

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP1619-2018

Radicación n° 49741

Acta 127

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la admisión de la demanda sustento del recurso de casación interpuesto por el defensor de José Esneider Morera Cárdenas, contra el fallo del 1 de diciembre de 2016 del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el cual revocó el dictado el 21 de febrero de 2013 por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Gachetá, para condenar al procesado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS

La noche del 12 de septiembre de 2010, José Esneider Morera Cárdenas, Edilberto Cortés y Víctor Ubaque y las menores identificadas con las iniciales S.M.C, L.M.M.U. y D.M.U.L., última de 13 años, se refugiaron en la casa abandonada perteneciente a Luis Linares, ubicada en la vereda Cascadas del Municipio de Gachalá, en donde, el primero de ellos efectuó con su pene tocamientos en la vagina de D.M.U.L. al tiempo que la besaba. A cambio de su silencio, el inculcado le entregó la suma de \$70.000.

ANTECEDENTES

1. El 9 de octubre de 2012 en audiencias preliminares ante el Juez Promiscuo Municipal de Gama (Cundinamarca) se legalizó la captura de José Esneider Morera Cárdenas, formuló imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años (artículo 209 del Código Penal), e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El 31 de octubre siguiente, la Fiscalía Única Seccional de Gachetá radicó escrito de acusación por la conducta reseñada en contra del prenombrado, que se materializó en audiencia del 13 de noviembre de 2012, ante el Juzgado Penal de Conocimiento del municipio citado.
3. Culminada la fase de juzgamiento, el Juzgado cognoscente en sentencia del 21 de febrero de 2013 absolvió al acusado del cargo atribuido.
4. Impugnado el fallo por la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca la revocó y en su lugar condenó a José Esneider Morera Cárdenas, como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, a la pena principal de 108 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, censuró la sentencia de segundo grado por “violación indirecta de la ley sustancial, esto es; i) por no dar por probado un hecho estándolo. ii) Por tener un hecho establecido, sin que sea así. Hecho que ocurre por mala apreciación de la prueba y falta de apreciación de la prueba en contravía de lo dispuesto en los artículos 372, 375, 380, 381 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, atentando de forma flagrante (sic) el artículo 7 del mismo ordenamiento

y el artículo 29 inciso 4 de la [Constitución Política](#) de Colombia PRESUNCIÓN DE INOCENCIA- IN DUBIO PRO REO a favor del condenado José Esneider Morera Cárdenas”¹, a través de los siguientes cargos:

1. Error de hecho por falso juicio de existencia por suposición.

El recurrente, criticó las razones por las cuales el Tribunal anunció acreditada la materialidad del ilícito, pues no obstante reconocer que el 12 de septiembre de 2010, la menor D.M.L.U. junto con otras dos adolescentes pernoctaron en la casa de Luis Linares, acompañadas de tres hombres, entre ellos, su poderdante, ninguna de las pruebas practicadas lo demostraban, y en ese sentido la conclusión del ad quem se soportó en suposiciones.

En particular, al conceder credibilidad a dos de las tres entrevistas rendidas por la ofendida (segunda y tercera), cuando ésta se retractó de lo allí consignado en audiencia de juicio oral, y entender que el testimonio de la psicóloga Libia Yomaira Méndez Linares, del 16 de enero de 2013, así lo indicaba.

2. Error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento y tergiversación.

2.1. Entrevista practicada a D.M.L.U. el 29 de septiembre de 2010. El ad quem cercenó el apartado en el cual la psicóloga Méndez Linares señaló a la adolescente “tranquila, segura de las respuestas dadas a cada pregunta realizada. Colaboradora con la misma, pensamiento organizado y coherente sin secuela o alteración alguna.”, idéntico al consignado en la tercera entrevista, sin explicar por qué le concedía mayor peso a éste último.

2.2. Denuncia instaurada por el inspector de Policía de Gachalá, del 4 de octubre de 2010, en contra de Mario Flaminio Urrego Garzón. Señaló que se omitió valorar la afirmación de Aurora Urrego Linares, al momento de poner en su conocimiento hechos constitutivos de

delito, de acuerdo con la cual “las nietas a veces mentían mucho”.

3. Error de hecho por falso juicio de convicción.

3.1. Por no haber valorado la retractación de la presunta víctima en audiencia de juicio oral, y su justificación, esto es su intención de revelar la verdad e impedir que un inocente vaya a la cárcel; lo cual sugería al menos, duda respecto de la comisión del hecho y responsabilidad de su representado.

3.2. Al considerar el testimonio de la profesional Libia Yomaira Méndez, a pesar de que no ostenta el título de psicóloga forense, y fue simplemente quien recibió entrevistas a la menor agredida, e incluso percibió que aquélla tenía el desarrollo de una mujer de 16 años lo cual podía dar lugar a imaginarios equivocados de su personalidad.

3.3. Al tener probado la materialidad de los comportamientos sexuales con fundamento en la entrevista de la menor L.M.M., del 29 de diciembre de 2010, quien no pudo refrendarlos, ya que cómo lo informó, la entrevistada mantuvo relaciones con Edilberto Cortés.

CONSIDERACIONES

1. La demanda no reúne los presupuestos de técnica que permitan disponer su trámite, en razón a que incumple los requisitos materiales previstos en el artículo 184 inciso 2º de la ley 906 de 2004.

2. En efecto, para que el libelo de casación sea admitido, es necesario que la pretensión del demandante se dirija a documentar la necesidad de satisfacer alguna de las finalidades previstas en el artículo 180 del estatuto procedimental penal, además señalar la causal escogida para denunciar el agravio y contar con un desarrollo adecuado de cada uno de los cargos que le dan sustento, para así demostrar la necesidad del fallo de casación, labor que impone la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al

cabal entendimiento del reparo, pues de lo contrario el escrito resulta inadmisibile, según ocurre en el presente caso.

2.1. Acerca de las censuras enunciadas como falsos juicios de existencia, el demandante no desarrolló en concreto cuáles fueron las pruebas inventadas por el juzgador para tener acreditados los hechos que reprueba, y olvidó que para este tipo de reproche debe indicar de forma contundente cuál elemento de persuasión fue imaginado y valorado por la autoridad judicial para tener acreditado determinado supuesto fáctico sin haberse realmente practicado. Por el contrario, los reparos que elevó recaen en la valoración del material probatorio incorporado, en particular del testimonio de la menor víctima y sus entrevistas, los testimonios de la adolescente L.M.M. y de la psicóloga Libia Yomaira Méndez Linares, elementos de conocimiento sobre los cuales el Tribunal encontró demostrada la materialidad del delito y responsabilidad del enjuiciado, y no compartió las conclusiones destacadas.

Luego no fue que el sentenciador inventara una prueba y conforme con ésta declarara la responsabilidad de Morera Cárdenas, sino que analizadas las acopiadas dentro de la etapa del juicio concluyó que la noche del 12 de septiembre de 2010, la menor de 14 años D.M.U.L. sostuvo relaciones sexuales (sin penetración) con el acusado.

3.1. De similar forma, los errores anunciados como falsos juicios de identidad por cercenamiento y tergiversación tampoco tienen vocación de prosperidad, pues no sólo el demandante no precisó de forma clara el medio de prueba sobre el cual recayó, sino que no acreditó de manera objetiva que en el fallo se distorsionó su contenido material para hacerle decir algo que en realidad no dice, porque, en el primer caso, se mutiló apartes relevantes, o en el segundo, hizo una lectura equivocada de sus palabras, todo esto, a través de un ejercicio comparativo entre lo sostenido por el Tribunal y la probanza con el fin de evidenciar la distorsión, sus efectos en la determinación adoptada y la forma de corrección de la misma.

De hecho, lo que el recurrente cuestionó fue que se concediera credibilidad a la versión de la menor consignada en las entrevistas efectuadas los días 29 de diciembre de 2010 y 13 de julio de 2011, en las cuales se detalla la ocurrencia del hecho criminal, a pesar de que en el testimonio rendido en juicio oral se retractó de tales aseveraciones, punto sobre el cual la Corte ha estimado válida su estimación probatoria, no obstante lo señalado en el artículo 347 de la Ley 906 de 2004. Al respecto la Sala ha precisado:

“Aunque conforme al último inciso del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, la información contenida en las entrevistas o declaraciones juradas no puede tenerse como prueba, se trata de una prohibición hecha por el legislador bajo el supuesto de que sobre ellas no hayan ejecutado las partes el derecho de contrainterrogar. Pero si lo han ejercido, las manifestaciones anteriores utilizadas para la impugnación de credibilidad se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción. Así quedan satisfechos, respecto al contenido de la exposición anterior, los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pudiendo en tales condiciones valorar el Juez la integridad de lo dicho.

Lo declarado en el juicio oral -entonces- con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

(...)

Igualmente en decisión de agosto 10 de 2010, Rad. 34258 se reiteró y afirmó que “Para la Sala es claro que la contemplación de prueba testimonial no tiene un referente exclusivo, único y excluyente, circunscrito a la actitud del testigo (fuente primaria del conocimiento de los hechos) en la audiencia de juicio oral y público.

“En síntesis: No es regla del pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar

que si el testigo que ayer imputó ante el órgano de investigación y hoy se retracta o nada contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 21 de noviembre de 2009, Rad. 31001) CSJ AP2787-2015

Desde esa perspectiva, la crítica anotada por el recurrente no desquicia la sentencia, ni bajo el yerro que predica de forma indebida, ni por la imposibilidad de apreciar las entrevistas que reprocha porque hizo parte de la valoración integral del testimonio, y si lo cuestionado no era que se adulterara el contenido de aquéllas sino su valoración por trasgresión a la sana crítica, lo procedente era invocar un error de hecho por falso raciocinio y explicar en desarrollo del mismo qué expresaba objetivamente cada uno de los medios probatorios cuestionados, las inferencias extraídas por el juzgador y el mérito suasorio otorgado, para luego indicar la regla de la experiencia, el principio de la lógica o de la ciencia ignorados, el que resultaba correctamente aplicable, con el propósito de demostrar la trascendencia del reproche en la sentencia, carga que de modo alguno satisfizo el demandante.

En este contexto, el libelista no argumentó ni acreditó que el sentenciador modificara el contenido de prueba alguna para ponerla a decir cosa diferente a lo consignado en la misma, y los planteamientos efectuados lo único que evidencian es un descontento con las conclusiones a las cuales arribó el ad quem con sustento en tales elementos de convicción.

3.2. Además, en la misma proposición el libelista falta al principio de corrección material porque predicó la indebida valoración de la denuncia como prueba, cuando ésta ni siquiera fue incorporada al trámite, pues no obstante a que fue decretada como probanza documental en la audiencia preparatoria, no fue aducida en tal condición a la actuación en la de juicio oral, y por lo mismo, no fue objeto de valoración por el juez colegiado.

4. Por lo demás, las censuras calificadas como falsos juicios de convicción, no hacen alusión al desconocimiento de un determinado valor probatorio que por mandato legal correspondía a una probanza y que fue desatendido por el juzgador al momento de su apreciación, sino que de manera genérica descalificó las consideraciones que sobre algunos elementos de conocimiento se realizó.

En esas condiciones, los reparos anunciados no cumplen con la técnica del yerro que se propone.

5. No obstante, teniendo en cuenta que el procesado fue condenado por primera vez en segunda instancia, la Sala, con el fin de garantizar el principio de doble conformidad, acorde con lo dispuesto en la sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe adicionar lo siguiente:

5.1. Razón le asistió al Tribunal al desechar la duda respecto de la comisión del hecho y responsabilidad de José Esneider Morera Cárdenas, por cuanto a pesar de que la menor víctima del injusto en el testimonio que rindió en la etapa de juzgamiento se retractó de las inculpaciones inicialmente efectuadas contra el procesado, esa actitud no resultaba suficiente para descartar la imputación efectuada.

Lo anterior porque, de acuerdo con el restante material probatorio se observaba diáfano el intento tardío de desmentir lo que ella misma aseveró en otras oportunidades, a pesar de que las circunstancias de tiempo, modo y lugar se encontraban ratificadas. Así, con el testimonio de la médico Yuri Ximena Cortés, quien practicó experticia sexológica, en la cual si bien no se encontró rastro alguno de manipulación sexual, sí en la epicrisis que consagra la información entregada por la examinada se dejó plasmado el dicho de ésta frente a la existencia de los tocamientos en sus partes íntimas en el mes de septiembre de 2010, el cual, con amplitud describió en las entrevistas recogidas en curso de la actividad investigativa, en particular, las calendadas a 29 de diciembre de 2010 y 13 de julio de 2011,

última que sirvió para la valoración psicológica que efectuó la profesional Libia Yomaira Méndez Linares (quien también acompañó la realización de la anterior) y que le llevó a concluir, bajo su criterio profesional, la veracidad de lo narrado al no advertir situación alguna que indicara lo contrario como lo expresó al rendir declaración en juicio.

Es más, esas versiones encuentran respaldo en las testificaciones de las otras menores que acompañaron a la víctima a refugiarse en casa ajena con José Esneider Morera Cárdenas y otros dos muchachos, L.M.M.U. y S.M.C, respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del suceso, pues confirman que esa noche evadieron la residencia del familiar que las acogía para quedarse en una casa abandonada, lugar, donde en tres colchones y cubiertos por tres cobijas llevadas por los participantes masculinos, se arroparon en parejas. Ahora, si bien ninguna de éstas manifestó haber observado los actos libidinosos objeto de juzgamiento, ello encuentra explicación en que, la primera, intimaba con su pareja, y la segunda, hermana del acusado, se quedó dormida.

Además, éstas testigos corroboraron la entrega de dinero no sólo a la menor víctima sino a su prima L.M.M.U. (quien también sostuvo relaciones) en cuantía de \$70.000, y a la otra en cifra inferior, suceso que en principio manifestaron D.M y L.M. fue a cambio de guardar silencio e incriminar a un tercero en caso de que se enteraran de lo sucedido, y que no lograron desmentir en juicio pues no explicaron cuál fue la contraprestación, tampoco el motivo que dio origen a que el inculcado ofreciera posteriormente \$500.000 para que no lo sindicaran de conducta ilegal alguna.

Que si bien es cierto, la hermana del acusado descartó la ocurrencia de los actos bajo el dicho que ella durmió con su hermano, tal aserto no se constata con las demás aseveraciones de las presentes y encuentra explicación en la relación de consanguinidad que la une con el enjuiciado.

Además, las testificaciones de María Alejandra Morera Urrego y Mario Flaminio Urrego

Garzón, ratifican la evasión de la agredida de la residencia en que se encontraba con este último en horas de la noche y a la cual regresó hasta el día siguiente para desplazarse al colegio.

Así las cosas, bien lo sostuvo el ad quem "...valorando como corresponde los hechos relevantes debidamente acreditados y a los cuales se hizo alusión al inicio de la parte motiva de este pronunciamiento (que fueron dejados de lado por el juez de primer nivel), esto es, que la víctima y dos adolescentes más, fueron persuadidas por JOSÉ ESNEIDER MORERA CÁRDENAS y sus amigos, para que estas pasaran la noche con ellos en un inmueble al cual ingresaron en forma clandestina; que se acreditó sin debate al respecto que ese contexto la prima de la víctima tuvo trato sexual con Edilberto Cortés, como ella misma lo expresó de manera persistente, tanto al ser entrevistada como al rendir testimonio en el juicio; que les fue suministrada a cada una de las jóvenes cierta cantidad de dinero para que guardaran silencio sobre lo acontecido en el transcurso de la noche del 12 de septiembre de 2010 y se involucrara al tío Mario Urrego en supuesto y previo atentado contra la libertad e integridad sexual, y los demás medios de conocimiento practicados en el juicio, la Sala llega a la conclusión de que la verdad de lo acontecido en la fecha y horas señaladas, fue revelado por D.M.U.L., en la segunda y tercera entrevistas (sic) que rindiera en el curso de la investigación, cuyo contenido ingresó al proceso a través del interrogatorio cruzado de las partes, permitiendo su publicidad y controversia como exigencias del debido proceso, máxime cuando como ha quedado visto, la versión allí reiterada adquiere verosimilitud de cara a los demás medios de prueba practicados y controvertidos en el juicio, quedando así en evidencia que la menor buscó retractarse de la incriminación efectuada a JOSÉ ESNEIDER MORERA CÁRDENAS, no precisamente por la toma de conciencia de la inculpación falaz e injusta, sino a no dudarlo, en procura de ayudar indebidamente al acusado a liberarse de la responsabilidad derivada de su proceder desviado.

Así las cosas, luego de un detenido análisis probatorio, no puede menos que concluirse, que en este caso se encuentra demostrado más allá de toda duda, que en el curso de la noche

del 12 de septiembre de 2010, JOSÉ ESNEIDER MORERA CÁRDENAS, realizó sobre el cuerpo de la menor D.M.U.L., los actos eróticos sexuales diversos al acceso carnal por ella referidos en sus entrevistas y ante la médica que le efectuó el examen ginecológico, a sabiendas de que la joven por ser menor de catorce años, no se encontraba en condiciones de dar consentimiento válido en materia sexual, hallándose así incurso en el delito de actos sexuales con menor de catorce años, que define y sanciona el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 5º de la Ley 1236 de 2008...”²

En tal virtud, no aparece motivo alguno que imponga la revocatoria de la sentencia proferida en segundo grado.

6. Finalmente, contra la determinación que se adopta es viable el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado en CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 24322 y de acuerdo al plazo precisado en CSJ AP3481-2014.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. No admitir la demanda de casación de origen y procedencia reseñados, presentada por el defensor de José Esneider Morera Cárdenas.
2. Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia contemplado en el inciso segundo del artículo 184 de la ley 906 de 2004.
3. Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folio 93, cuaderno Tribunal

2 Páginas 36 y 37 de la providencia, folios 54 y 55 cno. Tribunal

8