

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

AP-2150 2014

Radicación N° 42934

(Aprobado Acta No. 119)

Bogotá D.C., abril treinta (30) de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Asume la Sala el estudio de admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JAGM contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de (...) el 24 de octubre de 2013, por cuyo medio confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de (...) el 11 de junio anterior que condenó al mencionado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron declarados por los juzgadores de instancia, de la siguiente forma:

Acorde con la denuncia presentada el 23 de mayo de 2009 ante la fiscalía seccional de (...) ((...)) por la señora MMCT en calidad de progenitora de la menor LVOC1, el día 22 de mayo de 2009 su menor hija dejó su teléfono celular en la casa y al poner a cargar su

batería, llamaron su atención dieciocho (18) llamadas perdidas y diez (10) mensajes de texto que aparecían registrados, lo que la llevó a leer el contenido de los mismos advirtiéndole que eran de carácter ‘amoroso’ provenientes todos del mismo número telefónico, por lo cual decidió verificar a quien pertenecía el mismo, devolviendo la llamada a tal número, encontrándose con la sorpresa de que pertenecía a un profesor de la menor, JAGM.

Ese mismo día, al preguntarle a la menor sobre lo que ocurría con su profesor, aquella le comentó que desde varios días atrás, especialmente, desde el 3 de mayo de 2009, su profesor JAGM, le hacía llamadas, enviaba mensajes de texto al celular en los que le expresaba que estaba enamorado de ella, que se moría por ella, que ella era lo más importante para él, que quería estar siempre con ella, y que al no poder hacerlo se frustraba, le regalaba chocolatinas, le daba dinero, le recargaba el celular con minutos para que pudiera llamarlo, la nombró monitora de la clase de matemáticas, la hacía quedar en el salón en horas de descanso, y en ocasiones aprovechó tales espacios para tocarle con sus dedos los labios de la boca, acariciar sus senos, y tocar sus piernas, le cogía las manos, la cara, afirmando la menor que cuando lo rechazaba su profesor se molestaba y la amenazaba con que perdería el daño (sic) escolar si contaba algo.

Los hechos anteriores sirvieron de base para que el 29 de diciembre de 2009 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de (...) se llevara a cabo audiencia preliminar concentrada durante la cual la Fiscalía formuló imputación a JAGM por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado y donde el despacho judicial se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en su contra. El imputado no aceptó el cargo.

El 8 de enero de 2010 el ente fiscal radicó escrito de acusación en contra de JAGM “como presunto autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, en circunstancias de agravación punitiva en concurso homogéneo y sucesivo (art. 209 y 211 numerales 2° y 4° del C.P., modificados por los artículos 5° y 7° de la Ley 1236

del 23/07/08". En desarrollo de la audiencia de formulación de acusación, celebrada el 25 de agosto siguiente ante el Juzgado Penal del Circuito de (...), la Fiscalía marginó la circunstancia de agravación del numeral 4° del artículo 211 del ordenamiento sustantivo.

Dicho despacho judicial, una vez realizó las audiencias preparatoria y de juicio oral, profirió sentencia de primer grado el 11 de junio de 2013, a través de la cual condenó al acusado a la pena principal de ciento setenta y cuatro (174) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término al encontrarlo autor penalmente responsable del delito por el que se lo acusó.

En la misma decisión dispuso negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

La anterior sentencia fue impugnada por la defensa del implicado, por lo que se pronunció el Tribunal Superior de (...) en sentido de modificarla en cuanto condenó al procesado como autor del delito de actos sexuales en menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, por la modalidad tentada, ante lo cual lo condenó a la pena principal de setenta y ocho (78) meses de prisión y, por igual lapso, a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás confirmó el fallo impugnado.

Inconforme con la determinación, el defensor del procesado, de forma exclusiva, promovió recurso extraordinario de casación, mediante libelo allegado oportunamente, cuya admisibilidad se analiza por la Sala.

LA DEMANDA

Formula tres cargos contra el fallo impugnado: los dos primeros, por violación directa

de la ley sustancial y, el último, por violación indirecta. Los reparos son del siguiente tenor:

Primer cargo:

A juicio del actor, el fallo incurre en aplicación indebida del artículo 27 del Código Penal referente a la tentativa, a partir del interrogante que se plantea, según el cual “¿Cómo es posible que se aplique el artículo 27 de la norma sustancial penal cuando ni siquiera se tiene certeza de los actos preparatorios, si el hecho no se consumó por el querer del acusado, o si simplemente no sucedieron las imputaciones realizadas a JAGM?”.

Al respecto, empieza por precisar que la aplicación de la tentativa sugiere que el delito doloso exista o tenga vocación de existir y en este evento es claro que el delito de actos sexuales con menor de 14 años requiere de un grado de culpabilidad doloso.

Además, dice, la acción tentada debe ser típica, antijurídica y culpable, categorías que deben estar plenamente probadas con grado certeza sin duda razonable en cuanto a la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado y “precisamente estas últimas circunstancias, la certeza sobre la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado, son las que no quedaron claras con la sentencia confutada. Esta defensa insiste; Si existió tentativa, deben estar plenamente probados los elementos del delito consumado, si se acepta esa tesis deben entenderse igualmente probados los actos idóneos y unívocos dirigidos a la consumación del acto”.

Con ese norte, subraya, en el asunto sub examine los presuntos actos y medios desplegados por el acusado JAGM no fueron probados por la Fiscalía, ni como idóneos y mucho menos como unívocos, para obtener un resultado, o poderlos catalogar como desvalor de resultado.

Advierte que no fueron idóneos en tanto la presunta víctima siempre los repelió, como lo refirió al señalar que empujaba a su agresor cuando intentaba cogerla, “pero tales hechos, insisto y como lo reconoce el Ad-Quem, no fueron plenamente probados, por el contrario, la defensa siempre demostró que en los salones no quedaba NUNCA nadie, el rector y el coordinador de disciplina así lo confirmaron, no hubo prueba científica que demostrara la coherencia del relato de la menor. Sin embargo, el Ad-Quem insiste en aplicar el artículo 27 C.P”.

Lo que sucede, entonces, es que el Tribunal se centra en la discusión acerca de si cabe o no la tentativa en los delitos de puerta cerrada o sexuales, pero nunca demuestra, explica o deja en claro que la tentativa debe probarse y deducirse plenamente, sin asomo de duda como lo exige el delito consumado.

Tanta es la confusión y el apego al eficientísimo judicial por parte de esa Colegiatura, destaca, que no se miden las consecuencias de una condena para una persona en las condiciones de su defendido “máxime cuando la labor probatoria de la fiscalía fue precaria”.

Adicionalmente, el ad quem, acota más adelante, aplica el artículo en cuestión tras advertir las fallas del testimonio de la menor presuntamente víctima, “sin detenerse a revisar, analizar o lo que es peor, reconociendo las falencias de la administración judicial para probar el hecho, y aún así decide darle aplicación, revistiendo con ropaje verídico, las pruebas practicadas en este asunto”.

Así las cosas, como no aparece plenamente demostrado que su prohijado siquiera haya perpetrado actos idóneos y unívocos para la realización del delito o su consumación, no debe aplicarse la figura referida, máxime cuando cabe preguntarse “si la aplicación del dispositivo amplificador no está en contravía de la disposición contemplada en el

código de la infancia y adolescencia y en consecuencia debe mejor NO aplicarse la disposición del artículo 27 sino por el contrario como lo diremos en el tercer cargo, la norma superior del artículo 7 C.P.P., lo que de contera conlleva a la demostración de este cargo pues no puede el juzgador aplicar una disposición, (la del art. 27) en un acto o hecho donde no cabe”.

Con fundamento en lo expuesto, deprecia la corrección del yerro aludido, absolviendo por duda a su defendido.

Segundo cargo:

Con fundamento en el mismo motivo, afirma la aplicación indebida del artículo 7 del C.P.P., concerniente al indubio pro reo, a cuya presentación en segundo lugar se opta “no obstante que en la norma obra como primero en orden el presente, toda vez que de la interpretación errónea del artículo 27 del C.P. se deriva la falta de aplicación del artículo séptimo (7o) de la ley 906 de 2004 o C.P.P.”.

En sustento de su pretensión, indica que el Tribunal omitió el postulado rector aludido toda vez que “como mínimo, lo que genera la versión de la menor presuntamente ofendida, es una inmensa duda que para este caso no fue resuelta a favor de mi defendido”.

Así mismo, porque no sólo los testimonios de la menor y su progenitora, presentados por el ente acusador, sino también los presentados por la defensa, fueron contundentes en advertir “los problemas de conducta credibilidad, identidad o hasta mitomanía de la menor, pues se inventaba que los padres se iban a separar, que su propia madre estaba enferma terminal y porque no, que el profesor la abordaba de esa manera. Lo que este defensor ha dicho desde la audiencia de imputación: ¿Cómo una persona que tildan de bobo (esquizoide) puede tener la entidad, la malicia y la capacidad para violentar o amenazar y ejercer actos sexuales diversos al coito, con una menor de edad?”.

Adicionalmente, si según lo afirmado por el Tribunal nunca se exploró si la conducta fue consumada o tentada cómo pudo llegar a la certeza más allá de toda duda de que efectivamente JAGM perpetró los hechos, máxime si ni siquiera se estableció su interés para cometerla, aspectos que, como esa misma Sala lo advierte, se deducen sin prueba alguna y a partir de “un chisme y una versión incoherente”.

La conclusión del cargo, por tanto, es simple: al aplicarse el artículo 27 del Código penal se omitió flagrantemente el principio rector con rango constitucional del *in dubio pro reo*.

Tercer cargo:

Para el libelista, la sentencia recurrida incurre en error de hecho por falso juicio de identidad, ante el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se funda.

Lo anterior, en tanto las probanzas que le dan sustento “no tienen la trascendencia necesaria exigida por la ley para condenar, esto es, despejar toda duda en relación a la responsabilidad de mi defendido y por supuesto la materialidad de hecho. Como se suele decir vulgarmente, la prueba ‘reina’ ni si quiera llega a plebeya”.

Si acaso, pregona, corroboran la existencia de un ‘acoso verbal’, el cual no trasciende a delito sexual, pues “¿qué de sexual tienen los mensajes enviados por mi cliente?; Sin mencionar, que los mensajes fueron contestados por la presunta víctima, en un claro indicio de que aquella, la víctima, utilizaba los sentimientos, o ‘morbosidad’ (sic) si se quiere ser recalcitrante, de mi cliente para tomar provecho de ello y recibirle las dádivas que con mentiras obtenía de aquel”.

Es más, el mismo ad quem admite que el testimonio de la menor es vacilante y dubitativo, por lo que no encuentra explicación para que se lo haya condenado por

la modalidad tentada “cuando ni siquiera se tiene certeza de los actos preparatorios, si el hecho no se consumó por el querer del acusado, o si simplemente no sucedieron las imputaciones realizadas a JAGM?”, destacando, a renglón seguido, cómo la misma defensa ha aceptado que este caso puede configurar el delito de injuria por vía de hecho.

En acápite ulterior, que denomina “finalidad”, señala que “al casar la sentencia impugnada, conforme a los argumentos aquí expuestos, se impartiría efectiva justicia material al acusado”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Ley 906 de 2004 amplió la cobertura para acceder al recurso de casación en tanto que, a diferencia de los ordenamientos procesales precedentes, es viable contra todo tipo de sentencias de segunda instancia “en los procesos adelantados por delitos”, sin que obre restricción alguna en relación con la autoridad que la profiere, y eliminarse la exigencia del quantum de pena del delito, pero ello no significa que quien acuda a este medio de impugnación esté exento de satisfacer una serie de requisitos técnico jurídicos de orden argumentativo.

En efecto, de conformidad con los artículos 183, modificado por el 98 de la Ley 1395 de 2010, y 184 de dicha normatividad, para que la demanda sea admitida es preciso acreditar interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar la necesidad del fallo de casación en aras de cristalizar alguno de los fines establecidos para el recurso en el artículo 180, siendo estos, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia.

En la demanda, ha dicho la Sala de manera reiterada en correspondencia con los preceptos legales referidos, el actor debe sujetarse a un rigor argumental, en

tanto la propuesta debe ser concisa, suficiente y clara, pues no le corresponde, dado el carácter eminentemente rogado del recurso, ocuparse de confusos, ambivalentes y contradictorios planteamientos.

A continuación se verá cómo las tres censuras contenidas en el libelo sometido a estudio no cumplen tales exigencias, motivo por el cual se inadmitirá.

Así, para empezar, en lo que concierne a las dos primeras censuras, porque no obstante invocar expresamente la causal de violación directa de la ley sustancial, no se cumple con los presupuestos inherentes a su naturaleza.

En efecto, es de la esencia de la causal invocada en estos dos reparos, sujetarse a los fundamentos fácticos y probatorios de la decisión impugnada, como quiera que el error se contrae a un debate puramente jurídico que deviene de la falta de aplicación (no se selecciona la norma llamada a regular el caso), de su aplicación indebida (se escoge para solucionar el caso una preceptiva que no es atinente) o de su interpretación errónea (en donde si bien se selecciona la normativa correctamente, se le otorga una hermenéutica equivocada).

De modo que, aun cuando esta causal también recae en la vulneración de preceptos sustanciales, no guarda relación con la crítica fundada en la incorrecta apreciación de las probanzas, cuya vía expedita en sede del recurso extraordinario de casación es la violación indirecta de la ley sustancial, contemplada en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y que insta al actor en el último reparo, a condición de demostrar que el fallador incurrió en errores de hecho o de derecho, los primeros producto de falsos juicios de existencia, de identidad o raciocinio y, los segundos, por los llamados falsos juicios de legalidad o de convicción, que a su vez generan violación de la ley sustancial, bien porque el precepto aplicado no debió serlo o en cuanto se dejó de aplicar el llamado a regular el caso.

Justamente por la disímil esencia entre las dos causales aludidas, se colige también que son excluyentes y, por ende, deben ser formuladas a través de reparos independientes, con el fin de evitar la vulneración de principios regentes de la materia casacional, como son los de autonomía y no contradicción, consagrados en procura de preservar la claridad y concisión que debe evidenciar la demanda con miras a su admisión y estudio.

Contrariando las premisas anteriores, en los dos reproches examinados, el defensor de JAGM incurre en dicha falencia cuando anuncia que tienen sustento en el motivo primero de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y, acto seguido, en su desarrollo, se aparta de los presupuestos fácticos y probatorios del fallo, al señalar que de la prueba existente en el proceso no se extrae la responsabilidad de su prohijado en la conducta atribuida de actos sexuales con menor de 14 años, lo que determinó la aplicación indebida del artículo 27 del Código Penal, referido a la tentativa, y del 7 del estatuto procesal, alusivo al postulado del in dubio pro reo, porque en esencia, y aunque el actor los plantee por separado, los dos reparos son iguales, tanto así que se alude a la violación de los mismos preceptos sustanciales.

Sin embargo, y ello también vale para el tercer cargo, las propuestas evidencian confusión, pues tras advertir que la prueba obrante en el plenario, desconocida por el juzgador, es insuficiente para estructurar responsabilidad penal, a la par se pregona que el fallo admite el estado de duda probatoria a pesar de lo cual condena, lo que implica contradicción frente a la forma como debe atacarse el principio de in dubio pro reo en sede de casación.

Ciertamente, como lo tiene discernido la Sala, cuando se trata de atacar la vulneración del principio de presunción de inocencia por inaplicación del instituto in dubio pro reo surgen dos vías, a saber: la violación directa y la indirecta.

Si se trata de la primera opción, en el desarrollo y acreditación del cargo le corresponde

al actor demostrar que el fallador reconoció en las consideraciones de la providencia atacada la existencia de dudas trascendentes de imposible eliminación sobre la materialidad de la conducta o la responsabilidad del procesado y que, pese a ello, profirió sentencia de condena con exclusión evidente de las normas que regulan el fenómeno del in dubio pro reo, cuando le correspondía, en consonancia con su exposición, absolver.

Y, si es la segunda, esto es, si el vicio denunciado se fundaba en la violación indirecta de la ley sustancial, es necesario señalar si ello acaeció a consecuencia de los errores de apreciación probatoria con entidad de derribar el fallo, a saber, nuevamente: los denominados errores de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio, o de derecho por falso juicio de convicción o falso juicio de legalidad, cometido que, de manera alguna, tampoco asume el impugnante.

Sustrayéndose totalmente a su imperativo, el actor no se define por ninguna vía y esboza las dos circunstancias en perjuicio de la claridad de la propuesta, sin reparar que resultan excluyentes y de ahí la necesidad de instaurarlas en cargos independientes, motivo adicional para colegir que, por esta razón, las tres censuras, no reúnen los presupuestos de admisibilidad consagrados en las normas indicadas.

Así mismo, dado que no es cierto que el Tribunal haya reconocido el estado de duda probatoria y que a pesar de ello hubiere optado indebidamente por condenar, lo cual se erige en quebranto de la corrección material que debe evidenciar la propuesta, en tanto debe sujetarse plenamente a la realidad objetiva de la decisión confutada y de la actuación procesal que la precedió, cuyo desconocimiento también redundaría en la inadmisión del libelo casacional.

En efecto, es cierto que el Tribunal calificó el testimonio de la menor víctima de los

hechos de vacilante y dubitativo, al tiempo que reprobó del a quo no haber profundizado “en el análisis de la prueba en torno a la materialidad de la conducta típica de actos sexuales” y en punto de su efectiva consumación, precisamente por no haberse percatado de tales deficiencias², pero no en el contexto de que fuera insuficiente, junto con otras pruebas, para excluir la responsabilidad del procesado, cuando todo apunta a que a pesar del despliegue por parte del sindicado de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a consumir la conducta, ella no se alcanzó por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, situación que condujo, en aplicación del in dubio pro reo, a degradar la responsabilidad al grado de tentativa.

De otro lado, se observa cómo el cuestionamiento a la apreciación probatoria contenido en los tres reparos y, particularmente, en el último propuesto por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial derivado de un error de hecho por falso juicio de identidad, sólo obedece al propósito de sacar adelante su personal visión acerca de cómo han debido valorarse, al margen del yerro invocado o de cualquier otro admisible en esta sede.

Dicha actitud tendiente a propiciar un debate probatorio a partir de su punto de vista subjetivo sobre el mérito que le merecen las pruebas, no consulta con el carácter extraordinario del recurso de casación por no ser, como ya se dijo, una tercera instancia habilitada para debatir abiertamente sobre la valoración de las probanzas fuera del marco de los errores de hecho por falsos juicios de existencia, identidad o raciocino o de derecho por falsos juicio de legalidad y convicción, únicos con la potestad, en esta materia, de derruir la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo impugnado.

Nada de esto último se desarrolla en los cargos objeto de estudio y, por esa razón, se inadmitirán.

Corolario de las falencias advertidas, las cuales no pueden ser subsanadas por la Sala

en virtud del principio de limitación que regula este medio extraordinario de impugnación, deviene forzosa la inadmisión del libelo, en atención a lo normado en los aludidos artículos 183 y 184 de la Ley 906 de 2004, debiendo dejar en claro la Sala que ni del contenido de la demanda ni de la revisión del proceso surge la necesidad de superar tales defectos en procura de cumplir alguno de los fines del recurso extraordinario previstos en el artículo 180 ibídem o que haga imprescindible activar la casación oficiosa.

Ahora bien, habida cuenta que contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la misma codificación adjetiva, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, habrán de acatarse las reglas fijadas por la Sala en tal sentido³.

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 JAGM, por las razones consignadas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y, en los términos referidos en el acápite final de esta determinación, contra esta decisión procede la insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Como esta providencia puede ser publicada, se omite el nombre de la menor, de conformidad con lo normado en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

2 Ver, págs. 12 y ss. del fallo de segundo grado.

3 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.