

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP1145-2017

Radicación n.º 49313

(Aprobado acta n.º 50)

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina los fundamentos de orden jurídico, lógico y argumentativo de la demanda de casación presentada por el defensor de Jhon Mauricio Padilla contra la sentencia dictada por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de agosto de 2016, en virtud de la cual, tras confirmar -con la modificación respecto del quantum de la pena- la emitida por el Juzgado 31 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad, condenó al nombrado como autor del concurso punible heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados; al tiempo que lo absolvió por el injusto de incesto.

LOS HECHOS

Así se consignaron en el fallo que se impugna, según los relató la Fiscalía en la audiencia de acusación:

...fueron denunciados el 29 de junio de 2007 por la señora Rubi Alejandra Martínez, quien pone en conocimiento los hechos ocurridos y que conoció en forma directa el 28 de junio de 2007, consistente en el abuso sexual del que había sido víctima su menor hija por parte del propio padre, quien la cogió por detrás, le introdujo los dedos de la mano en la vagina y la hizo sangrar, tal como ella lo pudo observar de la ropa interior que usaba para el día de los hechos la menor.

Se conoció por versión de la propia menor, es decir de la menor cuyas iniciales son R.A.M. (sic) [N.F.P.M.] que el imputado actuaba al parecer bajo los efectos del licor, quien procedía a besarla, a despojarla de su ropa y hacía tocamientos en todo su cuerpo introduciendo los dedos de la mano en la vagina, lugar que gustaba a su papá, así lo refiere la menor, es el huequito de la virginidad. Dice la menor que el papá le decía que eso era un secreto entre ellos porque tenía miedo que lo demandaran.

También comenta que su papá con el pene la molestaba y lo introducía por su ano. Esos hechos ha referido la menor le generaban dolor y sangrado. También se conoce por parte del recaudo probatorio que los hechos venían ocurriendo desde que la menor contaba con 8 años de edad¹, en la casa de habitación donde residía la menor con su padre el señor Jhon Mauricio Padilla...atendiendo la denuncia se conoce era en la transversal [...]², eso ocurría en la habitación del padre y en la habitación de la menor siendo último (sic) comportamiento reprochable referido por la menor en diciembre del año dos mil nueve (2009), donde le succionó con su boga la vagina de la menor.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 5 de mayo de 2012 el Juzgado 31 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la capital del país declaró la legalidad de la captura de Jhon Mauricio Padilla -orden que fue expedida en audiencia anterior-, así como la conformidad de la imputación que le hiciere la Fiscalía por el concurso heterogéneo de acceso carnal abusivo

con menor de 14 años, agravado, actos sexuales con menor de 14 años, agravado, éste en concurso homogéneo y sucesivo, e incesto, según los artículos 208, 209, 211 -numeral 5- y 237 del Código Penal. Por último, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario³.

2. El 7 de junio siguiente la Fiscalía 319 Seccional radicó escrito de acusación, en el que atribuyó a Padilla las conductas punibles referidas, pero todas en concurso homogéneo y sucesivo⁴, y lo verbalizó el 24 de julio posterior ante el Juzgado 31 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad⁵.

3. La audiencia preparatoria se surtió el 19 de junio de 2013⁶ y la del juicio oral en sesiones que iniciaron el 26 de agosto de esa anualidad⁷ y finalizaron el 15 de julio de 2014⁸, última en la que se anunció sentido condenatorio del fallo.

4. En la sentencia, que se profirió el 16 de febrero de 2015, el Juez absolvió a Padilla por el delito de incesto y lo condenó por el concurso heterogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados.

En consecuencia, le impuso la pena principal de 238 meses de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la primera y «en lo pertinente lka (sic) pena de la privación de la patria potestad si fuere titular de ella para este momento»⁹.

5. En proveído del 31 de agosto de 2016, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al resolver la apelación interpuesta por la defensa, negó la nulidad planteada y modificó las sanciones de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas¹⁰, para dejarlas en 178 meses y 15 días. En lo demás confirmó la determinación¹¹.

LA DEMANDA

El defensor, luego de relacionar las partes, los sujetos intervinientes, la decisión impugnada y la actuación judicial, asegura, en punto de la finalidad del recurso, que su pretensión es que se haga efectivo el derecho material, pues se profirió condena a pesar de que la duda, tanto de la materialidad de la conducta como de la responsabilidad de su cliente, es ostensible. Ello fue consecuencia de la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, concretamente las máximas de la experiencia, que impidió a los jueces observar los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia.

Formula un único cargo con apoyo en la causal tercera de casación que fundamenta así:

Falso raciocinio. El Tribunal razonó «contrariando las reglas que inspiran la sana crítica»¹² y desatendió los artículos 379, 380, 402 y 404 del estatuto adjetivo penal, con lo cual violó indirectamente, por aplicación indebida, los preceptos 9, 10, 11, 31, 208, 209 y 211-5 del Código Penal y, por falta de aplicación, los cánones 29-4 de la Constitución, 7 y 381 de la Ley 906 de 2004. El yerro tuvo lugar por ignorar «reglas de la experiencia y postulados de la lógica»¹³.

Se equivocaron los juzgadores al no creer lo expuesto en juicio por la víctima y su madre, pero sí en lo que manifestaron en las entrevistas rendidas, y estas versiones se apreciaron «por fuera de las reglas que informan la sana crítica»¹⁴. Es más, al cotejarlas con los demás elementos tienen «menguado valor suasorio»¹⁵.

En los delitos sexuales la pericia es prueba de referencia y en esta ocasión son varias las que ostentan ese carácter, entre ellas, los testimonios de la madre de la menor, que formuló la denuncia y narró lo que le comentó la niña; los galenos Fanny Cecilia Niño Guevara y Carlos Enrique Lozano Reyes; las psicólogas Ángela María Trujillo Manosalva y María Paola Islenia Figueroa y la defensora de familia María Cristina Roberto Aguilar.

Madre e hija se retractaron en juicio (recuerda algo de lo expuesto por la última).

El acusado, que renunció a su derecho de guardar silencio, se declaró ajeno a las imputaciones y manifestó que en una oportunidad, por su comportamiento ejemplar, le fue dada la custodia de la menor.

Aunque la duda era ostensible, los funcionarios judiciales, por haber errado en la apreciación probatoria, arribaron a falsas inferencias (cita segmentos del fallo de segundo grado), desconociendo así «los principios de la lógica, los postulados de la ciencia o las reglas de la experiencia»¹⁶. De no haber inadvertido las reglas de la experiencia¹⁷, habrían absuelto por duda razonable.

El dislate reside en que el ad quem concluyó que la retractación obedeció al interés de favorecer al acusado, empero no existe una regla según la cual «siempre o casi siempre que un menor, víctima de delito sexual, se retracta en juicio oral, está mintiendo»¹⁸. Ello porque la retractación puede tener como génesis infinitas variables que no necesariamente se orientan a favorecer al implicado.

Así las cosas, era imposible condenar a su prohijado, pues con las demás pruebas no se mantiene la decisión, y ello imponía aplicar el postulado de in dubio pro reo. En consecuencia, solicita se case la sentencia y en su lugar se absuelva a su defendido.

CONSIDERACIONES

1. En el estatuto procesal penal de 2004 se previó la casación con el propósito de que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria realice un control legal y constitucional a la sentencia emitida en segunda instancia por un Tribunal Superior. Bajo esa línea, es preciso que, conforme a lo dispuesto en el artículo 184 ejusdem, la demanda correspondiente contenga una argumentación sólida, lógica y coherente en la que, con apoyo en los motivos expresamente señalados por el legislador, se planteen en

forma ordenada y clara los errores de juicio o de procedimiento en que pudo incurrir el fallador y se resalte su incidencia en el sentido de la determinación.

En efecto, es absolutamente necesario cumplir con unas obligaciones mínimas, en punto de los presupuestos del reproche, que se traducen en la correcta elección de la causal invocada, la suficiencia en los fundamentos de la censura, su trascendencia y al acatamiento de los principios de autonomía, prioridad y no contradicción.

Así mismo, teniendo en cuenta la relevancia que el legislador de 2004 otorgó a los propósitos del recurso extraordinario, al censor le asiste la obligación de enseñar cuál sería la finalidad -de alguna de las previstas en el artículo 181 ibidem- que pretende alcanzar. Carga que no se satisface con reproducir el contenido de la norma; es indispensable explicar con suficiencia cuál fue el derecho o garantía desconocidos, cómo ocurrió la lesión o el ultraje y cómo, entonces, esta Corporación debe restablecer el quebranto, al tiempo que si lo pretendido es la unificación de jurisprudencia, indicar el tema respecto del cual se hace forzoso el pronunciamiento.

2. La demanda presentada en esta ocasión no reúne las exigencias expuestas y la Corte tampoco considera necesario superar los defectos para resolver de fondo sobre el asunto planteado. Estas son las razones:

2.1. El actor reclama la intervención de la Sala bajo el argumento que existe duda razonable en torno a la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, lo que impone aplicar el principio *in dubio pro reo*.

Tal enunciado quedó en una simple formulación, pues ningún ejercicio dialéctico, orientado a su demostración, ofreció, dejando, seguramente, su acreditación a la prosperidad del reproche, lo que tampoco logró.

2.2. Propuso el letrado un único cargo por falso raciocinio, pero inobservó los

requerimientos que, para una adecuada crítica por esta vía, ha delineado la jurisprudencia.

Quien elige esta senda de ataque está obligado a revelar con claridad el elemento sobre el cual recayó el error y a enseñar en qué consistió el equívoco del juzgador al hacer la valoración crítica. Para ello es menester señalar qué fue lo que infirió o dedujo, cuál fue el mérito persuasivo otorgado y cuál la regla de la lógica, la ley de la ciencia o la máxima de experiencia que desconoció, y luego acreditar el postulado lógico, el aporte científico correcto o la regla de la experiencia que debió tener en cuenta para la apropiada apreciación de la prueba. Finalmente, a efectos de justificar la trascendencia, le corresponde realizar una nueva evaluación del material probatorio y comprobar cómo, eliminado el vicio, no es posible sostener el sentido de la decisión.

Afirmar a la vez, como lo hace el jurista, que se desatendieron reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, pone en evidencia la falencia de su cuestionamiento.

Mientras los postulados lógicos «son proposiciones que responden al principio de conocimiento y que, por lo tanto, representan adecuadamente la realidad y la verdad a partir de la verificación de las alternativas posibles de inferencia racional» (CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 34134), como bien podrían ser los de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente; la experiencia es «la enseñanza adquirida por el uso, la práctica o el diario vivir, admitida como tal por un conglomerado social que se desenvuelve en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar». (CSJ SP7326-2016, rad. 45585). Y, por ciencia, «se entiende el “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales”¹⁹, por cuya razón, como ha tenido oportunidad de señalarlo la Corte, “para que el sistema de conocimientos en un área de la ciencia deduzca una ley o un principio con carácter universal, requiere que los métodos cognoscitivos dirigidos a ese fin encuentren fundamento en conceptos

exactos, cuya veracidad sea comprobable y demostrable a través de la práctica social²⁰ o científica”²¹». (CSJ SP 5 jun. 2013, rad. 41044).

2.3. El actor amonesta al Tribunal por diversas causas, una de ellas -al parecer la esencial- porque aplicó la regla según la cual todos los menores que se retractan están mintiendo. En criterio del libelista, esa fue la razón para que se desatendieran las exposiciones de la víctima y de su madre en el juicio.

Una lectura detenida de las sentencias permite documentar su equívoco porque, si bien los juzgadores arribaron a la conclusión que madre e hija se retractaron y que se debía creer en sus versiones primigenias, ello no fue consecuencia del empleo de un enunciado de la naturaleza advertida por el impugnante, sino del análisis cuidadoso de sus atestaciones iniciales y posteriores, en conjunto con el resto de elementos probatorios.

El ad quem recordó que en la vista pública, pese a que la Fiscalía le rememoró a la menor lo que expuso cuando denunció los actos perpetrados por su padre, la jovencita afirmó que había mentido, pero los motivos que esbozó para tal actuar fueron hallados inverosímiles por la colegiatura. Para el efecto, inspeccionó las respuestas ofrecidas en esa sesión, así como sus relatos anteriores, y explicó que las manifestaciones que ofreció a los médicos y psicólogos fueron uniformes, coherentes, claras y detalladas, al tiempo que los profesionales dieron cuenta sobre su actitud durante las entrevistas.

En ese orden, el juez plural trajo a colación lo depuesto por la psicóloga Ángela María Trujillo Manosalva y la médica Fanny Cecilia Niño Guevara. La primera, aseveró que la niña «efectuó frases completas y elaboradas que le permitieron realizar una narración coherente, consistente y con estructura lógica, a lo que se suma que evidenció expresión emocional en la niña cuando refería determinadas situaciones características de la conducta sexual»²², y la segunda, quien dio cuenta de un hallazgo a nivel anal,

adujo:

Con un relato como el que la menor dijo de una conducta que es un tocamiento en la región inter-glútea encontrar un hallazgo como la presencia de una fisura que en una pequeña solución de continuidad pues nosotros lo concluimos como susceptible-sugestivo de una manipulación a ese nivel si por ejemplo la víctima no nos dijera nada de eso y encontráramos una solución como esa tendríamos que empezar a buscar otra posibilidad, pero un relato como ese y un trauma como ese es sugestivo de una conducta como la referida por la niña.²³

Al analizar las justificaciones que en juicio dio N.F.P.M., el sentenciador resaltó detalles que le generaron suspicacia, cómo haber sido insistente en asegurar que temía porque en razón de su relato inicial su progenitor fuera privado de la libertad y «constantemente pretendió justificar el actuar del implicado con el hecho de que estaba embriagado»²⁴.

Con apoyo en motivos semejantes, el Tribunal consideró también improbable el testimonio rendido en la audiencia por la progenitora, a la vez que le generó desconfianza la explicación que aquella dio en torno a la mancha roja de sangre que advirtió en la ropa interior de la niña y que la motivó a llevarla a Medicina Legal, pues es bien distante de la ofrecida por el acusado cuando decidió renunciar a su derecho de guardar silencio, lo que le impidió darle credibilidad. Mientras aquella mencionó que «obedeció a que con anterioridad P.M. había ingerido remolacha»²⁵, el procesado indicó que su hija padecía de estreñimiento, sin que alguna de las dos eventualidades se acreditara en el proceso.

2.4. El impugnante, al interior del mismo cargo, revela otro tipo de inconformidades que le imponían elegir un camino diverso para el ataque, así como exhibir, en acápite separado, los argumentos de sustento.

Obsérvese que amonesta al Tribunal por dar cabida a pruebas de referencia y, a la vez, por soportar la condena en medios de esta última índole, pero no esgrime fundamento alguno.

Lo primero que hay que acotar es que una cosa es atacar el fallo por la admisión de prueba de referencia, caso en el cual la vía a seguir es la del error de derecho por falso juicio de legalidad, y otra muy distinta es reprobarlo porque la condena se basó únicamente en esa clase de medios, evento éste en el que la ruta correcta es el falso juicio de convicción.

En segundo término, pasa por alto que las entrevistas de menores de edad víctimas de delitos sexuales son pruebas de referencia admisibles, por expreso mandato del legislador (artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, con la modificación introducida por el 3 de la Ley 1652 de 2013).

De otra parte, también descartó la realidad, pues los testimonios de los galenos y de las psicólogas pueden tener un doble carácter. Si bien pueden dar cuenta de lo que les contó la víctima (referencia), lo cierto es que también pueden referir lo que percibieron directamente del entrevistado, como su estado anímico, sus condiciones físicas, psíquicas, sus reacciones y hasta los rasgos de su personalidad (directa). Por manera que una misma persona puede ser testigo indirecto y directo, todo depende del contenido de lo narrado.

Las razones precedentes conducen a inadmitir la demanda.

3. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201426.

4. La Corte, según la facultad que le otorga el inciso 3° del artículo 184 del Código

de Procedimiento Penal de 2004, atendiendo los fines de la casación, tiene sentado (cfr. CSJ AP, 9 jun. 2008, rad. 29520 y CSJ AP, 16 dic. 2008, rad. 30242, entre otros) que le surge el deber de actuar oficiosamente cuando advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia. Lo anterior sin necesidad de convocar a audiencia de sustentación porque, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia (CSJ SP, 25 jul. 2007, rad. 27383), ella es improcedente cuando el censor no advierte la presunta irregularidad evidenciada por la Sala y que constituye la razón para entrar en el fondo del asunto.

En este caso, como aparece inevitable determinar la posible afectación de los principios de legalidad, al momento de fijar la pena accesoria, y de proporcionalidad, concretamente, al readecuar el Tribunal la sanción privativa de la libertad, una vez quede en firme esta providencia la actuación regresará al despacho del Magistrado Ponente para que estudie la posibilidad de la casación oficiosa.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Jhon Mauricio Padilla contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Vencido dicho término, el expediente debe regresar al despacho para proferir sentencia, según el punto 4 de las consideraciones de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Nació el 8 de diciembre de 2001.

2 La Corte omite esa información para preservar el derecho a la intimidad de la menor.

3 Cfr. folios 18 y 19 de la carpeta.

4 Cfr. folios 29 a 32 Id.

5 Cfr. folio 37 Id.

6 Cfr. folios 71 y 72 Id.

7 Cfr. folios 101 y 102 Id.

8 Cfr. folio 139 Id.

9 Cfr. página 16 de la providencia,

10 Tuvo en cuenta que, por razón de la fecha del acceso carnal, no había lugar a aplicar la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008.

11 Cfr. folios 22 y 53 del cuaderno del Tribunal. Advirtió la colegiatura que el delito de incesto estaba prescrito, pero hizo prevalecer la absolución.

12 Cfr. página 11 del libelo.

13 Id.

14 Cfr. página 13 Id.

15 Cfr. Id.

16 Cfr. página 17 Id.

17 Cfr. página 18 Id.

18 Cfr. página 19 Id.

19 [cita contenida en el texto transcrito] Diccionario Esencial de la lengua española,

Real Academia Española, 2006.

20 [cita contenida en el texto transcrito] La Ciencia, M.B. Kédrov y A. Spirkin; Ediciones Grijalbo.

21 [cita contenida en el texto transcrito] Sentencia del 15 de septiembre de 2010, radicación 32488.

22 Cfr. página 20 del fallo de segunda instancia.

23 Cfr. página 18 Id.

24 Cfr. página 23 Id.

25 Cfr. página 24 Id.

26 Radicado 42597.