

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP - 2181 - 2015

Radicación nº 42610

Aprobado acta nº 148

Bogotá, D.C., veintinueve de abril de dos mil quince (2015)

VISTOS:

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, el 28 de junio del mismo año, condenando al mencionado procesado como autor de la conducta punible de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y Actos sexuales con menor de 14 años, cometidos en concurso de conductas punibles.

H E C H O S

En el fallo demandado fueron narrados de la siguiente manera:

De acuerdo con el escrito de acusación, en el inmueble ubicado en la carrera (...) No. (...) de esta ciudad y en el año 2005, fecha para la cual Y.T.G.C., tenía 9 años de edad, fue sometida en forma repetida a tocamientos en los genitales por MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE, a cuyo cuidado era dejada por la progenitora de la niña cuando ésta salía a laborar, quien engañaba a la menor haciéndole creer que se trataba de un juego. El nombrado también en una oportunidad la desvistió y la penetró vía vaginal.

Los abusos cesaron cuando la familia de la víctima cambió de residencia; sin embargo, en el año 2010 se encontró con el nombrado, quien la invitó a su nueva vivienda, ubicada en la calle (...) No. (...), donde pretendió accederla carnalmente; pretensión rechazada por Y.T.G.C., pues para entonces había comprendido la verdadera connotación de las conductas perpetradas por FAJARDO USECHE, de las que enteró a una amiga y ésta le informó en últimas lo ocurrido a la progenitora de la ofendida, quien elevó la denuncia ante las autoridades.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el día 29 de agosto de 2011, ante el Juez 29 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación a MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE por los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y Actos sexuales con menor de 14 años (artículos 208, 209 y 211-2 del Código Penal), en concurso homogéneo de conductas punibles, sin que se allanara a los cargos.

Presentado el escrito de acusación por parte de la Fiscal 235 Seccional de Bogotá, le correspondió al Juzgado 9º Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de esta ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 21 de febrero y 3 de julio de 2012, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 10

de octubre de 2012 y 6 de mayo de 2013. Clausurado el debate en esta última fecha, se emitió sentido del fallo declarando culpable al acusado FAJARDO USECHE.

El 28 de junio de 2013, el mismo despacho judicial, emitió el fallo, condenando a MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE por los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y Actos sexuales con menor de 14 años, perpetrados en concurso de conductas punibles, a la pena principal de 120 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, negándole el derecho a los subrogados de la condena de ejecución condicional y la sustitutiva de la prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el defensor del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó, aclarando que en lo que atañe al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se trata de un único delito y no de un concurso homogéneo y sucesivo, como lo había consignado el A quo.

Oportunamente el defensor del acusado FAJARDO USECHE, interpuso el recurso extraordinario de casación, siendo sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Dos reproches postula el apoderado del procesado MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo primero: violación directa

El defensor acusa la sentencia de segundo grado con fundamento en el numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial, proveniente de la falta de aplicación de normas sustanciales, lo que a su vez dio lugar a

la aplicación indebida de varias normas sustanciales.

En su sustentación, el impugnante se refiere a que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 29 de la Constitución Política, en relación con los postulados de presunción de inocencia e in dubio pro reo, lo que devino, a su vez, en la aplicación indebida de los artículos 404 y 381 de la Ley 906 de 2004.

Luego de hacer una amplia disertación sobre el contenido material del derecho fundamental de presunción de inocencia y del principio de in dubio pro reo, concreta que el Tribunal se equivocó cuando concluyó dando credibilidad a la versión que sobre los hechos entregó la menor presentada como víctima de los delitos, bajo el argumento que si hubiese proporcionado todos los pormenores de lo sucedido, su testimonio habría sido sospechoso.

De esta manera, acota, el Tribunal se imaginó las dudas sobre la ocurrencia del hecho, pero las soslayó y pasó por encima de ellas, para emitir una condena injustificada en virtud de las dudas apreciadas en la valoración de la prueba, por lo que ante su presencia se desconoció la aplicación del principio de in dubio pro reo y, de paso, se aplicó de manera indebida el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Cargo segundo: violación indirecta

De manera subsidiaria y con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante acusa la sentencia por error de hecho consistente en desconocimiento de los postulados de la sana crítica, al encontrar quebrantados los principios de la ciencia y de la lógica.

Asegura que el Tribunal se aparta «grotescamente» de los postulados de la sana crítica, cuando da crédito a las pruebas testimoniales y periciales presentadas por el acusador, puesto que las pruebas técnicas no se realizaron utilizando los protocolos

establecidos y de la pericia médica no se puede concluir que haya ocurrido, de manera efectiva, una penetración vaginal en la menor, comoquiera que su himen no presentaba desgarros.

Por eso, agrega, el fallador, de manera infundada, resta importancia a la tesis presentada por el perito médico de la defensa que cuestionó el dictamen ofrecido por el médico legista, en relación con la posible recomposición del himen de la niña y la eventual penetración vestibular.

Pero además, en su testimonio la menor resulta incongruente, toda vez que nunca hizo una descripción física de su supuesto agresor sexual y, a pesar de decir que sueña constantemente con él, no conoce sus apellidos, no sabe el nombre de su esposa, no sabe cuánto duró la penetración, no sabe las fechas exactas de las agresiones y no sabe explicar lo que exactamente sintió cuando era abusada, ante lo cual el Tribunal termina haciendo «apología a la credibilidad de un testigo».

Asegura que el fallador, sin fundamento, desestima los testimonios de la madre del acusado y José Ávila y Eustacio Rodríguez, quienes sostuvieron que el procesado no se encontraba en la ciudad para el momento de los hechos.

Con lo anterior concluye que las pruebas de la defensa fueron desestimadas y se les dio un contenido que no encerraban, para dar crédito a los medios de conocimiento de la Fiscalía, no obstante sus yerros y «palmaria incongruencia».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe recordarse que con la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, con el cometido de obtener la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de

los intervinientes, la reparación de los agravios que le fueran inferidos o la unificación de la jurisprudencia, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, como aquella consagrada en el artículo 184, referida a la potestad de «superar los defectos de la demanda para decidir de fondo» en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del censor dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de aquél precepto: «el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso».

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte que el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración y que al menos debe cumplir con unas mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías, producido con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004¹

.

De acuerdo con los referentes normativos y jurisprudenciales que vienen de reseñarse, advierte la Sala varias falencias en el libelo objeto de estudio, las cuales dan al traste con la

pretensión del actor.

Cargo primero: violación directa

El libelista postula como causal de casación la referida como violación directa por falta de aplicación de una norma, llamada a regular el caso.

Sea lo primero señalar que cuando se acude a la ruta de la violación directa de la ley sustancial, el demandante debe aceptar los hechos declarados en el fallo recurrido y abstenerse de cuestionar la valoración probatoria realizada por los juzgadores, por lo cual el debate se circunscribe a la aplicación del derecho, sin que tengan cabida aspectos relacionados con la credibilidad de los elementos de juicio o el acontecer fáctico.

Por lo tanto, la labor de demostración del vicio deberá centrarse en la acreditación de un error de juicio respecto del precepto que se ocupa de regular el supuesto fáctico, evidenciando que el juzgador seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto (aplicación indebida), omitió otra que sí resolvía los extremos de la relación jurídico procesal (falta de aplicación o exclusión evidente) o, habiéndola seleccionado correctamente, al aplicarla al caso le atribuyó un sentido jurídico que no tiene o le extendió consecuencias contrarias a su naturaleza jurídica (interpretación errónea)².

El sentido de violación relacionado por el casacionista, esto es, la falta de aplicación de una norma, surge cuando de los argumentos jurídicos del fallo se tiene por demostrada una situación fáctica concreta a la que corresponde una específica institución normativa, no obstante lo cual el Tribunal deja de aplicar la consecuencia jurídica prevista, por error en la existencia de la norma, debido a olvido, desconocimiento o convencimiento de su derogatoria o estimación de su inaplicabilidad en el caso concreto.

En el cargo analizado, el libelista, en abierta contravía de la lógica que reclama la infracción denunciada, que lo obligaba a respetar el mérito suasorio asignado por el sentenciador a los medios de convicción, así como los hechos admitidos en la sentencia, desconoce las conclusiones probatorias de los falladores de instancia, censurando, en últimas, el valor demostrativo otorgado al testimonio de la menor víctima de los delitos, atribuyendo, al mismo tiempo, un estado de duda contenido en la decisión, el mismo que, valga precisarlo, por parte alguna el fallador dejó entrever.

De esta manera, tomando distancia del principio de corrección al que se encuentra obligado, transcribe una serie de fragmentos del fallo, por completo descontextualizados, para presumir que el juzgador admitió que los hechos y la responsabilidad del acusado no fueron suficientemente demostrados por el acusador, creándose una suerte de duda razonable que no fue definida bajo los cánones del principio de *in dubio pro reo*, sin que se diera prevalencia, como debió haber sido, a la presunción de inocencia del procesado, la misma que no fue desvirtuada.

No es ese el tenor de la decisión impugnada. A su letra se torna evidente que el *Ad quem* reconoció que el testimonio de la niña que fue víctima de las agresiones sexuales, rendido en el curso del juicio oral y público, carece de total exactitud a la hora de rememorar fechas concretas de los abusos, el número de ocasiones realizados y el grado escolar que cursaba en el momento de los hechos.

Sin embargo, razonó el juzgador que mediado tanto tiempo entre los hechos y su declaración en juicio –entre cinco y siete años–, apenas resultaba comprensible que no ofreciera con exactitud tales pormenores, lo que lejos de restarle credibilidad, hacía más confiable su versión en tanto son aspectos de difícil recordación para una niña, mientras, de otra parte, el núcleo fáctico de lo acontecido fue reproducido con precisión y coherencia, dando cuenta de las circunstancias que rodearon los varios episodios en que fue agredida con actos sexuales y aquel en que fue objeto pasivo de acceso carnal por el mismo

infractor.

Valga decir, el Tribunal dejó por sentado en su valoración, el criterio según el cual la fuerza suasoria del testimonio no está dada por su escrupulosa fidelidad en los datos que acompañaron el acontecimiento, sino por su misma coherencia interna y su respaldo demostrativo con los demás medios de conocimientos incorporados al proceso.

Sin embargo, la asunción de una equivocada premisa en la formulación del cargo por parte del demandante, cuando supone que el fallador en su ejercicio racional planteó un estado de duda, lo conduce sin remedio a formular un reproche con el que finalmente termina cuestionando la valoración probatoria presentada en la sentencia impugnada, lo que riñe con la lógica de la causal invocada.

Así las cosas, no es cierto que el Tribunal se haya imaginado y planteado dudas con respecto a los hechos denunciados y a la responsabilidad que en los mismos asiste al procesado. Todo lo contrario, retomó aspectos que venían siendo refutados por la defensa al atacar la decisión del A quo, para clarificar que la presencia de algunas inconsistencias relacionadas con factores temporales, no descalifican la declaración de una niña que pasados los años brindó una versión consistente en relación con las circunstancias de modo y lugar, lo que a entender del fallador se correspondía con un relato cierto que permitía sobrepasar el umbral de la duda que como criterio de conocimiento racional, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, le impone para condenar el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, la indebida postulación y sustento del cargo, impone su rechazo.

Cargo segundo: violación indirecta

Circunscribe su censura el demandante al hecho de no compartir la manera como el juzgador de segundo grado apreció la prueba, señalando para ello la existencia de un error

de hecho, que configura como un falso raciocinio.

El falso raciocinio como error de hecho, se presenta cuando a una prueba que existe legalmente y es valorada en su integridad, el juzgador le asigna un mérito o fuerza de convicción con transgresión de los postulados de la sana crítica, es decir, de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

Cuando se trata de denunciar este desatino de apreciación probatoria en sede de casación, al censor le corresponde la carga de indicar el medio de conocimiento sobre el cual recae el yerro, estableciendo su contenido objetivo y el mérito demostrativo asignado por el Tribunal en el fallo atacado, además de relacionar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia desconocidas en la apreciación probatoria y la correcta aplicación de las mismas en el asunto en concreto, definiendo su trascendencia de cara a la decisión censurada por arbitraria, de tal manera que la inexistencia del error habría determinado la emisión de un fallo opuesto.

En lugar de asumir aquellas precisas pautas que la censura elegida le imponía, el libelista limita su argumentación a presentar una personal visión de los hechos, demeritando la credibilidad otorgada a los testimonios que sirvieron de sustento al fallo impugnado, olvidando que la simple disparidad de criterios no constituye yerro demandable en casación, por lo que la particular percepción que tiene sobre el grado de credibilidad que debió darse a los testigos, no satisface las exigencias de fundamentación de la censura presentada.

Así, resulta desafortunado señalar, como lo hace, que los testimonios presentados por la Fiscalía y que fueron acogidos por el juzgador para construir su juicio valorativo sobre los hechos, no merecen credibilidad y adolecen de incoherencias y «exageradas inconsistencias», replicando al tiempo en torno al convencimiento que, en su parecer, sí merecen las pruebas de la defensa, por provenir de testigos que declararon de manera

«desprevenida y lógica».

Lo anterior en punto de ofrecer reparos a los testimonios a los que, sin embargo, el juzgador otorgó credibilidad, conforme las reglas del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, después de confrontarlos de manera sustentada con las declaraciones de Ana Elsie Useche de Fajardo, Eustacio Rodríguez Díaz y José Domingo Ávila Alfonso, madre y compañeros de trabajo del acusado, para concluir en la inverosimilitud de la coartada que a través de éstos pretendió construir la defensa.

Al tiempo, el Ad quem valoró, aunque sin dar el alcance apreciativo al que la defensa aspiraba, la pericia presentada por la psicóloga Liliana Ivete Sanz Ramírez, quien cuestionó las entrevistas psicológicas efectuadas a la menor, afirmando que en ellas no se guardaron los protocolos que garantizaran un análisis de su credibilidad.

No obstante, el Tribunal recordó que la determinación de la veracidad del testimonio es labor judicial reglada, por lo que sostuvo el crédito otorgado a la menor declarante, en consideración a su coherencia y espontaneidad, características que no sólo emergieron de la valoración psicológica presentada a instancias del acusador sino de la comparación conjunta de las pruebas que gravitaban en favor de su fiabilidad.

Lo propio hace el impugnante en relación con el dictamen pericial ofrecido por el médico legista Luis Jesús Prada Moreno, al que opone el concepto del perito médico de la defensa, Máximo Alberto Duque Piedrahita, para descalificar el primero sin sustentar cuál principio científico pudo resultar quebrantado, desconociendo que ambas opiniones técnicas fueron tenidas en cuenta por el fallador, valorándolas de manera integral, para, sobre la base de su raciocinio, concluir que, sin desconocer la percepción científica de los galenos, no se desvirtuaba el testimonio de la niña en torno al hecho de haber sido penetrada de manera vaginal, fundamentando que el hallazgo del himen no desflorado, bien puede explicarse en la circunstancia explicada

en el juicio de que no toda penetración produce desgarró de la membrana o en la posibilidad de que la penetración se haya efectuado en el vestíbulo vaginal, eventos que en todo caso avalan la tesis del primero de los peritos, consistente en que la ausencia de traumas no descarta la ocurrencia del acceso carnal.

En suma, se evidencia la impropiedad de su demanda, invocando el quebranto de las reglas de la sana crítica, sin que por parte alguna de cuenta de la existencia de un auténtico y concreto yerro asociado con los postulados de la lógica, las máximas de experiencia o las verdades científicas, enfrascándose en un alegato sobre el valor estimado a las probanzas por parte del Tribunal, con la vana aspiración de hacer prevalecer su particular, naturalmente interesada, percepción de los hechos y sus circunstancias.

Ello que puede resultar válido tratándose de un alegato de instancias, se torna en absolutamente inconsecuente en sede de casación, si la intención es la de señalar y sustentar un error de hecho, como lo está pretendiendo el defensor del procesado.

Así las cosas, el cargo propuesto no tiene la aptitud para su estudio de fondo por parte de la Sala.

DECISIÓN

De conformidad con lo consignado en precedencia, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó que con ocasión de la sentencia impugnada o dentro de la actuación, hubiese existido violación de derechos o garantías del acusado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según el imperativo del inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Cabe advertir, para finalizar, que contra la presente decisión procede el mecanismo de

insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y con las reglas que ha definido la Sala en pronunciamientos anteriores a la presente decisión³

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

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del acusado MANUEL OBDULIO FAJARDO USECHE, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

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 Entre otros, CSJ AP, 13 de junio de 2007, Rad. 27.537; AP, 25 de julio de 2007, Rad. 27.810.

2 CSJ SP, 9 de mar. 2011, rad. 34316; 11 de abr. 2007, rad. 23667; 6 jun. 2007, rad. 18515; 26 abr. 2007, rad. 26928

3 CSJ, AP 12 de diciembre 2005, Radicado 24.322.