

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP4328-2019

Radicación N° 51490

Aprobado acta No. 254

Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

1. V I S T O S

Se decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de CARLOS ARTURO GALLEGO FRANCO, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 18 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual confirmó la decisión de condenar al acusado como autor de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años e incesto.

2. A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En la vivienda familiar ubicada en la vereda Las Frías del municipio de San Vicente-Antioquia, en la noche del 4 de agosto de 2011, CARLOS ARTURO GALLEGO FRANCO trasladó a su hija M.G.A., de 7 años de edad para entonces, desde la habitación donde esta dormía con su hermana Y.A.G.A. hasta la suya. En este lugar, el progenitor le quitó la falda que tenía puesta y le restregó el pene en la zona vaginal y en la entrepierna.

2. Procesales

Por los hechos descritos, el 16 de abril de 2013, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Vicente - Antioquia, la Fiscalía formuló imputación a CARLOS ARTURO GALLEGO FRANCO como autor de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años e incesto (arts. 209 y 237 C.P., respectivamente).

Después, en audiencia celebrada el 25 de julio de 2013 por el Juzgado 3 Penal del Circuito de Rionegro - Antioquia, se formuló acusación por la misma calificación jurídica que antes se indicó. Y, el 15 de agosto siguiente tuvo lugar la vista de carácter preparatorio.

El juicio oral se desarrolló en varias sesiones los días 20 y 25 de junio, y 5 de noviembre de 2014; 8 de mayo y 11 de noviembre de 2015; 31 de marzo, 1 y 25 de agosto de 2016.

En la última fecha, el juzgado anunció que el sentido del fallo sería condenatorio y el 7 de octubre de 2016 dictó la respectiva sentencia imponiendo al acusado la pena principal de prisión por 9 años y 10 meses (sin suspensión condicional ni sustitución por domiciliaria), así como las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de (i) derechos y funciones públicas, y (ii) la patria potestad respecto de M.G.A., por aquel mismo término.

Al pronunciarse sobre el recurso de apelación promovido por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en sentencia aprobada el 11 de agosto de 2017 y leída el día

18 siguiente, confirmó la decisión condenatoria y sus consecuencias.

Contra la sentencia de segunda instancia, la misma parte inconforme interpuso y, luego, sustentó el recurso extraordinario de casación.

3. L A D E M A N D A

El recurrente acusa la sentencia de «violación directa de la ley sustancial, (...), interpretación errónea, por falta de aplicación de las garantías previstas en los artículos 29 de la Constitución Política, 381 del Código de Procedimiento Penal».

Asegura que el Tribunal incurrió en «interpretación errónea...en cuanto a los medios probatorios», pues olvidó que la menor víctima, en sus distintas entrevistas, informó que «ella no se dio cuenta cuando la pasó su papá», lo que también consta en el informe pericial de la psiquiatra Lady Gómez Díaz. De igual manera, el defensor considera omitidos «aspectos relevantes como la incongruencia en la secuencia cronológica de la prueba incriminatoria» que conllevarían a la admisión de dudas; así como que Y.A.G.A. confirmó que el «dolor, ardor y rasguños» de su hermana eran consecuencia de la caída de un árbol, no de una agresión sexual como lo infirió su madre y fue aceptado en la sentencia sin obrar dictamen médico que lo corroborara.

Una adecuada valoración probatoria permite concluir, en opinión del demandante, que no existe prueba «idónea» de la existencia del hecho ni de la responsabilidad del acusado, lo que debe conducir a que se case la sentencia condenatoria para que, en lugar de esta, se profiera una de carácter absolutorio.

4. C O N S I D E R A C I O N E S

4.1 Según lo previsto en el artículo 184 –segundo inciso- del C.P.P., la demanda de casación es admisible siempre que el recurrente ostente interés, señale la causal de casación que invoca, sustente adecuadamente los cargos y acredite la necesidad del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso, cuales son: la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías, la reparación de agravios o la unificación de la jurisprudencia. En consecuencia, la ausencia de tales presupuestos determinará la inadmisión de la pretensión casacional.

4.2 Sea lo primero advertir que, conforme a lo establecido en el artículo 181 ibídem, el recurso de casación interpuesto es procedente porque se dirige contra una sentencia de segunda instancia, como fue la proferida el 11 de agosto de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual confirmó la decisión de condenar a CARLOS ARTURO GALLEGO FRANCO como autor de actos sexuales con menor de catorce años e incesto.

4.3 De otra parte, el demandante se encuentra legitimado para recurrir en casación conforme lo establece el artículo 182, pues es una de las partes del proceso –la defensa-, y la sentencia condenatoria que se impugna produce consecuencias notoriamente adversas a quien representa. Además, en esta oportunidad, como cuando sustentó la apelación contra el fallo de primera instancia, formuló críticas a los fundamentos probatorios de la decisión.

4.4 Sin embargo, en la demanda no se sustenta un solo error susceptible de estudio en sede de casación, ni la necesidad del fallo extraordinario para alcanzar alguno de los propósitos enlistados en el artículo 180 del C.P.P.

El recurrente alegó, como causal de casación, la violación directa de la ley sustancial, en cuyo ámbito el debate no gira en torno a la corrección de los hechos declarados en el fallo ni del ejercicio de valoración probatoria a partir del cual aquellos fueron fijados, sino de la

debida aplicación del derecho. En esa medida, la labor de demostración del vicio consistirá en evidenciar un error por exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma -constitucional o legal- llamada a regular el caso juzgado, en los siguientes términos:

- En la exclusión evidente incurre el juez cuando omite aplicar la norma jurídica que resulta pertinente al supuesto fáctico puesto a su consideración, entre otras razones, por considerarla inexistente o inválida.
- En la aplicación indebida, el funcionario se equivoca en la selección del precepto jurídico y decide aplicar uno que no regula la materia. En consecuencia, el hecho no se adecúa al supuesto de la norma elegida para resolver la controversia. Y,
- En la interpretación errónea, el decisor conoce la norma jurídica aplicable y la selecciona para el caso de manera correcta; sin embargo, le asigna un sentido o un alcance que no tiene.

En la introducción de la censura se alude a dos de esas modalidades de infracción directa frente a unas mismas normas, una constitucional (art. 29) y la otra procesal (art. 381), cuáles son: la falta de aplicación y la interpretación errónea. Este anuncio conjunto e indiscriminado entraña una contradicción, pues si los preceptos jurídicos invocados fueron excluidos, por sustracción de materia, no pudo haberse incurrido en el vicio hermenéutico y, por el contrario, este último presupondría la aplicación de las normas. Además, el recurrente omite explicar, en primer lugar, por qué si el artículo 29 constitucional consagra garantías procesales, su presunto incumplimiento no se encaminó por la vía de un error de procedimiento (segunda causal de casación); y, en segundo lugar, por qué si el artículo 381 establece un estándar probatorio, no se denuncian vicios de esa naturaleza (causal tercera de casación).

De otra parte, los argumentos de la sustentación son incongruentes con la causal de

casación escogida, pues, según ésta, el vicio recae en la premisa jurídica de la decisión (exclusión, aplicación indebida o interpretación equivocada), mientras que la totalidad de aquéllos se orientaron a demostrar uno sobre la base fáctica o probatoria (omisión parcial de algunos medios de conocimiento). De esa manera, la violación directa de la ley sustancial que se denuncia carece del más mínimo fundamento, lo que imposibilita la admisión de la demanda de casación.

En todo caso, aun cuando se omitiera la inadecuada selección de la causal de casación, el recurrente pretende cuestionar los fundamentos probatorios de la sentencia condenatoria sin siquiera identificar el error de hecho o de derecho que se habría configurado. Y, aunque las críticas pudieran conducirse por la senda de un falso juicio de identidad porque las hace consistir, al parecer, en cercenamientos de algunas pruebas, son igualmente inadmisibles porque faltan al principio de corrección material, por cuanto todos los contenidos probatorios que extraña sí fueron valorados en la sentencia como se puede observar en la siguiente cita:

Como se advirtió en el punto anterior, la entrevista de M.G.A. se incorporó como prueba de referencia. En dicha oportunidad, la menor sostuvo que una noche mientras dormía, su padre la llevó a la cama de él, donde le “aporrió” la vagina con el pene, pero sin alcanzar a penetrarla. Situación que informó a su madre al día siguiente, quien le revisó sus genitales.

Estratégicamente el defensor pretende llevar la discusión a un tema irrelevante al afirmar que la niña nunca dijo haber percibido cuando el procesado la trasladó de habitación. Más allá de que la menor haya dado tal información, lo importante es que no hubo discusión respecto a que estuvo en ese sitio, en la fecha y a la hora de los hechos, circunstancia que no puede ser desvirtuada por el simple hecho que no se haya dado cuenta que el agresor la llevó de un cuarto a otro mientras dormía.

(...).

Intentó el defensor dar relevancia al incidente con el árbol de guayabo, para tal efecto utilizó el testimonio de Y.A.G.A., hermana de la víctima, destacando que esta prueba corroboraba que las dolencias en los genitales de M.G.A. obedecían a una causa diferente al abuso.

Si bien Y.A. dio cuenta del suceso con el citado árbol, también afirmó que no lo presenció directamente sino que llegó al lugar después de su ocurrencia, y fueron otras personas las que se lo contaron. Al ser cuestionada sobre el abuso, señaló que no le constaba, y que pese a que su madre aseguraba que sí había existido, no lo creía pues nunca vio nada extraño en el comportamiento de su progenitor con ella o con su hermana.

(...).

Ahora bien, el incidente con el árbol de guayabo expuesto por el defensor no tiene la trascendencia que pretende dársele toda vez que no se trata de una hipótesis que excluya el abuso.

Pudo suceder que la niña haya sufrido el accidente durante el día mientras esperaba a su hermana, y que en otro momento diferente, entre la noche de ese día y la madrugada del siguiente, su padre la agrediera sexualmente.

(...).

Manifestó el impugnante que la madre de M.G.A., Rosa Angélica Álzate Gallo, utilizó la lesión que la niña sufrió en el mencionado árbol de guayabas para acusar al procesado falsamente, ya que no hubo respaldo alguno de su versión.

(...).

Escuchado el testimonio de Álzate Gallo, se advierte que después de que la víctima le refiriera alguna especie de dolor genital, le reveló que había sido abusada por GALLEGO FRANCO.

Ahora bien, la madre manifestó lo que su hija le contó. Nótese que la versión de la menor, es similar a la que entregó al entrevistador de la fiscalía, y en ninguna de las dos oportunidades hizo manifestación sobre el suceso del árbol, lo que demuestra que la niña diferenciaba tal incidente del abuso, y fue clara y reiterativa en señalar a su padre como su agresor.

(...).

La madre de M.G.A.,..., en su testimonio ofreció elementos determinantes para resolver el caso, nótese que la revelación del abuso se dio en la mañana siguiente a la noche y madrugada en que sucedieran los hechos en la habitación del acusado, lugar de donde la progenitora observó salir a su hija. Sobre tal aspecto se advierte consistencia entre esta versión y la ofrecida por la menor ante el investigador de la fiscalía.

La anterior transcripción revela que la falsedad de la premisa de las críticas esbozadas por el demandante, porque la sentencia valoró la totalidad de los contenidos probatorios que señala como pretermitidos. A más de ello, aquel expuso una censura genérica ininteligible, según la cual los juzgadores dejaron de lado «aspectos relevantes como la incongruencia en la secuencia cronológica de la prueba incriminatoria», anuncio este que tampoco fue desarrollado. Y, al finalizar, reprocha que el testimonio de Rosa Angélica Álzate Gallo, en lo que hace a las molestias físicas que manifestó presentaba su hija en la zona vaginal, no fueran corroboradas con un dictamen pericial médico; argumento éste que desconoce un sistema de libertad de medios, como el acogido en el artículo 373 del C.P.P., y la consecuente inexistencia de tarifa legal probatoria.

En resumen, el demandante no sustentó la causal de casación seleccionada y las críticas

probatorias que formuló, a más de que no fueron identificadas como un error de hecho o de derecho, desconocen el contenido de la sentencia.

4.5 Por las razones expuestas, se inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor, dado que no sustentó un error de juicio –tampoco de procedimiento- susceptible de estudio en sede de casación, ni demostró la necesidad del examen para lograr una de las finalidades previstas en el artículo 180 del C.P.P. Se advertirá al recurrente que contra la decisión anunciada procede la insistencia.

4.6 No obstante lo anterior, de manera oficiosa, la Corte estima necesario examinar de fondo el asunto, con el objeto de determinar la legalidad del término de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, impuesta en la sentencia. Por ello, se ordena que una vez la decisión inadmisoria adquiera ejecutoria, el proceso vuelva al despacho para dictar el fallo oficioso de casación que corresponda.

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

5. RESUELVE

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de CARLOS ARTURO GALLEGU FRANCO.

Contra esta decisión procede la insistencia.

Segundo: Disponer que, una vez adquiera ejecutoria esa decisión, el proceso vuelva al despacho para determinar la procedencia de una casación oficiosa de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria