



Bogotá, D.C., 22 de septiembre de 2020
Oficio PSDCP -. CON – N.º 74

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M. P. EYDER PATIÑO CABRERA
E. S. D.

Radicado: 54.372 - Ley 906 DE 2004
Procesado: SAMUEL NAJAR ALBA

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, y lo previsto por el acuerdo número 020 del 29 de abril de 2019 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal conceptúa en defensa del orden jurídico, derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa de Samuel Najjar Alba en contra del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la decisión del Juzgado Penal Treinta y Cinco con funciones de conocimiento de la misma ciudad, que condenó al procesado por el delito de acceso carnal violento.

HECHOS

Se concretan de la siguiente manera:

“según la acusación, el día 15 de junio de 2008, encontrándose la menor C.L.T.T. de catorce años de edad para esa época, en la casa de su amiga Cindy Grisset Jiménez Najjar, localizada en la diagonal 47 sur número 11 A bis – 83 de esta ciudad, el señor Samuel Najjar Alba, tío de Cindy Grisset Jiménez Najjar, la intimidó con un arma corto punzante, le tocó sus genitales y la accedió carnalmente”.



ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Diez y Siete Penal Municipal con Función de Control de Garantías; en diligencia llevada a cabo el 10 de marzo de 2015 le fue imputada la comisión de la conducta punible de acceso carnal violento y acto sexual violento, de conformidad con lo previsto en los artículos 205 y 211 numeral 2 del Código Penal.

Correspondió el conocimiento al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante quien la fiscalía el 15 de octubre de 2015 formuló acusación por la comisión de la conducta que le fuera imputada, despacho que una vez agotó las diligencias previstas en la Ley 906 de 2004, el 20 de febrero de 2018 profirió fallo en el que condenó al procesado por la responsabilidad en la comisión de la conducta típica objeto de acusación; fallo que fue confirmado a instancia del Tribunal Superior de Bogotá, decisión que ahora es objeto de demanda de casación y que ocupa la atención de esta agencia ministerial.

LA DEMANDA

Demanda en la que se postulan dos cargos, como a continuación se anuncia:

Primer cargo: la inconformidad radica en que el tribunal al proferir la sentencia condenatoria incurrió en violación indirecta de la ley sustancial derivados del error de hecho de falso juicio de identidad, por cuanto al apreciar el caudal probatorio desconoció las reglas y criterios previstos para la producción y valoración probatoria, y con base en ellas condenó al procesado.

Segundo cargo: El reproche estriba en que el tribunal al dosificar la pena a imponer aplicó indebidamente la ley llamada a regular el caso, por cuanto partió de un cuarto diferente del que debió partir.



CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

La inconformidad radica en que la decisión de segunda instancia viola indirectamente la ley sustancial, por cuanto al realizar la actividad valorativa del material probatorio desconoció los estándares y criterios previstos para esa labor y con base en ello fundó la sentencia, además de reclamar de que el fallador al individualizar la pena a imponer partió del cuarto diferente del que debió partir, actuación con la que desconoció la ley llamada a regular el caso incurriendo en violación directa de la ley sustancial.

Teniendo en cuenta que los reproches fueron postulados bajo el ropaje de que el fallador desconoció los criterios para la valoración probatoria además de aplicar indebidamente la ley llamada a regular el caso; para desatar los problemas jurídicos planteados, inicialmente se analizará qué define la ley y la jurisprudencia acerca de los problemas jurídicos propuestos para por último verificar si realmente tuvieron ocurrencia como lo propone el demandante.

DEL PRIMER CARGO

De la violación indirecta de la ley sustancial, errores de hecho.

Respecto del reproche en que el Tribunal desconoció las reglas para la apreciación de las pruebas. Frente a ello debe decirse que de acuerdo con el artículo 181-3 de la Ley 906 de 2004, la casación procede cuando se afecten garantías fundamentales, producto del manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia de segunda instancia.

Desconocimiento de las reglas de la valoración probatoria que ha sido calificada por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como una infracción indirecta o mediata de la ley sustancial, derivando en los errores en la construcción de la premisa fáctica del silogismo jurídico.



Se tiene que cuando en esta sede se acude a la violación indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho en las fases de observación o valoración de la prueba, ha de acreditarse el desconocimiento de una situación fáctica, producto de la incursión en falsos juicios de existencia, identidad o falso raciocinio. Así se desprende de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, con radicado número 47.636 de 2017.

Como quiera que los errores de hecho se producen cuando el funcionario judicial al entrar a valorar los medios de prueba, les da un alcance distinto a lo que el medio de prueba indica, o deja de valorar un medio oportuno y legalmente aportado, o deduce circunstancias que de él no se desprenden, o tiene por prueba un elemento que no ha sido aportado debidamente al proceso; así lo ha dilucidado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia con radicado número 39.926 de 2013 que al respecto se ocupó de indicar que:

“La violación indirecta de la ley sustancial, está relacionada con el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, clasificando los errores en que puede incurrir el administrador de justicia, de acuerdo a los siguiente:

1) Errores de derecho, se presenta cuando el juzgador contraviene el debido proceso probatorio, puede ser por:

- **Falso juicio de legalidad**: cuando se desconocen las reglas que regulan la producción, práctica o incorporación de un determinado medio de prueba.

- **Falso juicio de convicción** (excepcional): cuando se desconoce el valor prefijado en la ley al medio de prueba, aducida en debida forma.

2) Errores de hecho, los cuales obligan a aceptar que el elemento de persuasión satisface las exigencias de su producción y que no tiene en la ley un predeterminado valor de convencimiento, habida cuenta que las falencias en que puede incurrir el juzgador se manifiestan a través de tres diferentes especies:



- **Falso juicio de identidad**, porque adiciona o recorta la expresión fáctica de un elemento probatorio o distorsiona su contenido;

- **Falso juicio de existencia**, debido a que tiene como probado un hecho que carece de acreditación, o supone como incorporada a la actuación la prueba de ese aspecto, o porque omite apreciar un elemento de conocimiento legal y allegado en forma válida; y

- **Falso raciocinio**, que se presenta por desviación de los postulados que integran la sana crítica (reglas de la lógica, leyes de la ciencia y máximas de la experiencia) como método de valoración probatoria”.

Del cargo

Teniendo en cuenta que la inconformidad radica en que los falladores en las instancias correspondientes desconocieron que las testigos, tanto la víctima como la testigo presencial de los hechos, Cindy Grisset Jiménez Najar faltaron a la verdad ya que las veces que rindieron las versiones se contradijeron en sus dichos, además de haberse desconocido la información que suministra en el informe de Medicina Legal, y sin embargo el juez singular infirió la responsabilidad del procesado.

Sin embargo al revisar el fallo objeto de impugnación se advierte sin lugar a dudas que el tribunal determinó que las pruebas que fueron aducidas al juicio dan cuenta de que el procesado es el autor del delito por el que fue condenado, que si bien es cierto que Cindy Grisset Jiménez Najjar, sobrina del procesado y testigo presencial de los hechos se haya retractado de lo dicho inicialmente cuando rindió la versión de los hechos con lo que contó en el testimonio que rendido en el juicio oral; sin embargo la judicatura determinó que en lo toral la testigo mantiene la credibilidad en cuanto indicó que desconfió de su tío cuando la mando a comprar cilantro, que luego fueron encerradas con su amiga en la habitación de su familiar, quien echó pasador a la puerta principal y estando allí inició el acto en contra de su amiga y hoy víctima del abuso sexual, subió el volumen al equipo para evitar que fueran escuchados sus gritos y las amenazó si llegaban a contar lo sucedido,



testimonio que coincidió con lo informado por la víctima acerca de la ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, pretender remover la decisión de condena con el argumento de que las menores, víctima y testigo, mintieron en la primera vez que rindieron la versión de los hechos para evitar que Samuel Najjar, tío de la testigo y presunto agresor, contara acerca de la adición a las drogas e involúcralas en el hurto de un dinero, incitando al juzgador que sólo le de credibilidad a la versión rendida en el juicio oral; al respecto debe indicarse que en esta situaciones la Corte Suprema de Justicia ha dilucidado el tema cuando existan contradicciones frente a un mismo aspecto, así se advierte de la sentencia con radicado número 46992 de 2019 al indicar que:

“El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos”.

Luego entonces frente a la retractación de Cindy Grisset Jiménez Nanjar, sobrina del procesado y testigo presencial de los hechos, los juzgadores en



las instancias determinaron que ello obedeció a alienación parental, por cuanto la familia, su madre y demás dejaron de dirigirse a ella negándole cualquier trato, que para remediar la situación declaró en favor de su tío, sin embargo esa actuación no le resultó creíble a los jueces en sus instancias, que valorado bajo los criterios previstos para esa clase actuaciones concluyeron que la versión que rindió la primera es creíble, por cuanto informó pormenores de cómo ocurrieron los hechos, relatos que coinciden incluso con la versión que suministró la víctima y el procesado en cuanto al escenario de cómo ocurrieron los hechos, y con base en ello determinó condenar al procesado como en efecto ocurrió.

En relación de que no se demostró lesiones que indiquen violencia sobre la víctima, al respecto debe advertirse que según lo tiene decantado la jurisprudencia del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria en la decisión con radicado número 47728 de 2017 señaló que:

“De manera que el funcionario judicial a quien le corresponde valorar el dictamen y determinar su objetividad conforme a los parámetros de la sana crítica probatoria, no está obligado a admitir las conclusiones de los peritos cuando encuentre que los fundamentos y resultados no se hallan dentro de la esfera de su dominio ni conforme a los métodos, prácticas o experimentos utilizados”.

De lo actuado por los jueces en sus instancias no se advierte que hayan desconocido criterios, parámetros o reglas previstas para la valoración probatoria; se tiene que los juzgadores determinaron que los hechos si ocurrieron y que el responsable es el hoy procesado y condenado; en consecuencia las actuaciones de los falladores están ajustadas con lo previsto en la Ley 906 de 2004, lo que deviene que el cargo no tenga vocación de prosperar.

SEGUNDO CARGO:

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

En lo que tiene que ver con la violación directa de la ley sustancial, se dice que esta ocurre de la equivocación en que incurre el juzgador de manera



inmediata, sin mediar un yerro en la apreciación de la prueba, al realizar el juicio de derecho, es decir, al aplicar la normatividad que corresponde a los hechos materia de juzgamiento.

La equivocación aludida se manifiesta a través de tres variaciones, así: la primera, denominada falta de aplicación o exclusión evidente, se presenta cuando no se aplica la norma que corresponde porque el juez yerra acerca de su existencia; a través de la segunda, denominada aplicación indebida, el sentenciador efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición; en la última, conocida como interpretación errónea de la ley, los procesos de selección y adecuación al caso en cuestión son correctos pero, al interpretar el precepto, el juez le atribuye un sentido que no tiene, o bien le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido” así lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia dentro de ellas la sentencia con radicado número 32411 de 2010.

Del cargo

Como la inconformidad consiste en que al dosificar la pena a imponer, la judicatura tuvo en cuenta el aumento de penas de la Ley 890 de 2004 e igualmente el incremento previsto en la Ley 1236 de 2008, norma que para la época de los hechos, 15 de junio 2008, no estaba vigente.

Al respeto se advierte que si los hechos materia de investigación ocurrieron el 15 de junio de 2008, que al procesado le fue imputado la responsabilidad de cometer el delito de acceso carnal violento, conducta tipificada en el artículo 205 del Código Penal que preveía pena de prisión de ocho (8) a quince (15) años, norma que fue modificada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, aumentando las penas en la tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo.

Ahora bien, los juzgadores en sus instancias al individualizar la pena imponer al procesado tras hallarlo responsable de cometer el delito de acceso carnal violento tuvieron en cuenta el incremento punitivo previsto en la Ley 1236 de 2008, norma que entró en vigencia el 23 de julio de 2008, tiempo después de ocurridos los



hechos objeto investigación, como quiera que estos ocurrieron el 15 de junio de 2008.

Si se tiene en cuenta que la Constitución Política en el artículo 29 señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; además de regular que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Norma que encuentra desarrollo en la Ley 599 del año 2000 y la Ley 906 de 2004 en el artículo 6, de la que se extrae que:

“Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia”

Principio de legalidad que en criterio de la Corte Constitucional debe ser protegido, así se advierte entre otras en la sentencia de Constitucionalidad número 645 de 2012 al indicar que en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de legalidad se desprende del artículo 29 superior que preceptúa que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, siendo reflejo de múltiples instrumentos internacionales que consagra esa garantía dentro del derecho fundamental al debido proceso.

Vista así las cosas, se advierte que los juzgadores desconocieron el principio de legalidad, por cuanto al individualizar la pena a imponer tuvieron en cuenta la Ley 1236 de 2008 que entró en vigencia el 23 de julio de ese año y los hechos objeto de investigación ocurrieron el 15 de junio de 2008, lo que denota una clara violación de la ley; si se tiene que los juzgadores en las decisiones judiciales deben observar el principio de legalidad englobados en el debido proceso que fue elevado al rango del derecho fundamental por el constituyente de 1991, debiéndose por lo tanto corregir esa situación, ajustando lo actuado conforme lo



dispone la norma aplicable al caso en concreto y al momento de ocurrencia de los dos hechos, bajo esa consideración el cargo tiene vocación de prosperar.

Ahora bien, revisada la actuación del fallador en segunda instancia se advierte que para emitir condena en contra del procesado tuvo en cuenta que existen suficientes pruebas que dan cuenta de la responsabilidad en la comisión de los hechos objeto de investigación, pero se equivocó al individualizar la pena a imponer porque aplicó la ley que aún no estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos, actuación que para ser corregida debe la Corte Suprema de Justicia proferir fallo en donde se privilegie el principio de legalidad, aplicando la ley vigente al momento de los hechos, debiendo redosificar la pena imponible, en consecuencia debe ser casado parcialmente el fallo impugnado.

PETICIÓN.

Bajo estas consideraciones la inconformidad propuesta en cargo nominado numero 1 no tiene vocación de prosperar, debiéndose mantener incólume la decisión por este cargo en tanto no se advierte laceración a los derechos del procesado, por el contrario, se salvaguardan los principios que orientan la administración de justicia, dentro de ellos lo favorable al procesado; pero en relación con el cargo de que la decisión de segunda instancia viola directamente la ley sustancial si está llamado a prosperar, por cuanto la actuación desconoció el principio de legalidad ya que aplicó una ley que no estaba vigente al momento en que ocurrieron los hechos objeto de investigación. Por lo anotado, en criterio de esta Procuraduría, con todo respeto, solicita a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia **CASAR** parcialmente el fallo objeto de impugnación.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente

JAIME MEJÍA OSSMAN

Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal

D.R.