia de juicio oral, sino de definir si lo actuado en dicho espacio procesal efectivamente comporta las notas necesarias para asumir que solicitó la condena y ello remite a una específica conducta o conductas punibles.

La respuesta, se reitera, opera positiva, porque si bien, la funcionaria no dijo de manera detallada, con la definición de los delitos y las normas que los contienen, que se emitiera fallo adverso al acusado, el examen del contexto de su intervención permite verificar incontrovertible que reclamó en contra de MACH, la condena por los delitos que le fueron endilgados en la acusación.

Y no es que, como lo sostiene el recurrente, los jueces reemplazaran al Fiscal o escogieran motu proprio los hechos y delitos objeto de sentencia, sino que interpretaron lo obvio y en consecuencia actuaron.

Tan evidente lo pretendido por la fiscal en el alegato de cierre, que ninguna controversia generó su postura -en torno del delito de actos sexuales violentos- en los alegatos subsecuentes de la Procuradora y el defensor, mismo profesional que presentó la demanda de casación.

Incluso, al final de su alegación, el defensor solicitó expresamente que se profiera sentencia absolutoria “respecto del acto sexual violento que le fue endilgado de manera sucesiva...”; luego, pidió condena por el incesto.

Ostensible surge, entonces, que no solo los jueces, sino las partes, entendieron perfectamente que la Fiscalía pidió condena, en su alegato de cierre, por los delitos de acto sexual violento (en concurso homogéneo sucesivo), en concurso heterogéneo con incesto.

El cargo, por lo anotado, no prospera.

b) Cargo segundo (primero subsidiario).

Aduce el demandante que se dejó de considerar una prueba fundamental, referida al dictamen pericial rendido por la médico forense, en el cual se contiene, o mejor, íntegra la anamnesis y, en concreto, el relato que de lo ocurrido hizo ante el facultativo la menor.

En tratándose de un vicio objetivo, que dice relación no con la valoración que de la prueba hace el fallador, sino con lo que ella literalmente contiene, para verificar ocurrido el yerro apenas basta con examinar si el sentenciador consideró o no el medio en cuestión, dado que lo alegado es pasarlo por alto.

Al efecto, lo primero que cabe relevar es que la definición del tema obliga estudiar tanto la sentencia de primero, como la de segundo grados, dado que ambas se complementan, para el caso concreto, en atención a que llegan igual conclusión y se nutren de similares predicados argumentativos.

Y ello es apenas obvio porque, se hace necesario precisar, la intervención del fallador de segundo grado está necesariamente ligada, por virtud del principio de limitación, a los

aspectos concretos objeto de impugnación. En el asunto debatido, se tiene claro que la apelación de la defensa se dirigió exclusivamente a controvertir el poco peso que el fallador A quo dio a la retractación de la menor.

Ahora bien, el examen detallado del contenido de los fallos, permite verificar inconcuso que el yerro propuesto no se materializó y, en consecuencia, carece de soporte fáctico el cargo.

En efecto, acerca del informe médico sexológico, después nutrido como prueba en el juicio con la intervención directa de la perito, expresamente se refirió el A quo, detallando el contenido que ahora echa de menos el demandante.

Al momento de abordar la que el fallador de primer grado rotula como “FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA”, en el párrafo dos de la página dos de la sentencia, esto se anotó:

Hechos que el 14 de abril de 2009, son corroborados por la menor ante la médico legista doctora DINETH LUCÍA ANDRADE CALLE, donde la menor refiere que su padre en varias ocasiones la penetraba por la vagina, y que cuando no se dejaba le pegaba o la cogía por el cuello.

Más adelante, cuando se relaciona el material probatorio acopiado en el juicio, expresamente también, el despacho referencia la prueba en cuestión.

Ya en el estudio de lo practicado en el juicio, de manera concreta se resume lo sostenido en la audiencia por la médica forense respecto del examen practicado a la menor.

Como la apelación de la defensa se limitó a discutir la esencia de la retractación realizada por la menor ante una de las psicólogas, el fallador de segundo grado limitó su análisis a confrontar esa retractación con lo sostenido por la víctima ante la otra profesional en la

materia.

Entonces la necesaria auscultación del contenido de los fallos, medio esencial en aras de demostrar materializada o no la causal objetiva remitida al falso juicio de existencia por omisión, permite advertir que el medio referenciado por el demandante sí fue considerado, además de forma expresa, por el A quo, sólo que no dio al mismo el alcance que dentro del apartado de trascendencia ahora pretende entregarle el recurrente.

Vale decir, si bien, el juzgador de primera instancia conoció y detalló que la menor informó a la médica haber sido accedida carnalmente por medios violentos, entendió que resultaba más creíble, conforme lo que respecto a la entrevista concluyó la perito psicóloga, la manifestación realizada después en el examen desarrollado por esta, en atención a lo cual definió que si bien violento, el hecho reiterado corresponde a varios actos sexuales y no el acceso inicialmente descrito.

Que el sentenciador no se detuviera en la prueba en cuestión, u omitiera realizar sobre la misma una amplia disertación jurídica o probatoria, no advierte de desatención de la misma, sino de la importancia demediada que en el ámbito valorativo le otorgó.

Bajo esta consideración, evidente que no se presentó el hecho motivo de cuestionamiento en el cargo, este debe ser desestimado.

c) Cargo tercero (segundo subsidiario).

Respecto del falso juicio de identidad propuesto, como se trata también de un yerro objetivo, para determinar si ocurrió o no basta con examinar las decisiones de las instancias a efectos de verificar si el apartado (dice el demandante que ocurrió por cercenamiento de la integralidad de lo dicho por la madre de la menor en la declaración surtida en juicio) fue pasado por alto por las instancias y ello representa elemento fundamental en el conjunto suasorio.

En concreto, lo que quiere destacar el impugnante es que la madre de la víctima dijo en el juicio que esta le confió, cuando la encaró por su comportamiento errático de los últimos días, que su padre la había violado, entendido esto como acceso carnal violento, no obstante lo cual las instancias desconocieron tan importante manifestación, que advierte de mendacidad en la menor, pues, ante la psicóloga adscrita al C.T.I., sostuvo que se trató de actos sexuales distintos del acceso.

Tampoco aquí asiste la razón al demandante, como quiera que el fallador de primer grado sí tuvo en consideración lo que la madre de la víctima afirmó en la audiencia de juicio oral y, en particular, el apartado referido a lo confiado por su hija tan pronto la confrontó, referido a la violación, entiéndase acceso carnal, de que la había hecho objeto su padre.

Esto expresamente consigno al respecto el A quo, cuando se refiere a las pruebas presentadas por la Fiscalía³:

Declara la señora NAGL, madre de la menor M.C.G., afirma que es casada con MAC, desde 1992, con quien tiene cuatro hijos, que le instauró denuncia debido a las manifestaciones de su hija mayor M.C.G. quien le indicó que su padre le había hecho daño, que la había violado (...) indicándole la menor que eran de todo tipo (...)

Y, ya en curso del análisis probatorio, reiteró la remisión a lo dicho por la madre de la menor en su declaración jurada en juicio, de la siguiente forma⁴:

La señora NAG, madre de la menor M.C.G., expone que como observara a aquella muy cambiada con el papá MAC, la requirió al respecto, quedándose callada, al insistir continuaba con su actitud pasiva, se puso pálida y empezó a llorar, como le insistió, le informó que su padre la había violado en varias ocasiones y no le había contado porque aquél la había amenazado con matarla y que después se mataba él.

Pero, además, confrontó eso que dijo a su madre, con lo afirmado por la víctima a la perito psicóloga del C.T.I.

Esto se anotó en la sentencia de primer grado⁵:

Es que nos cuesta trabajo creer que por el solo hecho de haberla reprendido su padre, y, por haber cambiado éste desde el momento de la muerte de una hermana suya, una persona normal, como lo es M.C.G., tal como lo conceptuaron la Psicóloga adscrita al C.T.I., de la Fiscalía, Francia Elena Salcedo, y, la Dra. Genny Elizabeth Apraez Villamarín -Profesional Universitario Forense, adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, vaya a asumir comportamiento tal, como endilgar en cabeza de su papá, los graves hechos que en los albores de la investigación dio a conocer a su señora madre, y, seguidamente en entrevista, a las profesionales atrás referenciadas, como que fuera objeto y por cinco ocasiones de actos sexuales violentos...”.

El Tribunal tampoco fue ajeno a lo dicho en juicio por la madre de la menor, en tanto, al momento de evaluar la credibilidad inserta en lo depuesto inicialmente por la víctima, contrastado con su retractación, expresamente trajo a colación, transcribiendo el apartado que echa de menos el recurrente en casación, lo referido por la progenitora de la joven en el juicio, así⁶:

...fue muy poco lo que ella me dijo, lo que me dijo fue que el sí la había violado y que ella no me había dicho nada antes porque él la había amenazado que si ella decía algo la mataba y luego se mataba el...

(...)

Yo le pregunté exactamente qué le había hecho y ella me dijo que había sido de todo (...) me dijo que él le pegaba, le alcanzó a reventar la nariz cuando ella no quería aceptar nada”.

Ahora, cuando las instancias relacionan que existe coincidencia entre lo dicho por la madre de la menor y lo consignado por las sicólogas como resultado de la entrevista surtida con esta, no es, como ya se vio, por consecuencia de desconocer algún apartado de lo referenciado por NAG en el juicio, razón por la cual el cargo carece de soporte fáctico.

Se reitera, como se trata de un vicio objetivo el propuesto, la delimitación de su real ocurrencia remite necesariamente a examinar si las instancias omitieron o no el apartado concreto que resalta el casacionista.

Y, como está claro que no se dejó de examinar tan puntual tópico, indispensable se alza declarar que el cargo no puede prosperar, por elemental sustracción de materia.

Desde luego, como la verificación de trascendencia del cargo se soporta en el inexistente yerro objetivo propuesto, no cabe asumir el examen de tales argumentaciones.

d) Cargo cuarto (tercero subsidiario).

Dos precisiones cabe realizar en torno del cargo examinado: (i) No todos los medios de prueba, o la totalidad exhaustiva de lo que ellos contienen, han de ser registrados en los fallos, por razones obvias, pues, la referencia al elemento probatorio y su contenido depende esencialmente de la importancia que reviste respecto del objeto de debate; (ii) De cara a la prosperidad del cargo se hace necesario demostrar objetivamente que el elemento o apartado dejado de lado, efectiva y trascendentalmente incide en lo debatido, al punto de obligar modificar la conclusión.

Con tan precisos criterios irradiando el análisis de lo controvertido por el demandante, fácil se advierte la inconsecuencia de lo pretendido por este, en tanto, ese hecho central que dice contempla la prueba cercenada en su contenido por el Tribunal –la madre de la víctima fue entrevistada por la psicóloga al servicio del Instituto de Medicina Legal y

señaló cómo la menor le confió haber sido objeto de violación sexual, léase acceso carnal, por su padre-, no fue desconocido por el Ad quem, dado que, precisamente ante la profesional de la psicología la declarante reiteró lo dicho en su denuncia y en sede el juicio oral.

Entonces, carece de efecto probatorio concreto que el Tribunal haya o no verificado el contenido de la entrevista en cuestión, dado que el hecho sí fue considerado por la instancia ampliamente, y en el acto en mención se limita a reiterar lo ya dicho, sin que nunca se haya discutido mendacidad o siquiera cambios importantes en las varias ocasiones que NAG rindió su declaración, referida, cabe resaltar, a lo que le confió su hija cuando le inquirió por el cambio evidente de comportamiento.

Cuando lo dicho en la entrevista, sobre el tema, es igual a lo relatado en la audiencia de juicio oral, ninguna necesidad tenían las instancias de referirse expresamente a esa atestación, dado que el aspecto puntual, se repite, sí fue tomado en consideración.

De igual manera, la referencia a lo sostenido por la entrevistada, madre de la menor -en declaración surtida el 18 de mayo de 2009-, acerca de cómo esta mostró arrepentimiento y por tal razón operó la retractación, fue examinado en un contexto más amplio por los juzgadores, cuando abordaron en toda su extensión la dicha retractación y explicaron por qué no es posible dar credibilidad a la misma.

Incluso, en contra de lo afirmado en el cargo por el casacionista, encuentra la Corte que el fallador Ad quem, sí se refirió directa y expresamente a este apartado, que dice cercenado el impugnante, aunque le restó valor.

Así lo refirió el Tribunal⁷:

Aunado a ello debe decirse que si bien se hace referencia por parte del recurrente a la entrevista que la denunciante rindiera el 18 de mayo de 2009, lo cierto es que la señora

NAG en audiencia pública se ratificó en los hechos denunciados de manera inicial, sin que obre prueba alguna que indique que la misma en el juicio oral se haya retractado de los hechos denunciados contra su cónyuge C H.

Apenas opera especulativo, en este mismo sentido, que la madre de la víctima manifieste en la entrevista rendida la fecha en reseña, que lo buscado por su hija, cree, era separarla de su esposo, en tanto, ningún elemento de juicio ofrece la testimoniante para respaldar esa creencia, ni tampoco el demandante entrega una razón para entenderlo así.

Mucho menos, si se verifica que en su atestación jurada en sede del juicio oral, la misma declarante, NAG, sostuvo que la menor omitió declarar allí por temor a su padre.

Como fue lugar común en los tres cargos accesorios examinados en precedencia, es claro para la Corte que lo aducido por el impugnante no obedece enteramente a la verdad, acorde con la revisión exhaustiva que se hizo del contenido de los fallos, de lo que se sigue evidente la carencia de soporte fáctico de lo planteado.

Y, evidente que el yerro objetivo no se presentó, o que carece de cualquier trascendencia la única omisión demostrada, apenas cabe desestimar este cargo.

e) Cargo quinto (cuarto subsidiario).

El examen del último cargo reclama advertir cómo a la sede casacional ingresa el fallo de segundo grado provisto de una doble connotación de acierto y legalidad, a cuyo amparo solo es posible que el demandante obtenga su remoción o reforma, o la Corte de oficio, so pena de convertirse en Tribunal de instancia, cuando se demuestra fehacientemente que lo decidido vino mediado por un vicio propio de las causales de casación.

Respecto del error de hecho por falso raciocinio, que es el propuesto en este cargo por

el demandante, necesariamente debe probarse, para derrumbar esa doble condición de acierto y legalidad, que en la valoración realizada por el Tribunal se desconoció la sana crítica en cualquiera de sus tres vertientes, ciencia, lógica y experiencia, determinando cuál fue el principio científico, presupuesto lógico o regla de la experiencia inadecuadamente utilizado por el Ad quem, cuál es el adecuado y cómo ello incide sobre la decisión, lo que reclama realizar un nuevo examen del conjunto suasorio, una vez eliminado el vicio.

La discusión planteada por el recurrente, no alcanza a perfilar, así fuese adjetivamente, un tipo de error ostensible que demande de corrección por la vía casacional, en tanto, limita su tesis a controvertir las razones que llevaron al Tribunal a asumir como válida la declaración inicial de la víctima, en la cual acusa a su padre de haber recurrido a la violencia para ejecutar los vejámenes sexuales, en lugar de la retractación, en la que advirtió consentidos los mismos.

Desde luego que se podría, hipotéticamente, asumir como acertados o mejor elaborados los conceptos del demandante, e incluso referir que se avienen mejor con el análisis conjunto de los elementos de juicio recaudados, pero, se reitera, como la verificación de lo fallado opera en sede extraordinaria de casación, no es posible que tales lucubraciones soporten la modificación o revocación de la condena, pues, un dicho efecto únicamente deriva de la demostración del vicio dentro de los parámetros de la causal alegada.

Por lo demás, la Corte interviene en el caso concreto, como ya se dijo, en calidad de Tribunal de casación y no de instancia, circunstancia por la cual no está autorizada a adelantar su particular examen de la prueba y sus efectos, a no ser que determine efectivamente materializado el vicio de raciocinio, sea porque así lo planteó el recurrente o en razón a advertirlo de oficio.

Dice el demandante, al efecto, que las instancias violaron la sana crítica, y así lo reitera en varios apartados del cargo sin jamás precisar cuál de las aristas es la vulnerada, aunque después manifiesta que se trata de vulneración de la lógica, sin detallar tampoco cuál de los principios de la misma es el afectado.

Se entendería que remite al principio lógico de no contradicción, referido a que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido, lo que se deduce de su afirmación atinente a que no es posible que la menor diga haber sido víctima de violencia sexual ante una psicóloga y delante de otra advierta que ello no sucedió.

Ello, huelga anotar, es cierto, esto es, que son incompatibles ambas versiones, en cuanto, relatan que un hecho sucedió y no sucedió al mismo tiempo.

Pero es precisamente el casacionista quien abandona el principio lógico cuando controvierte al Tribunal por haber escogido como veraz una afirmación y no la otra, dado que sí representaría error lógico contrario al principio de no contradicción, asumir como veraces ambas versiones contrapuestas.

Lo que la lógica y, particularmente, las reglas de evaluación probatoria, reclaman, es examinar al detalle, conforme su veracidad intrínseca y los medios externos que infirman o confirman lo dicho, ambas versiones, para decantarlas hasta determinar cuál de ellas comporta veracidad.

Solo cuando la evaluación en cita no ofrece elementos de juicio suficientes en el cometido de determinar cuál de las versiones debe asumirse sin ambages creíble, es que se absuelve, pero no porque se diga que ambas son ciertas –en violación del principio de no contradicción–, sino en aplicación del principio in dubio pro reo.

Entonces, si es evidente e incontrovertible que el Ad quem examinó en su credibilidad interna lo dicho en ambas ocasiones por la víctima y además soportó su conclusión en

las otras pruebas recogidas, de ninguna manera es factible asumir siquiera posible que haya violado la sana crítica, o su apartado de la lógica, ni mucho menos el principio de no contradicción.

Ahora, que no se comparta la evaluación de credibilidad del Tribunal, o se asuma que los elementos de confirmación operan de forma diferente, apenas representa la postura, por lo demás interesada, de quien resultó afectado con el fallo, en típico alegato de instancia que finalmente remite a que el demandante estima más veraz una de las declaraciones, precisamente la que no estimó tal el Ad quem.

No es cierto, en este cometido, que por señalar ambas profesionales la verosimilitud de lo dicho ante ellas por la menor, desprovisto de alucinaciones o comportamientos fantasiosos, de entrada deba asumirse imposible definir cuál de las dos atestaciones entraña la verdad, en tanto, la tarea del juzgador consiste en bucear al interior de esas afirmaciones y de cara a lo ocurrido, así como a las demás pruebas obrantes en el proceso, hallar en una de ellas elementos suficientes para determinarla creíble, entre otras razones, porque el perito apenas ofrece uno de tales elementos, circunscrito a su conocimiento profesional, pero de ninguna manera lo referido por él representa la definición del tópico, ni obliga en sus conclusiones al sentenciador.

Sobre el particular, expresamente el ad quem detalló en el fallo de segundo grado que el objeto concreto de definición lo constituía la verificación de la retractación y su efecto frente a la inicial acusación vertida por la menor, para lo cual “debe realizarse un análisis conjunto con las demás pruebas allegadas al juicio y así llegar al convencimiento absoluto de que los hechos denunciados inicialmente no corresponden a la realidad”.

En procura de ese cometido, destacó el Ad quem que lo expresado en su denuncia y posteriores intervenciones testificales por la madre de la víctima, específicamente en los

apartados atinentes a los cambios notados en el comportamiento de su hija, que la llevaron a confrontarla, hasta serle confiado por esta que su padre la había mancillado sexualmente por vía violenta, constituye clara corroboración de que efectivamente imperó la violencia física o moral en las acometidas rijas.

Y es esta, cabe afirmar, una evaluación adecuada de los mecanismos externos de ratificación de una de las tesis confrontadas, pues, nunca en el trámite procesal se ha puesto en tela de juicio la credibilidad de la progenitora de la menor y detalla ella un conocimiento directo de los cambios de actitud de su hija, tan evidentes que la motivaron a reclamar explicaciones, pero además, escuchó de su hija lo ocurrido y después, como lo destaca el Ad quem, al encarar a su esposo obtuvo de este también la confesión respecto al vejamen sexual, aunque lo dijo consensuado.

De igual manera, el Tribunal penetró a fondo en el contenido de ambas versiones y las razones que pudieron ocasionar la retractación, para advertir motivada por causas distintas al arrepentimiento esta última, en el entendido que⁸:

...los hechos expuestos por la menor de manera inicial obedecen únicamente a la realidad vivenciada por ella como claramente lo dejaron por sentado tanto la progenitora de M.C.G., y la perito del C.T.T., dejando en claro que fue víctima de actos sexuales violentos por parte de su padre MAC.

Añade el sentenciador de segundo grado que si de verdad los actos hubiesen sido consentidos, como lo sostuvo en la retractación la menor, no tendría explicación el cambio de actitud de esta, manifestado en una particular agresividad hacia su progenitor, advirtiendo que este tipo de comportamientos se rotula propio de las víctimas de agresiones sexuales al interior del hogar, motivado por sentimientos de venganza, pero incapacidad de denunciar ante las amenazas.

Advirtió, así mismo, que en estricto sentido la psicóloga adscrita al Instituto de

Medicina Legal, no corrobora como cierta o veraz en toda su extensión la retractación de la menor, pues, dejó claro en el experticio que no se conocen los motivos para variar de versión, a más que carece de madurez sicosexual la joven.

Concluye el Ad quem, que la retractación en cita "...deviene de un interés por no quebrantar más su núcleo familiar, dado que el inculpatado es su padre y padre de sus hermanitos".

Y agregó que el mutismo adoptado por la joven -ya con 17 años para ese momento-, en la declaración que se le pidió rendir en el juicio, verifica inconsonante lo dicho en la retractación, en tanto, de corresponder a la verdad que efectivamente consintió en los actos sexuales, era ese el mejor momento para ratificarlo y evitar la condena injusta.

Si guardó silencio, entiende el Ad quem, fue porque lo ocurrido la afectó grandemente en su estabilidad emocional.

Las premisas resumidas en precedencia permiten observar a la Corte que el Tribunal sí efectuó un adecuado tamizaje interno y externo de las dos versiones contrapuestas y llegó a la conclusión de veracidad inserta en la inicial atestación luego de un examen racional de esos medios analizados, sin que en dicha tarea aprecie la Sala valoraciones irracionales, carentes de sustento o ajenas a la sana crítica.

Incluso, si pudiera controvertirse el examen del Ad quem, ello sólo opera por el camino de una visión distinta o más elaborada de la prueba, que de ninguna forma determina materializado un vicio valorativo trascendente, única manera de derrumbar el fallo en sede casacional.

Entonces, como la Corte entiende razonada y razonable la evaluación probatoria del Tribunal, desde luego, ajena al yerro apenas perfilado en el cargo por el demandante, debe desestimarlos.

Bajo estas consideraciones, sigue en pie, con todo su valor de acierto y legalidad, lo decidido por las instancias en punto de la condena proferida en contra de MACH, por los delitos de actos sexuales violentos -en concurso homogéneo sucesivo- e incesto, dado que los cargos postulados por el demandante no alcanzan a desdibujar los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios que diseñaron las sentencias objeto de cuestionamiento, ni el trámite dado al asunto.

No se casará, por lo visto, la sentencia objeto de impugnación.

De la casación oficiosa.

Pese a que, como se anotó en precedencia, no cabe la razón al demandante en su postulación casacional, estima la Corte necesario intervenir oficiosamente para restablecer un derecho del procesado que se aprecia vulnerado con la redosificación realizada por la segunda instancia, una vez eliminó del delito de actos sexuales violentos la agravante del parentesco.

Como se recuerda, el fallador Ad quem, en consideración de la apelación subsidiaria planteada por el defensor del acusado, accedió a eliminar del delito de acto sexual violento, dada la evidente vulneración del principio non bis in ídem, como quiera que dicha conducta concurra con el punible de incesto, la causal de agravación contenida en el numeral 2° del artículo 211 del C.P.

Por consecuencia de ello, determinó que respecto de uno de los cinco delitos de acto sexual violento, estimado base para la dosificación del concurso, no se partiera de 128 meses, sino de 96.

Empero, al momento de examinar la gravedad particular de la ilicitud, entendió, en aparente respeto por lo deducido en el fallo de primer grado, que a esos 96 meses debía aplicar el mismo incremento de 12 meses dispuesto por el A quo para los 128 meses, y así

obró, de lo cual surgió que la pena por uno solo de los ilícitos se estimó en 108 meses de prisión.

Empero, pasó por alto el Ad quem que esos doce meses de incremento establecidos sobre un monto de 128 meses, no corresponden, proporcionalmente, al mismo guarismo cuando la pena parte de 96 meses; y era necesario, por ello, adecuarlo al decremento sufrido por la sanción.

De esta forma, la legalidad de la sanción y el respeto por el querer del A quo implica traducir la proporción de esos 12 meses al nuevo monto de 96 meses, del que parte el cuarto mínimo.

Así las cosas, los 12 meses corresponden al 9.37 por ciento; de lo que se sigue que esa proporción respecto de 96 meses, equivale a 9 meses.

De allí que la pena por un delito de acto sexual violento se eleve a 105 meses de prisión.

Y se obliga seguir aplicando la proporción, dado que en torno de los otro cuatro delitos concurrentes de acto sexual violento, el fallador Ad quem, por el concurso, aplicó el mismo incremento del A quo, esto es, 60 meses.

Dado que esos 60 meses operaron respecto de 140 meses, que fijó el sentenciador de primer grado como pena última por un delito de acto sexual violento, debe hacerse la proporción en torno de los 105 meses a los que se ha reducido este, correspondiendo ello al 42.8 por ciento.

Esa proporción en torno de 105 meses, equivale a 45 meses de incremento por el concurso de otros cuatro delitos de acto sexual violento, hasta derivar en 150 meses.

Pero, como también erró el Tribunal al abonar la suma por el delito concursado de

incesto, dado que incrementó el mismo monto establecido por el A quo, vale decir, 24 meses, es menester fijar su proporción, que corresponde al 14.28 (sobre 168 meses).

Ese porcentaje de 14.28%, atiende, ya sobre el quantum de 150 meses, a 9 meses y 15 días.

De esta manera, la pena final que debe descontar el acusado, se reduce a 159 meses y 15 días de prisión. En igual lapso queda establecida la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: NO CASAR la sentencia impugnada, de conformidad con la demanda presentada por el defensor del acusado MACH.

Segundo: CASAR DE OFICIO la sentencia proferida por el Tribunal de Cali el 24 de junio de 2014, para rebajar la pena impuesta a MACH, que se fija en 159 meses y 15 días de prisión. En igual lapso queda establecida la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás rige sin limitaciones el fallo de segunda instancia

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

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 Radicado 34370, sentencia del 13 de diciembre de 2010.

2 Sentencia del 2 de agosto de 1995, Radicado 9.117.

3 Folio 220 del cuaderno original 1, que corresponde a la página 5 del fallo.

4 Folio 213 del cuaderno original 1, que corresponde a la página 12 del fallo.

5 Folio 210 del cuaderno original 1, que corresponde a la página 15 del fallo.

6 Folio 283 del cuaderno original 2, que corresponde a la página 37 del fallo de

segundo grado.

7 Folio 277 del cuaderno original 2, que corresponde a la página 43 del fallo de segundo grado.

8 Folios 276 y 277 del cuaderno original 2, que corresponden a las páginas 43 y 44 del fallo de segundo grado.