

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

AP676-2019

Radicación: 51542

Aprobado Acta N. 052

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Johan Díaz.

HECHOS

Fueron consignados en la sentencia de segunda instancia así:

«De acuerdo con lo señalado por la Fiscalía en el escrito de acusación, los mismos se contraen a que Johan Díaz conformaba una unión marital de hecho con la señora Adriana Cecilia González, madre de la menor P.C.G.G., quien siempre vivió con ellos; después de cierto tiempo en dicha convivencia, la menor comenzó a presentar cambios en su comportamiento y rendimiento académico, confesándole a su padre que hacía dos años, cuando vivían en el barrio seminario [de la ciudad de Duitama], su padrastro aprovechando que estaba sola, se metió a su cuarto cuando ella estaba en el computador y le agarró las piernas y desde ahí se le volvió costumbre entrar en su habitación cuando ella llegaba del

colegio, hasta que finalmente un día se desnudó, la desnudó y la accedió, momento desde el cual la comenzó a amenazar para que no contara, porque quien iba a pagar era su madre; siguió acosándola y varias veces la obligó a besarla y él le besaba todo el cuerpo.

Tales hechos se iniciaron con tocamiento y en junio de 2011 [cuando contaba con 9 años de edad] se produjo el acceso carnal, continuando los acosos hasta el mes de noviembre de 2013. Siendo del caso anotar que la menor en principio le comentó a su madre sobre un tocamiento de su padrastro a lo cual no le hizo caso».

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El anterior recuento fáctico dio lugar a que se formulara imputación a Johan Díaz como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años con la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, derivada del parentesco por ser el agresor el padrastro, cargo que este rechazó.

Tal evento procesal tuvo lugar en audiencia de 18 de diciembre de 2013 ante el Juez Cuarto Penal Municipal de Garantías de Duitama.

En la misma fecha y por solicitud de la Fiscalía se le impuso al procesado, medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

2. La acusación se formuló en diligencia de 31 de marzo de 2014, la cual fue presidida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Duitama. En dicha diligencia se atribuyó el mismo cargo y el concurso con el delito de actos sexuales con menor de 14

años.

3. Culminadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, se emitió fallo de primera instancia por cuyo medio se condenó al acusado a la pena de 268 meses de prisión como autor de los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivos con menor de 14 años agravado.

El juez de primer grado dispuso que la sanción se cumpliera en forma intramural, dada la improcedencia de la suspensión condicional de la sanción y de la prisión domiciliaria.

4. La sentencia del a quo fue objeto de apelación por la defensa, de tal manera el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo resolvió el recurso en decisión de 16 de agosto de 2017 que resultó confirmatoria de la de primer grado.

5. Contra la anterior determinación, presentó demanda de casación la defensa.

LA DEMANDA

Se promueve un cargo contra el fallo recurrido en sede extraordinaria, consistente en la nulidad por desconocimiento del principio de congruencia, para cuya sustentación se elige la causal segunda del artículo 181 de la norma procedimental penal.

Afirma el demandante que al procesado se le imputó haber incurrido en el delito de acto sexual violento con persona menor de 14 años, hecho presuntamente ocurrido entre el 11 y el 12 de junio de 2011.

En esa medida, agrega, la defensa demostró que el hecho no pudo haber ocurrido, ya que para esa fecha Johan Díaz no se encontraba en el lugar donde presuntamente ocurrió. Y frente al punible de actos sexuales abusivos, afirma que la Fiscalía nunca señaló las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron.

Pasa a referirse al sustento probatorio del delito de acceso carnal abusivo, para indicar que éste se compone de pruebas de referencia, mientras que ninguna prueba se aportó para acreditar el punible de actos sexuales con menor de 14 años.

Sostiene que la sentencia de primera instancia modificó la imputación fáctica, cuando se sostuvo que los hechos ocurrieron a mediados de 2011, con el único fin de demeritar la prueba que indicaba que para los días mencionados, el procesado no se encontraba en su residencia.

Resalta que la actividad defensiva se orientó a desvirtuar que para el 11 y 12 de junio de 2011, Johan Díaz hubiera estado en su residencia, lugar en el que presuntamente se ejecutó el acceso carnal, motivo por el que la declaración de los hechos acogida en el fallo, comporta un sorprendimiento para la defensa, que demostró que durante todo el mes de junio de 2011 el acusado estuvo laborando en el día en zona rural del municipio de Paipa y pernoctaba en un campamento instalado allí.

La petición frente al único cargo propuesto es que se case la sentencia para que se decrete la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte ha reiterado de manera constante que corresponde al demandante en casación acreditar la afectación de derechos o garantías fundamentales, lo cual le impone contar con interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar que es necesario el fallo de casación para cumplir alguno de los fines

establecidos por el legislador en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004 para la mencionada impugnación, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia.

En lo que atañe a los requisitos que debe reunir la demanda con la que se sustenta la impugnación extraordinaria, se ha señalado que de acuerdo con los artículos 183 y 184 de la Ley 906, el demandante tiene que señalar expresamente la causal o causales que invoca, exponer con claridad su sustento conforme a los requisitos argumentativos que exige cada una, señalar las razones por las que resulta necesario el pronunciamiento de la Corte y elaborar el discurso con estricto apego a los principios que rigen el medio de impugnación extraordinario, de modo que el libelo comporte un escrito con rigor lógico que identifique en forma clara el error de la sentencia de segunda instancia y su idoneidad para producir el quiebre de la presunción de acierto y legalidad que la cobija.

1. Cargo de nulidad-Principio de congruencia

Frente al reparo de nulidad la Corte ha venido reiterando que aunque en su fundamentación y demostración la técnica casacional cede en cierta medida en aras de que prevalezca el derecho sustancial sobre las formas, de todas maneras compete al censor demostrar la existencia de una situación irregular que ineludiblemente constituya un agravio irremediable a los derechos y garantías del procesado o de la víctima que solo pueda subsanarse rehaciendo el trámite penal.

Es así que la acreditación del reparo de nulidad debe estar acorde con un discurso que siga los principios que regulan la declaratoria de nulidad, a saber, solo puede declararse por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar con

objetividad los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede pedirla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del yerro, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede ser redimida con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la rescisión cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien depreque la invalidación tiene la obligación indeclinable de demostrar no solo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).

Ahora en cuanto a la trasgresión del principio de congruencia, ha sido abundante el desarrollo jurisprudencial al respecto. Sobre tal garantía, consagrada en el artículo 448 de la norma procedimental penal, ha dicho la Corte:

Tal norma alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y al derecho de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación asumiendo otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa gobernada en su desarrollo por la materialización del principio de igualdad de armas y por la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

La Sala¹ ha admitido la posibilidad de que excepcionalmente se profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre que el juez respete

los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de un delito de igual o menor entidad.»

En el presente asunto el demandante hace consistir la trasgresión de dicho principio en que los falladores alteraron la base fáctica de la imputación.

Como se indicó el reparo de nulidad debe reunir unas exigencias especiales; una de ellas es precisamente la de poner de presente las circunstancias en las que tuvo ocurrencia la situación irregular y que estas corresponden con los antecedentes del proceso.

El censor sostiene que la incongruencia fáctica radica en la fecha del delito de acceso carnal abusivo, ya que la fijada en la imputación y luego en la acusación, no coincide con la declarada en la sentencia, pues en los primeros actos procesales se dijo que fue entre el 11 y el 12 de junio, mientras que en fallo se señaló que fue en algún día de ese mes.

Lo primero que se advierte es que el demandante falta al principio de corrección material, en la medida en que no es cierto que la imputación fáctica se hubiera formulado en esos términos. Véase como en la audiencia de imputación el hecho atribuido fue el siguiente:

«La señora Adriana Cecilia González conformó unión marital de hecho con el señor Johan Díaz y éste abusó sexualmente de la menor P.C.G.G., mediante actos abusivos en varias oportunidades e incluso llegándola a penetrar, por lo que la menor presenta cambios en su forma de ser y pide que la dejen ir a vivir con la abuela, argumentando que no se llevaba bien con el padrastro, pasado un tiempo de estar conviviendo con la abuela el papá de la menor señor Gustavo Adolfo Gutiérrez sigue notando el cambio de su hija y decide llevarla a vivir con él a la ciudad de Tunja y la pone en manos de un profesional en psicología a quien la menor le termina contando que fue objeto de tocamientos en varias oportunidades por parte de su padrastro, hasta un día en el mes de junio de 2011 en el que se quedó sola y le quitó la ropa interior y la penetró, por lo que la psicóloga le comenta al padre de la menor los hechos descritos por la niña y el padre pone el caso en manos de la autoridad

competente».

En la acusación se enrostró idéntico marco fáctico y en lo que respecta al ámbito temporal del hecho, se reiteró que el acceso carnal se produjo en el mes de junio de 2011, y que los actos libidinosos se prolongaron hasta noviembre de 2013.

La sentencia reprodujo la imputación fáctica en lo que es motivo de inconformidad al consignar que «los hechos se iniciaron con tocamientos y en junio de 2011 se produjo el acceso carnal, continuando los acosos hasta el mes de noviembre de 2013».

Como se observa, no es cierto que al delimitar la imputación fáctica, la fecha de los hechos se hubiera restringido a los días 11 y 12 del mes de junio, como lo presenta el recurrente para sustentar la incongruencia fáctica que derivaría en la nulidad procesal.

Desde un principio se dijo que el acceso carnal tuvo ocurrencia en el mes de junio de 2011, motivo por el que precisamente la defensa se orientó a demostrar que para esa época el acusado no permaneció en la residencia que compartía con la menor y la madre.

Lo que advierte la Corte es que ante la imposibilidad de controvertir las razones por las que el sentenciador demeritó la prueba aportada para acreditar dicha eventualidad, la defensa acude a la nulidad con el objeto de perseguir la invalidación del fallo, soportando el pedido invalidatorio en un supuesto de hecho desacorde con el decurso procesal.

En manera alguna el fallador, al verse huérfano en argumentos para demeritar los testimonios allegados por la defensa para demostrar que en el mes de junio de 2011 el acusado no estuvo en su casa, declaró que el hecho se produjo en una fecha distinta a la supuestamente delimitada en la imputación. La sentencia, siguiendo el marco fáctico de la imputación, valoró la prueba en su real contenido, esto es que entre el 3 y el 18 de junio, Johan Díaz laboró por fuera de su ciudad de domicilio en la actividad de tala de madera, para restarle todo mérito a los testimonios aportados por la defensa en ese sentido y, por el

contrario, otorgar poder demostrativo a la declaración de la compañera del acusado y madre de la menor ofendida, acerca de que Johan Díaz, nunca trabajó cortando madera.

También expuso el fallador que aun si se otorgara crédito a las declaraciones que daban cuenta de ese hecho, de todas maneras subsistía la hipótesis acerca de que el suceso tuvo ocurrencia después del 18 de junio, sin que la defensa aportara prueba para derruir esta probabilidad, la cual adquirió contundencia al ser confrontada con el testimonio de la menor en torno a la edad que tenía para cuando fue accedida y el barrio en el que residían para ese momento, esto último corroborado por la madre.

Ningún argumento expone el recurrente para derruir la valoración probatoria del Tribunal, pues encamina su desacuerdo por la causal de nulidad, alegando una irregularidad inexistente.

La intención del censor de reñir con el mérito asignado a los medios de convicción, se hace aún más evidente cuando afirma que la sentencia se compone de pruebas de referencia, queja que además tenía que postular en cargo separado por razón del principio de autonomía y por el camino de la causal tercera, al tiempo que acreditar un error de derecho por falso juicio de convicción con la finalidad de demostrar que el Tribunal desconoció el artículo 381 de la norma procedimental, que prohíbe sustentar la sentencia condenatoria en prueba de referencia.

Otro de los motivos en los que funda la trasgresión al debido proceso, tiene que ver con la falta de atribución de las circunstancias en las que se perpetró el delito de actos sexuales abusivos.

Nuevamente incurre en la infracción al principio de corrección material, ya que dicho supuesto no se acompasa con los antecedentes del trámite, toda vez que al formularle imputación a Johan Díaz, la Fiscalía con suma claridad le reprochó haber hecho tocamientos libidinosos a la menor P.C.G.G., cuando ésta contaba con 9 años de edad, hasta que la

accedió carnalmente y después de ello, aquellos actos continuaron, los cuales consistieron en besarla por todo el cuerpo y obligar a la niña a que lo besara.

Como se precisó en párrafos anteriores, la intención del recurrente es advertir sin éxito una incorrecta imputación y la respectiva transgresión al derecho de defensa, pero con base en situaciones procesales inexistentes, muy seguramente porque no encontró motivos para controvertir la valoración de la prueba y las conclusiones del Tribunal acerca de la materialidad del delito y la responsabilidad del mismo en cabeza de Johan Díaz.

Por lo expuesto la demanda de casación presentada por la defensa del acusado se inadmite.

2. De otra parte, del estudio del proceso no se vislumbra violación de derechos fundamentales o garantías de los intervinientes, para ejercer la facultad oficiosa de índole legal que al respecto le asiste a la Sala.

3. En caso de que se acuda al mecanismo de insistencia, deberán seguirse los parámetros fijados en el CSJ, AP 12 de Dic. 2005, Radicado 24.322.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Johan Díaz.

Contra esta decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP, 24 sep. 2014. Rad. 44458 y CSJ SP, 12 mar. 2014. Rad. 36108, entre otras.