

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

AP803-2018

Radicación n.º 52179

(Acta n.º 65)

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

## I. V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Jorge Eliécer Agámez Moreno contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Montería el 7 de diciembre de 2017, por medio de la cual confirmó la condena dictada en primera instancia, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

## II. H E C H O S

Hacia los meses de abril y mayo de 2013, en la vivienda de la familia AV, localizada en la ciudad de Montería, el señor Jorge Eliécer Agámez Moreno, quien entonces habitaba con la citada familia, realizó tocamientos en las partes íntimas de la menor L.E., aprovechando que esta y sus hermanos ocasionalmente quedaban bajo su cuidado. El hecho fue descubierto por una prima de la madre de la víctima.

## III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia concentrada celebrada el 1.º de noviembre de 2013, el Juzgado 4.º Penal Municipal con función de control de garantías de Montería legalizó la captura del entonces indiciado Jorge Eliécer Agámez Moreno; luego de lo anterior, la fiscalía le imputó el delito de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo (art. 209 y 31 del C. Penal), cargo que aquel no aceptó. Enseguida, el imputado fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El 26 de diciembre de 2013, la Fiscalía 9.ª Seccional CAIVAS de Montería radicó el escrito de acusación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado (art. 208 y 211-2 del C. Penal), en concurso homogéneo y sucesivo, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 1.º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad; este realizó la audiencia de formulación de acusación entre el 17 de febrero y 9 de junio de 2014 siguientes, y la preparatoria el 7 de noviembre de 2014. El juicio oral, luego de numerosos aplazamientos y con la asistencia del representante de la víctima, se cumplió entre el 14 de octubre de 2015 y el 2 de agosto de 2017, fecha esta última en que la fiscalía varió la calificación del delito y solicitó la condena por el delito de actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 del C. Penal). La diligencia terminó con el anuncio del sentido condenatorio del fallo.

2. La lectura de la sentencia, conforme el inciso final del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se realizó el 31 de octubre de 2017. A través de esta, Jorge Eliécer Agámez Moreno fue condenado a la pena principal de 192 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. El a quo dispuso, además, que “el procesado seguirá recluso en el establecimiento carcelario Las Mercedes de esta ciudad hasta cumplir la pena”.

Apelada por la defensora del procesado, la providencia de primer grado fue confirmada por el Tribunal Superior de Montería, en sentencia del 7 de diciembre de 2017.

En su contra, la defensora interpuso el recurso extraordinario de casación y lo sustentó por escrito de manera oportuna.

#### IV. LA DEMANDA

La censora formula sendos cargos, por violación directa e indirecta de la ley sustancial.

##### Primer cargo

Acusa la sentencia de haber violado directamente la ley procesal, por inobservancia del principio de in dubio pro reo (art. 7.º del C. de P. P.), “por haber incurrido parcialmente en la causal primera, cuerpo primero, de casación, consagrada en el numeral primero del artículo 180 del C. de P. P.”.

Luego de reseñar algunas decisiones de la Sala sobre la garantía de in dubio pro reo, la recurrente llama la atención sobre la “notoria contradicción en cada uno de los hechos que fueron depuestos en la audiencia de juicio oral”.

Señala que existen contradicciones entre el dicho de la señora Amalfi Peinado, el de los padres de la víctima y las entrevistas rendidas por ésta sobre quién conoció los hechos en primer lugar.

También se configura una contradicción cuando la madre dijo en el examen sexológico médico legal, “el cual no fue valorado”, que los hechos sucedieron hacia el mes de abril de 2013, pero en el juicio expresó que ocurrieron en mayo de 2013. Además, la madre desvirtuó el testimonio de la niña, pues esta última dijo que el acceso tuvo lugar “luego del colegio, es decir... entrando la noche”, pero aquella negó que esta saliera en la noche.

Alega que la acusación menciona que la menor fue accedida carnalmente, pero la valoración sexológica determinó que la niña no fue desflorada y, además, no halló lesión

reciente que permitiera fundar una incapacidad médico legal. Aprecia que la señora Amalfi Peinado dijo haber visto a la niña salir de la habitación del hoy procesado “limpiándose la boca”, pero la menor no refirió actos sexuales que comprometieran su rostro. Además, la ofendida relató en la valoración sexológica que el agresor “le metía los deditos en la coca y el pene también”, pero en la entrevista afirmó que “le introducía los dedos en la coca, refiriéndose a la vagina”. Las anteriores contradicciones impiden un conocimiento del episodio fáctico más allá de toda duda.

Agrega la impugnante que hay inconsistencias en el lugar donde ocurrieron los hechos, pues en la entrevista la víctima dijo que sucedieron en su propia habitación y en la de Agámez Moreno, pero en el juicio manifestó que ocurrieron en su habitación; además, sus padres aludieron también a una hamaca.

De igual forma, dice la recurrente, existen inconsistencias entre el dicho de la menor vertido en la entrevista y en el juicio, y el de sus padres, en lo que tiene que ver con las amenazas recibidas de parte de Agámez Moreno, pues en una oportunidad la menor dijo que el agresor no le decía nada, luego indicó que este último manifestó que mataría a sus padres y que no le creerían, al tiempo que la madre señaló que la niña se abstuvo de contar los hechos por temor, y que el hoy procesado “le decía que si decía algo le iba a pegar”; a su turno, el padre declaró que Jorge Eliécer Agámez Moreno le dijo a la niña “que no le podía decir nada a nadie porque si no que yo la iba a castigar”.

Llama la atención en que la madre aseguró que después de los hechos su hija bajó su rendimiento escolar, pero la valoración psicológica concluyó que la menor siempre tuvo bajo rendimiento académico.

Por todo lo anterior, dice la defensora, no se le puede conceder credibilidad a los testigos, pues sus atestaciones solamente arrojan incertidumbre.

Además, aprecia la defensora recurrente, “estamos frente a un caso en que la menor sí es

capaz de mentir, de crearse una historia”, pues los padres expusieron que la niña podría mentir en cuanto a si se había comido un dulce; de manera que el padre se contradice cuando asegura que su hija nunca le ha mentado, pero luego afirma que sí lo ha hecho como todo ser humano.

“Consecuentemente -concluye la impugnante- se pone en duda y se observa analizando cada prueba presentada, que los presuntos actos sexuales no tuvieron lugar por las evidentes contradicciones manifiestas de la menor y que fueron comparadas con cada una de las demás pruebas”.

#### Segundo cargo

Con apoyo “en el numeral tercero del artículo 180 del C. de P. P.”, la censora acusa la sentencia del Tribunal por haber violado indirectamente la ley sustancial y procesal, por inobservancia y desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba (art. 380 y 381 de la Ley 906 de 2004). Aduce que el juzgador dejó de valorar individualmente y en conjunto, bajo el principio de la sana crítica, las pruebas introducidas en el juicio oral; de esta manera, añade, el sentenciador “incurrió parcialmente en la causal tercera de casación”.

Alega que hay una evidente contradicción entre los testimonios y las pruebas documentales, las cuales no fueron tenidas en cuenta. Agrega que el juzgador omitió los exámenes de valoración sexológica y psicológica; estos, al igual que la declaración del procesado, han debido tomarse en consideración para ponderar la veracidad del dicho de la menor y de los demás testigos. Agrega que frente a las atestaciones de la señora Amalfi Peinado, el acusado dijo que la niña salió del baño limpiándose la boca.

De haber analizado en conjunto todas las pruebas, el sentenciador habría advertido “que nos encontramos ante un caso de in dubio pro reo”. En contrario a lo que aprecia el Tribunal, no es cierto que la menor no hubiera incurrido en contradicciones, o que no

hubiera mentido; además, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que algunas investigaciones demuestran que los niños mienten.

La casacionista reitera las contradicciones reseñadas en el cargo anterior.

Por último, le pide a la Sala que case el fallo impugnado y, en su lugar, absuelva al procesado.

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala anticipa su decisión en el sentido de inadmitir la demanda de casación, toda vez que evidentemente carece de las necesarias exigencias formales y materiales, así como del rigor argumentativo que debe regir su presentación; en particular, debe decirse que el libelo no es más que un inútil discurso de instancia que solamente plantea una discrepancia con la apreciación judicial, mas no demuestra un error evidente y trascendente en aquella. Es por lo anterior que el libelo se muestra del todo inepto para mostrar la necesidad de cumplir cualquiera de los fines de la casación, previstos en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Las razones de la inadmisión se precisan así:

1. Sea lo primero recordar que la sentencia de instancia llega a sede de casación amparada por la doble presunción de acierto y legalidad; de suerte que el juicio de constitucionalidad y legalidad al que se somete en virtud del recurso extraordinario no se puede edificar sobre nuevas apreciaciones probatorias, el personal juicio jurídico del demandante, irregularidades intrascendentes o contradicciones probatorias ya resueltas en las instancias.

No es de recibo, entonces, emplear la casación para formular una discrepancia con la visión probatoria o jurídica del sentenciador, ni con el fin de tratar de convencer a la Corte de que otra apreciación o un distinto juicio es viable o más plausible, como tampoco edificar el ataque en irritualidades insustanciales, sino demostrar que las decisiones adoptadas en la

sentencia son el producto necesario de algún o algunos de los vicios que son susceptibles de remediar en sede de casación, los cuales son aquellos que se plasman en las diferentes causales previstas por el legislador y las modalidades que ha decantado la jurisprudencia penal.

La función del demandante en casación es bien distinta a la que cumple el sujeto procesal en las instancias, pues lo que debe hacer, si lo que censura es uno o varios errores de apreciación probatoria, es acudir al razonamiento realizado por el sentenciador (no al suyo propio) y demostrar en él un error, de hecho o de derecho, cuya materialidad y relevancia debe dejar perfectamente demostrada. Su deber no es, pues, el de convencer a la Corte de que su personal apreciación de la prueba es más plausible que la plasmada en la providencia, sino demostrar que los fundamentos jurídicos y probatorios de la sentencia, y de contera sus conclusiones, fueron el producto de evidentes errores de hecho o de derecho.

2. Pues bien, los anteriores lineamientos permiten ver a las claras la inidoneidad de la demanda de casación, pues esta contiene exactamente los mismos argumentos que fueran presentados por la defensora en la apelación formulada contra la decisión del juzgado.

Todas las cuestiones planteadas en el recurso ordinario (las supuestas inconsistencias sobre quién conoció los hechos inicialmente, el lugar donde estos sucedieron, las amenazas dirigidas contra la menor, la ausencia de desfloración a que se refiere el dictamen sexológico, la capacidad de la menor para mentir y, en fin, las supuestas mentiras en sus atestaciones), fueron apreciadas y resueltas por el Tribunal.

En sede de casación la libelista reitera los mismos argumentos (que, en términos generales, son también iguales a los alegatos de conclusión presentados en el juicio oral) pero, en lugar de demostrar un error en la manera como el juzgador los resolvió, se dedica inútilmente a reclamar –al igual que lo hizo en sede de apelación del fallo del a quo– que a

las inconsistencias mencionadas se les conceda un mérito acorde con los intereses defensivos y, en general, a pregonar que su personal valoración de los elementos de juicio es mejor que la adoptada en la sentencia.

Esta manera de desarrollar el recurso extraordinario, esto es, a través del mecanismo de identificar y sobredimensionar un conjunto de aparentes inconsistencias probatorias, se insiste, no representa más que una discrepancia con la apreciación y juicio jurídico del sentenciador, motivo por el cual claramente resulta del todo inútil para derribar la presunción de acierto y legalidad que ampara la decisión.

Entonces, por sustracción de materia, por no encontrar en el escrito nada distinto a un enunciado genérico de discrepancias con los resultados de la decisión de fondo, no puede la Corte avanzar mucho más en el estudio de los presupuestos de lógica y debida fundamentación del libelo.

3. Bastaría agregar que, al tenor de los lineamientos que la jurisprudencia de la Corte ha trazado de tiempo atrás (CSJ, SP, auto del 18 de agosto de 2010, rad. 33559), los cargos de violación directa e indirecta que formula la censora se presentan evidentemente imprecisos en su postulación y desarrollo; en primer lugar, porque, en contrario a lo que señala la recurrente, el artículo 180 del C. de P. P. no consagra ninguna causal de casación, sino las finalidades del instituto extraordinario. Y aun cuando la Sala entendiera que la recurrente alude a las causales consagradas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que tampoco existe “el cuerpo primero” de la causal primera de casación. Por todo lo anterior, la demanda viola los principios de claridad, precisión y debida postulación.

Adicionalmente, no obstante que es cierto que la violación de la garantía del in dubio pro reo, que la demandante pregonar en el cargo primero, puede proponerse en casación por vía de la violación directa, también lo es que, según el deficiente argumento de la recurrente, este habría sido el producto de errores de apreciación probatoria. Por tal motivo, ha debido



formular el cargo por vía de la violación indirecta, esto es, a través de los conocidos errores de hecho o de derecho, y el desarrollo de alguna de sus diferentes modalidades. Nada de lo anterior lo cumple la demandante.

Y si, conforme el segundo cargo, la violación indirecta alegada provino de la omisión de unas pruebas, o de su apreciación en contra de las máximas de la sana crítica, la demandante ha debido desarrollar los requerimientos argumentativos propios de cada uno de estos errores probatorios, demostrar su incidencia en el sentido del fallo, y cuidarse de no hacer recaer esos dos reproches sobre las mismas pruebas, pues son lógica y naturalmente excluyentes.

4. En conclusión, por carecer de una debida fundamentación la demanda será inadmitida conforme así lo dispone el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, sin que, por otra parte, del estudio de las diligencias la Corte encuentre motivo que amerite superar sus falencias, para asegurar oficiosamente el cumplimiento de las garantías fundamentales o los fines del recurso.

Contra la determinación de inadmitir el libelo procede el recurso de insistencia, en los términos en que la jurisprudencia de esta Colegiatura lo ha decantado (CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, Rad. 25322).

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

## VI. R E S U E L V E

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación formulada por la defensora del procesado Jorge Eliécer Agámez Moreno. En contra de esta determinación procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria