

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP1165-2017

Radicación 49353

Aprobado acta número 50

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

Decide la Sala acerca del cumplimiento de los requisitos para admitir la demanda de casación que presentó el abogado de YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la cual confirmó la pena de nueve (9) años de prisión que le impuso a esa persona el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de dicha ciudad, luego de hallarlo autor responsable por la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce (14) años.

I. SITUACIÓN FÁCTICA Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Durante los últimos meses de 2011, en Cali, la madre de un niño de seis (6) años de edad le contó a la directora de la institución de protección infantil Casita del Belén que su hijo señalaba a YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA, vigilante y encargado de las labores de mantenimiento en el plantel, como la persona que lo llevaba hacia sus dependencias y, a cambio de dulces, le mostraba el pene, se lo restregaba en las

nalgas y con este le tocaba el ano.

Por ello, el psicólogo del instituto entrevistó, al igual que valoró, al menor de edad. Este ratificó lo que el niño le había dicho a la madre y, además, lo consideró cierto.

A raíz de lo anterior, la directora denunció a YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA ante las autoridades el 1º de diciembre de 2011. Un médico legista examinó al menor y concluyó que había sido víctima de abuso sexual. Posteriormente, la madre retiró a su hijo del centro educativo, cambiaron de domicilio y no se les pudo ubicar de nuevo.

2. El 27 de octubre de 2013, la Fiscalía General de la Nación le atribuyó a YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA la realización del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años, según lo previsto en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008.

Como el imputado no aceptó cargos, la Fiscalía la acusó por ese mismo comportamiento el 3 de marzo de 2014.

3. El juicio lo llevó a cabo el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Cali, despacho que el 22 de abril de 2016 condenó al acusado por la conducta punible atribuida a nueve (9) años o ciento ocho (108) meses de prisión, así como de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas. Adicionalmente, le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

4. Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en decisión de 22 de julio de 2016, la confirmó en los aspectos debatidos,

relacionados con la prueba de la responsabilidad penal.

5. Contra la sentencia de segunda instancia, el abogado de YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA interpuso, a la vez que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

II. LA DEMANDA

1. Propuso el recurrente dos (2) cargos. El primero, con base en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 («[d]esconocimiento del debido proceso»), por nulidad. Y el segundo, al amparo de la causal tercera («desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba»), por error de derecho. Los sustentó así:

1.1. Violación del debido proceso. La causal de prueba de referencia admisible contenida en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013 (ser «menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos [...] sexuales»), no podía «ser aplicada en el juicio, a propósito que no tenía vida jurídica el 1º de diciembre de 2011, cuando se formuló la denuncia penal»¹.

Tampoco se podía admitir la declaración de referencia con fundamento en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal («eventos similares»), dado que la Fiscalía presentó la solicitud de admisión bajo la causal e), que es ley posterior al acto que le fue atribuido al acusado. Y menos se podía sostener que se trataba de una norma de «orden público de inmediato cumplimiento»², toda vez que se desequilibró el principio de igualdad de armas que rige en el juicio.

1.2. Falso juicio de legalidad. En este caso, «la aducción de la prueba de referencia excepcional [esto es, la declaración del testigo que entrevistó al menor de edad] fue

presentada por la Fiscalía en virtud del artículo 438 literal e) del Código de Procedimiento Penal y en forma alguna por la causal b)»³. Pero «la causal contenida en el literal e) del artículo 438 en cuestión NO se podía aplicar por tratarse de una norma posterior y desfavorable al acusado»⁴. Por eso, se «rompe con el principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución y el rector 6 de la Ley 906»⁵.

2. En consecuencia, pidió en relación con ambos cargos casar el fallo impugnado con el fin de absolver a YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA del delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años.

III. CONSIDERACIONES

1. La casación es un recurso extraordinario y reglado que les permite a los interesados cuestionar ante la máxima autoridad de la justicia ordinaria la correspondencia de una sentencia de segundo grado con el orden jurídico.

Dicha confrontación repercutirá si se descubre en el fallo algún error de trámite o de juicio jurídicamente relevantes, ya sea propuesto por el recurrente o advertido de oficio por la Corte.

Una decisión ajustada a derecho, por el contrario, es aquella que logra sobrevivir racionalmente a la crítica. Y la crítica será intrascendente cuando no refuta la providencia, es decir, si no establece bajo los parámetros jurisprudenciales dirigidos a la adecuada demostración de un yerro que riñe en aspectos sustantivos con la [Constitución Política](#), la ley o los principios que las rigen.

De ahí que el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable para este asunto, consagra que el recurrente deberá presentar una «demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos». Y esta no será seleccionada, según el artículo siguiente, cuando «el demandante [...] no

desarrolla los cargos de sustentación o cuando se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso».

2. En este caso, los reproches propuestos por la defensa de YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA no serán acogidos, y por lo tanto su demanda tampoco podrá admitirse, en tanto carecen de coherencia, además de fundamentos que ostenten suficiencia argumentativa para construir un debate racional o que puedan ser decididos con un análisis profundo acerca de lo ocurrido dentro de la actuación.

Por un lado, la propuesta del censor fue inconsistente. Tanto el primer como el segundo reproche tenían un idéntico contenido material, a pesar de haberse invocado al amparo de dos (2) causales distintas (la del numeral 2 y la del numeral 3 del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal). Ello viola el principio de no contradicción en casación, de acuerdo con el cual a nadie le está permitido afirmar que algo es y a la vez no es al mismo tiempo. Aunado a lo anterior, dejó de explicar, en el primer cargo, por qué lo enunciaba en principio como un vicio de «nulidad procesal»⁶ y por qué al final pretendió la absolución como «la solución más adecuada»⁷ al caso.

Por otro lado, el recurrente no demostró la ocurrencia de un error susceptible de ser abordado en sede de casación. Su propuesta de fondo, en últimas, estuvo circunscrita en ambos cargos a señalar que la declaración del psicólogo por medio de la cual se introdujo la entrevista realizada al menor víctima no era prueba de referencia admisible, por cuanto se fundó en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, norma adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013 y, por lo tanto, posterior a los hechos atribuidos contra YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA (segundo semestre del 2011).

Esta postura no tuvo en cuenta la jurisprudencia que al respecto ha proferido la Sala, en el

sentido según el cual la admisibilidad de la prueba de referencia en delitos sexuales contra personas menores de dieciocho (18) años de edad, en asuntos anteriores a la Ley 1652 de 2013, halla sustento en la doctrina desarrollada por la misma Sala, que con base en los tratados internacionales aprobados en el orden interno, así como en la jurisprudencia constitucional, buscaba evitar la doble victimización. Así, por ejemplo, lo explicó la Corte en el fallo CSJ SP3332, 16 mar. 2016, rad. 43866 (que tiene como fecha de los hechos 24 de mayo de 2010):

El proceso seguido en contra de *** se tramitó antes de entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013, por lo que debe analizarse a la luz de la normatividad vigente para ese entonces y el respectivo desarrollo jurisprudencial.

La declaración anterior del menor *** constituye prueba de referencia. Lo anterior, por cuanto el niño (i) rindió una declaración con claro contenido incriminatorio que para cuando fue recibida tenía plena vocación de ser utilizada en la actuación penal, tal y como finalmente ocurrió; (ii) esa declaración fue presentada en el juicio oral, donde el niño no compareció; (iii) la Fiscalía presentó la declaración como medio de prueba de dos aspectos trascendentes del tema de prueba: la ocurrencia de la conducta punible y la autoría endilgada al procesado; (iv) por la manera como fue incorporada la declaración del niño, el acusado no pudo ejercer el derecho a la confrontación.

Como la presencia del niño *** en el juicio oral podría dar lugar a que fuera nuevamente victimizado, su declaración era admisible a título de prueba de referencia, según la jurisprudencia emitida por esta Corporación que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional en torno a la necesidad de evitar que los niños que han padecido abuso sexual sean objeto de victimización secundaria.

Además, la defensa no se opuso a la incorporación de la declaración anterior del niño.

El demandante no confrontó esta tesis jurisprudencial con la que sostiene en el

escrito. De ahí que no logró refutar la postura del juez de segundo grado conforme a la cual la declaración anterior del menor contenida en la entrevista del psicólogo era admisible, en tanto (i) «resulta aplicable el literal B del artículo 438 procesal penal»⁸, debido a que se trataba de un «testigo indisponible porque huyó»⁹ y (ii) la admisibilidad «de las [...] entrevistas rendidas por los infantes [...] ya había sido estudiada por la jurisprudencia de fecha anterior a los hechos materia del proceso y por leyes igualmente previas a las mismas»¹⁰.

Es de destacar, además, que de la simple lectura de los fallos se advierte que la prueba de responsabilidad penal no está sustentada únicamente en testimonios de referencia. Tal como lo precisó el a quo, «no es cierto que [la declaración anterior del menor] sea la única prueba incriminatoria en contra de YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA»¹¹, porque en el juicio «se escucharon otros testigos, como lo fueron el psicólogo, la directora del establecimiento educativo y el médico forense, que no hicieron sino darle contexto y corroboración a esta versión y con ello se llegó [...] al conocimiento requerido para condenar»¹².

Nótese, además, que el demandante no cuestionó este aspecto en el escrito, ni tampoco planteó hipótesis alternas a la de la Fiscalía que explicasen de modo plausible los iniciales señalamientos.

3. En este orden de ideas, el discurso de la defensa no es suficiente para controvertir el fallo impugnado ni tampoco para demostrar algún error de trámite o juicio. Por lo tanto, la demanda no será admitida.

Y como la Sala tampoco advierte de forma manifiesta la necesidad de cumplir con alguno de los fines de la casación señalados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, ningún pronunciamiento oficioso hará contra la decisión dictada por el juez plural.

Contra lo aquí adoptado, es procedente el mecanismo de insistencia en los términos

explicados por la Corte a partir del fallo CSJ SP, 12 sep. 2005, rad. 24322.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

No admitir la demanda de casación presentada por el defensor de YÉFFERSON ALÍ ARMERO ESPAÑA contra el fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Según el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del actor elevar petición de insistencia frente a lo decidido.

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

1 Folio 191 de la actuación principal.

2 Folio 190 ibídem.

3 Folio 185 ibídem.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 Folio 194 ibídem.

7 Folio 188 ibídem.

8 Folio 163 ibídem.

9 Ibídem.

10 Folio 161 ibídem.

11 Folio 121 ibídem.

12 Ibídem.