

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

AP1041-2021

Radicado No. 54065

Acta Aprobada No. 64

Bogotá, D.C, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

VISTOS

La Sala procede a estudiar los presupuestos de admisibilidad de la demanda de casación instaurada por el defensor de José Yovanny Peña Buitrago, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de la misma ciudad.

I. HECHOS

De acuerdo con la acusación José Yovanny Peña Buitrago abusó sexualmente de su pequeña hija G.P.N en reiteradas ocasiones desde el año 2013, cuando la menor contaba 12 años de edad, hasta el 8 de junio de 2015; fecha previa a aquella en que una prima de la víctima se percató de lo ocurrido y lo denunció ante la autoridad.

Las agresiones sexuales que incluyeron tocamientos y accesos vaginales ocurrieron en la vivienda que ocupaba la familia Peña Núñez, ubicada en la carrera 148 # 134-55 del Barrio

San Fernando de esta ciudad, en los momentos en que el padre quedaba a solas con su hija mientras que la progenitora Alba Núñez Doncel salía trabajar.

II. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 18 de junio de 2015, ante el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se legalizó la captura de José Yovanny Peña Buitrago; la Fiscalía le formuló cargos como presunto autor responsable de delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por ser el padre de la menor víctima, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso con actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado por la misma circunstancia, también, en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de incesto. A petición del ente acusador se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario¹.

El 11 de agosto de 2015, se presentó el escrito de acusación y el 16 de septiembre del mismo año la Fiscalía, en la audiencia correspondiente celebrada en el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito, acusó a José Yovanny Peña Buitrago en los mismos términos fácticos y jurídicos de la imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 13 de enero de 2016.

El juicio oral se cumplió en varias sesiones que culminaron el 29 de agosto de 2017, cuando el Juzgado de Conocimiento, a la par que emitió el sentido del fallo, dictó la sentencia de carácter condenatorio, declarando al acusado autor penalmente responsable del concurso homogéneo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso heterogéneo con el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, por los que le impuso la pena principal de 224 meses de prisión; respecto del delito de incesto consideró que se subsumía en la agravante de las conductas punibles

aludidos, por el grado de consanguinidad que existía entre el procesado y la víctima.

Apelada la decisión por la defensa, el 8 de agosto de 2018, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó integralmente.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor instaura demanda de casación, por considerar que se transgredió el derecho de defensa, al impedirse la posibilidad de controvertir los hechos jurídicamente relevantes.

Asevera el recurrente que los artículos 8, 286, 288 ibídem, 14 del Pacto de San José, 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, previenen sobre la necesidad que el acto de comunicación de la imputación se realice con la expresión clara, sucinta y en un lenguaje comprensible de los hechos jurídicamente relevantes ajustados a las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar.

No obstante, en este proceso, desde esa etapa, la Fiscalía no le informó a José Yovanny Peña Buitrago la fecha exacta en la que ocurrieron los acontecimientos y en la sentencia condenatoria solo se indicó que fueron reiteradas las oportunidades en las que abusó de su hija desde el 2013, cuando la menor contaba 12 años de edad, hasta el 8 de junio de 2015.

Alega que, para esa última fecha en la G.P.N ya había cumplido los 14 años de edad y, por lo tanto, podía decidir sobre su sexualidad, lo que implica considerar que la Fiscalía incumplió el deber de concretar los hechos jurídicamente relevantes.

En consecuencia, solicita que se case la sentencia impugnada y en su defecto se decrete la nulidad de lo actuado desde la formulación de imputación.

VI. CONSIDERACIONES

Se inadmitirá la demanda, por no reunir los requisitos mínimos de orden formal y sustancial necesarios para su análisis de fondo, no cumpliendo además con los presupuestos mínimos para la realización de alguno de los fines de la casación. Por las siguientes razones.

El único cargo propuesto por la demandante lo formuló por vía de la causal prevista en el numeral 2 del artículo 181 del C.P.P., por el «Desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes».

De acuerdo a los arts. 181-2 y 457 inc. 1o del C.P.P., es causal de nulidad el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o la violación de la garantía fundamental a la defensa. El correcto planteamiento de la censura por esta vía supone cumplir con las exigencias legales y jurisprudenciales pertinentes, ajustándose a los principios de taxatividad, eficacia, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad.

Lo anterior implica, que a quien proponga la censura, le compete identificar el acto irregular; determinar de qué manera afecta la integridad de la actuación o conculca las garantías procesales; señalar por qué el daño es irreparable y, finalmente, indicar el momento a partir del cual se debe reponer la actuación, pues de lo contrario el cargo no prosperará² (CSJ AP2136-2016, Rad. 47448). Pautas formales que no fueron tenidas en cuenta por la demandante.

4.2 En el caso objeto de estudio, el recurrente alega la segunda transgresión que se relaciona con la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa por el desconocimiento de la fecha en que ocurrieron los delitos, con fundamento en lo cual, exige la declaratoria la ineficacia de lo actuado a partir de la audiencia preliminar.

Así las cosas, como lo pregonan la defensa con el apoyo de los postulados internacionales, la imputación se caracteriza por ser un acto de comunicación que constituye el requisito *sine qua non* para adelantar el proceso, en la que se describen los hechos jurídicamente relevantes que impulsan la acción por parte de la Fiscalía, los que deben ser narrados de manera concreta y precisa.

Sobre este aspecto, esta Corporación, en virtud del contenido de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004 reitera que; “Al estructurar la hipótesis el fiscal debe considerar aspectos como los siguientes: (i) delimitar la conducta que se le atribuye al indiciado; (ii) establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la misma; (iii) constatar todos y cada uno de los elementos del respectivo tipo penal; (iv) analizar los aspectos atinentes a la antijuridicidad y la culpabilidad, entre otros. Para tales efectos es imperioso que considere las circunstancias de agravación o atenuación, las de mayor o menor punibilidad, etcétera”³.

No se discute que lo deseable es que exista la mayor exactitud en la determinación de la fecha en que se llevó a cabo el camino delictivo, no obstante, es posible cumplir dicha aspiración, a través del señalamiento de unos lapsos que, por vía de inferencia elemental, al ser conjugados con las circunstancias modales y espaciales de los acontecimientos los ubique inequívocamente la época de su realización.

En este orden de ideas, la defensa debe entender que los delitos que vulneran la integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, como en este caso, cuando son repetitivos ocurren en el contexto de su diario vivir, por ende, la edad, puede influir en que no se conserve en la memoria la hora y el día exactos en que ocurrieron, por lo tanto, no es extraño que la evocación se relacione con determinados eventos especiales.

De ese modo, la defensa no cumple con el principio de corrección material cuando omite considerar que desde la formulación de imputación, la Fiscalía estableció los límites

temporales en los que adecuaría las conductas punibles concursales de acuerdo con los aspectos modales que se relacionaban con estos.

Así, la Delegada en la diligencia de imputación que tuvo lugar el 18 de junio de 2015, indicó que el origen de la investigación surgió de la denuncia que daba cuenta que aproximadamente, desde hacía un año, el padre estaba abusando sexualmente de la niña G.P.N, en la habitación donde residían y que aprovecha los turnos laborales de la mamá y que esta había dado a luz un bebé para acostarse con la víctima y continuar accediéndola carnalmente, sucesos que cesaron el día 8 de junio de 2015, cuando se instauró la correspondiente denuncia y se brindó protección a la adolescente.

En la audiencia, una vez, se hizo la imputación jurídica por los delitos al tenor de los artículos 31, 208, 209, 211 numeral 5 y 237 del Código Penal, la delegada fiscal aclaró:

.... Cuando la menor G.P.N. no tenía 14 años, es decir un día antes de su cumpleaños N° 14 se configuraban estos dos tipos delitos, acto sexual abusivo en concurso homogéneo y sucesivo con el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, una vez la niña cumple 14 años, no se configuran ninguno de estos dos tipos penales porque para eso está el delito de incesto artículo 237 del Código Penal⁴

En la audiencia, explicó que a partir de los 14 años se tutela el bien jurídico de la familia, «y antes de los 14 años, como ella misma lo indica los abusos empezaron hace más de un año, cuando ella tendría 12 o 13 para el año 2013 se configura entonces los delitos descritos anteriormente⁵, estos son, los que protegen la formación, libertad e integridad sexual.

En virtud de la aclaración solicitada por la defensa en la misma audiencia, el representante del ente acusador manifestó que, aunque era difícil determinar con precisión la fecha exacta de los hechos, se acogía a lo que la niña narró e insistió: «se dirá que ocurrieron aproximadamente en el año 2013». Expresó igualmente que la «que la niña cumplió los 14 años el día 10 de julio de 2014, luego a partir de esa fecha» y hasta el 8 de junio de 2015 se

imputa el delito de incesto y del 9 de julio de 2014 hacia atrás los demás⁶.

En el escrito de acusación y en la audiencia celebrada para formularla, en relación con el tiempo de ocurrencia de los acontecimientos expresó:

Refiere la menor G.P.N que estos hechos comenzaron hace más de un año, cuando ella tenía más de 12 o 13 años aproximadamente, que esto comenzó con tocamientos y que llegó a otras cosas. Indica que la primera vez que eso ocurrió fue en el 2013 antes de las vacaciones de mitad de año. Estaba en la casa acostada con su papá en la cama de ellos, viendo una película cuando su padre empezó a tocarle sus senos por encima de la blusa, ella le decía que no intentándolo quitar, pero él la tomaba fuerte del brazo y siguió tacando su vagina por debajo de la ropa, ella seguía insistiendo en que no la tocara, le quitaba la mano, pero este le quitó los pantalones a la fuerza, su papá le bajo los pantalones y en palabra de la menor “metió el pene en su vagina”. Indica la menor G.P.N que esto sucedía aproximadamente cada 2 o 3 días y siempre sucedía lo mismo, siendo la última vez el día 8 de junio de 2015...

En esta medida, se verifica que la delegada fiscal escindió las conductas punibles y estableció el tiempo de ocurrencia de acuerdo con la edad de la menor (que fue objeto de estipulación), los acontecimientos que rodearon la comisión de las conductas punibles y el bien jurídico tutelado.

Diferente es que, la funcionaria de primer nivel haya incurrido en un error, no advertido por el Tribunal, de considerar que condenar por el delito de incesto transgredía el principio non bis in ídem y condenó únicamente por las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal con la causal de agravación fijada en el numeral 5 del artículo 211 ibídem.

Lo anterior, atendiendo que la Juzgadora soslayó que el delito de incesto fue imputado en virtud de la edad de la menor, una vez cumplió los 14 años de edad, dado que su padre continuó accediéndola carnalmente y que la agravante por el vínculo de consanguinidad fue

consagrada para los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo consumados antes del 10 de julio de 2014.

En ese orden de ideas, la secuencia procesal, demuestran que los reparos hechos en torno a la precisión del tiempo en que se cometieron los delitos, fueron resueltos desde la audiencia de imputación, luego en la audiencia acusación, se mantuvo la línea fáctica aclarada a la defensa.

En ese sentido, la comprensión de los hechos objeto de debate se hizo incuestionable, cuando en la audiencia que convoca a juicio la Juez de Conocimiento preguntó a las partes respecto de la configuración nulidades y no fue invocada casual alguna 7, lo cual, resulta consonante con lo ocurrido en la audiencia preparatoria, en la que se aprecia el entendimiento que tenía la defensa, al fijar la pertinencia de la práctica de los testimonios solicitados, así:

1. De la menor D.V.P.Q 8 hermana de la víctima e hija del procesado, entre otros, para «hacer en ese caso menos posible los hechos incriminados, referirse a algunas inexactitudes en los tiempos a los que se refiere la denuncia y algunas entrevistas por ser la persona que «vivió el hecho que hoy hipotéticamente se predica de unas irregularidades»

2. Carmen Emilia Quintero Lozano exesposa del procesado para «hacer menos probable la comisión de los hechos», conocer el horario de trabajo del procesado para el momento de los acontecimientos y «... conocer si efectivamente se presentó en tiempo y espacio las irregularidades y hechos delictivos que aquí se predican, puede dar señales durante el tiempo que permanencia

a solas la menor»9.

Así las cosas, la labor investigativa de la defensa que posibilitó la petición probatoria y el testimonio que rindió el procesado en su propio juicio, muestran la suficiencia de la imputación temporal en relación con cada delito.

Ahora bien, en lo que atañe al principio de convalidación de los actos procesales, que si bien, en la diligencia de acusación, la defensa no hizo mención de la irregularidad planteada ahora en sede de casación, no por ello se puede decir que cobra existencia, como quiera que el silencio del abogado no se trató de un acto de refrendación de los supuestos defectos, sino de la clara comprensión de los hechos jurídicamente relevantes que adecuó la Fiscalía en los diferentes tipos penales.

No se revela transgresión de las garantías de la defensa como tampoco refulge la necesidad de la intervención de la Corte para lograr una de las finalidades previstas en el artículo 180 del C.P.P., lo que hace inadmisibile la demanda de casación.

Se advertirá al recurrente que contra la misma procede la insistencia, conforme a las directrices que sobre la materia ha indicado esta Corte10.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de José Yovanny Peña Buitrago, contra sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 8 de agosto de 2018, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 15, carpeta original

2 (CSJ AP2136-2016, Rad. 47448).

3 Ídem.

4 Record de la audiencia de imputación minuto 56:30

5 Record la audiencia de imputación minuto 56:30 a 57:56

6 Record de la audiencia: 1:03 a 1:08:41

7 Record minuto 2:49 del 16 de septiembre de 2015

9 Folio minuto 42:42 a 44:28

10 AP, 12 dic. 2005, rad. 24322; AP, 7 sep. 2006, rad. 25891; AP, 13 sep. 2006, rad. 25790; AP, 24 ene. 2007; AP, 15 may. 2008, rad. 29251; AP, 9 jun. 2008, rad. 29529; AP, 4 mar. 2009, rad. 31109; AP, 14 sep. 2009, rad. 32256; AP, 24 mar. 2010, rad. 32730; AP. 7 mar. 2012, rad. 37888; AP. 25 jun. 2014, rad. 42597; AP7224-2014, rad. 39900; SP11156-2015, rad. 45305; entre otros.