

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

Radicado 52010

AP 4251 – 2018

Aprobada acta número 339

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Víctor Hugo Almanza Rincón.

HECHOS:

En el mes de diciembre de 2013, la madre de la niña L.M.B.P., menor de 14 años, se percató que su hija conservaba en su teléfono celular diálogos de contenido sexual que le llamaron la atención porque en ellos se hacía gala de un trato sexual explícito y virtual. Al interrogar a su hija, esta le manifestó que mantenía ese tipo de relaciones con Víctor Hugo Almanza Rincón, “Capellán cristiano, vicerrector del Colegio Emmaus de Kennedy” en donde ella estudiaba, a quien la niña le pidió que le enseñara estos temas, ante las burlas de sus compañeras, quienes la molestaban porque a su edad no había tenido relaciones sexuales.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 10 de abril de 2014, ante el Juez Quince Penal Municipal de Bogotá, la fiscalía le

imputó cargos a Víctor Hugo Almanza Rincón, como autor del punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravada por la circunstancia prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal e igualmente hizo alusión a la conducta de pornografía descrita en el artículo 218 del mismo código.

2.- El 8 de junio del mismo año, la fiscalía radicó el escrito de acusación y el 6 de febrero de 2015, ante el Juez treinta y siete Penal del Circuito de Bogotá, se realizó la audiencia correspondiente. El 27 de abril de 2015 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el juicio oral entre el 27 de julio de 2015 y el 4 de marzo de 2016, fecha en que se anunció el sentido del fallo.

3.- El 3 de agosto de 2016, el Juzgado condenó a Víctor Hugo Almanza Rincón como autor del concurso de conductas punibles de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado y pornografía, a la pena de ciento cincuenta y seis meses (156) de prisión, multa de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal de prisión.

4.- El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión que fue apelada por la defensa, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2017.

La defensa interpuso dentro del término legal el recurso extraordinario de casación.

#### DEMANDA DE CASACION:

Después de transcribir los principales apartes de las sentencias de primera y de segunda instancia y de referirse al contenido del recurso de apelación interpuesto contra la primera de ellas, el censor formula un cargo con fundamento en la causal tercera de casación, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba (Numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004).

Con base en dicha causal, el demandante transcribe los apartes más importantes del análisis de los medios de prueba que hizo el Tribunal, comenzando con lo que refirió acerca de la declaración de la menor, de cuyo testimonio concluyó que fue la niña quien gestó y aceptó el intercambio de mensajes de claro contenido sexual con el acusado. Asegura que el Tribunal sustentó su conclusión acerca del trato sexual con base en las comunicaciones que tuvo la niña con el acusado, sin reparar que no se probó con quién interactuaba la menor y quién era el titular de la línea telefónica de la cual provenían los mensajes eróticos.

Afirma, entonces, que el Tribunal erró al suponer que fue el acusado el autor de los mensajes, pese a que no se dispuso la duda acerca de quién fue el autor de los mismos.

Agrega que el Tribunal le creyó al padre de la menor, quien contó que la mamá de la niña descubrió que su hija registraba en su celular comunicaciones de un contenido sexual explícito, las cuales le causaron una honda impresión por el lenguaje empleado. En su opinión, esta declaración si acaso permite descifrar el contenido de los mensajes, pero no identificar al autor de las mismas, como igual ocurre con el testimonio de la madre de la niña.

Advierte que al analizar dichas declaraciones y la versión de la madre de la niña, quien manifestó que incluso la esposa del acusado le advirtió sobre el comportamiento de la menor y sobre sus preocupaciones por cartas que le encontró a su marido en las que la niña le transmitía su afecto, el Tribunal incurrió en un error de apreciación probatoria al suponer que los mensajes de contenido sexual provenían del acusado, pese a que eso no se estableció.

De otra parte, aduce que si bien la sicóloga forense, doctora Paola Andrea Gutiérrez, aseveró que la niña le hizo comentarios idénticos a los que manifestó en el juicio oral, aclaró que las referencias a los temas sexuales que menciona y que tienen como fuente las

aseveraciones de la menor, no son ilícitos, en tanto “nos encontramos ante la inexistencia de una conducta punible por inducción a actos sexuales, entendiéndose estos como la relación directa que debe existir entre el agresor y la víctima.”

Por último, cuestiona la manera como se incorporaron al proceso los mensajes a través de la perito Leidy Andrea Muñoz Bermúdez, ingeniera especialista en la materia, quién señaló que no estaba en capacidad de establecer quién fue o pudo ser el responsable del envío de dichos mensajes, es decir, que no estaba en capacidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

En consecuencia, el Tribunal incurrió en errores de hecho derivados de falsos juicios en “la producción y apreciación de la prueba”, por lo cual solicita que se case la sentencia, se “reestablezca la efectividad del derecho material y las garantías del condenado”, en cuanto no existe prueba que indique que el autor de los mensajes sexuales fue el acusado Almanza Rincón.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primero. El recurso extraordinario de casación, por ser un juicio de constitucionalidad y de legalidad de la sentencia de segunda instancia (artículos 181 y ss., de la ley 906 de 2004), obliga al demandante a respetar el contenido de la decisión, con el fin de indicar y precisar los errores tal como se manifiestan en la sentencia, y no simplemente a ofrecer conclusiones que no surgen del contenido material de la decisión (artículo 184 ibidem).

En este caso, como el recurrente acudió a denunciar la ilegalidad del fallo con fundamento en errores de apreciación probatoria, la causal tercera que seleccionó para encausar su argumento le obligaba a definir la modalidad de error, es decir, si el Tribunal incurrió en un error de hecho o de derecho, siempre con base en lo expresado en el fallo (numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004). En caso de optar por la primera alternativa, debía determinar si se trató de un error por falso juicio de existencia, de identidad o raciocinio, y

en caso de un error de derecho, si tuvo origen en un falso juicio de legalidad de convicción.

Como en algunos párrafos el recurrente menciona que el juzgador incurrió en errores de hecho, además de lo indicado, le correspondía precisar si se trata de un error por falso juicio de existencia -por omisión o suposición de la prueba e indicar concretamente el medio—, o de identidad -caso en el cual debía establecer si el Tribunal deformó, mutiló o adicionó la prueba y en tal caso cuál—, o si incurrió en un error de raciocinio, y si fue así, si el juzgador incurrió en infracción de las leyes de la ciencia, los postulados de la lógica o las reglas de la experiencia al apreciar el medio de prueba.

El cargo, elaborado sobre la base de la infracción indirecta de la ley por contravenir las reglas de apreciación probatoria, sin embargo, corresponde a una visión muy particular del demandante, con la cual pretende explicar que el Tribunal ha debido concluir que existía duda acerca de quién fue el autor de la conducta. Desde luego que el demandante está en su derecho de sostener que esa conclusión corresponde a la mejor comprensión del problema jurídico, pero en ese propósito debe indicar en donde radica la ilegalidad del fallo, y en tal sentido precisar concretamente sobre cuál medio de prueba recae el error y presentar el argumento en el margen de una cualquiera de las opciones indicadas.

De manera que por fuera del lenguaje casacional, el recurrente simplemente afirma que del testimonio de la menor no se deduce que el autor del trato sexual que virtualmente sostuvo la niña sea precisamente el acusado, sin referirse para nada a lo que expresó al respecto el Tribunal en los siguientes términos:

“L.M.B.P. dijo tener conocimiento de que la citaron a declarar para que expusiera su versión acerca de lo ocurrido con Vítor Hugo Almanza Rincón. Aseguró que todo inició una noche del 2 o 3 de octubre -no precisó de qué año— en la que intercambio mensajes obscenos con el procesado, de lo cual se percató su padre al haberle decomisado su celular, y acudió a formular la denuncia.

“Afirmó que los mensajes eran de alto contenido sexual, toda vez que le había pedido a Almanza Rincón sostener una conversación ‘hot porque quería experimentar qué aspectos del hombre sacaba a través de esas conversaciones.’ Indicó que también intercambiaban fotografías de sus partes íntimas, ya que ella le envió al acusado una foto de su vagina y él le mando una del pene, lo cual tenía como fin ‘hacer más caliente, más excitante, más promotora de hormonas la conversación’.”

Es evidente, entonces, que el demandante no estructuró el cargo en relación con las razones que expuso el Tribunal al analizar la declaración de la menor, deficiencia que conspira contra el principio de corrección material. En efecto, el discurso no se compagina con el examen que se hizo en la sentencia, y recurre a argumentos siempre por fuera de la línea de reflexión que plasmó el juzgador, única manera de sacar adelante la tesis tendiente a establecer que no se demostró el trato sexual entre la menor y el acusado.

Segundo. Como se deduce del único cargo propuesto, el recurrente no discute la tipicidad de la conducta, ni si el trato sexual que se refleja en los registros del teléfono celular de la menor corresponde a la descripción típica de un acto sexual con persona menor de edad y de pornografía. Pone en duda, si, la autoría, que es el tópico sobre el cual plantea la duda.

En cuanto a ello es necesario referir que el Tribunal, luego de llegar al convencimiento más allá de toda duda acerca de la autoría, concluyó que los registros del teléfono celular contenían una relación sexual virtual explícita. A partir de esta reflexión definió que como el artículo 209 del Código Penal, sanciona a quien “realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales”, la conducta del acusado se subsume en este precepto, pues el abuso sexual se materializa con la inducción, en tanto se persuade a otro de realizar comportamientos sexuales.

Esta última alternativa que no requiere contacto sexual directo, se justifica en la medida que el bien jurídico protege además de la libertad e integridad la formación sexual, finalidad

que permite comprender por qué el comportamiento consistente en mantener un trato sexual virtual con la menor, corresponde a la descripción típica de la inducción a la práctica sexual a que se refiere el artículo 209 del Código Penal.

Acerca de esta temática el recurrente no hizo ninguna alusión específica por concentrarse en la discusión sobre la autoría, ni tampoco cuestionó el concurso ideal de conductas entre acto sexual (artículos 209 y 211 numeral 2 del Código Penal) y pornografía (artículo 218 ibidem), que el Tribunal convalidó con el argumento de que este último tipo penal sanciona a quien, entre otras conductas, “transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad.”

Es muy posible, entonces, que en el fallo, con el pretexto de aplicar el concurso ideal de conductas penales, se haya valorado dos veces la misma conducta, incrementando la pena ilegalmente. La Corte, por lo tanto, inadmitirá la demanda, pero oficiosamente estudiará el tema del concurso delictual con el fin de precisar las diferencias estructurales entre los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y pornografía, y establecer si de acuerdo con la opción que se escoja, es posible adecuar la conducta en dos normas a la vez e incrementar la pena de acuerdo con esa doble valoración.

Contra esta decisión procede el recurso de insistencia en los términos de la jurisprudencia de la Sala.

Por lo expuesto, La SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

**RESUELVE**

**INADMITIR** la demanda de casación presentada por el defensor de Víctor Hugo Almanza Rincón, contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 27 de septiembre de 2017.

Contra esta decisión procede el recurso de insistencia.

En firme, regrese el expediente al despacho para estudiar oficiosamente el tema indicado en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria