

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP889-2014

Radicación 42769

(Aprobado en acta n°53)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por la defensora de JAGR, contra la sentencia de 30 de agosto de 2013 mediante la cual el Tribunal Superior de (...) confirmó la emitida por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial que lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El progenitor de la menor L.S.C.M1., de nueve años de edad, denunció que el 3 de junio de 2008, cuando la niña salía de su colegio, fue interceptada por un vecino, JAGR, quien la agarró y la metió a su casa, le quitó la camisa, le amarró las manos y tras lanzarla a una cama empezó a besarla y acariciarla, pero cuando le iba a tocar los genitales, la pequeña

logró golpearlo, ante lo cual el sujeto le dio \$42.000,00, y la amenazó con matar a la mamá si contaba lo sucedido.

Que el 5 de junio siguiente el mismo individuo se le acercó a la pequeña diciéndole que no gritara pues ya sabía lo que le pasaría, la llevó a la casa, le quitó la ropa, sin embargo, ante el llamado a la puerta que hizo un conocido del agresor, la menor aprovechó para vestirse, recibiendo la misma amenaza.

Ante el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, se cumplió el 20 de noviembre de 2008 la audiencia concentrada en la cual se legalizó la captura de JAGR, ordenada previamente por un juez homólogo. En la misma diligencia el ente investigador le formuló imputación por la posible comisión del concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, al tiempo que pidió la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó los cargos y se le afectó con la detención preventiva solicitada.

Presentado el 13 de diciembre de 2008 el escrito de acusación por el referido concurso delictual, incluyendo la circunstancia de agravación por razón de la minoría de edad de la víctima, el 12 de febrero de 2009 se cumplió en el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de (...) la audiencia de formulación de la misma.

En ese despacho judicial se surtieron las audiencias preparatoria y la de juicio oral, en esta última diligencia se anunció sentido de fallo de carácter condenatorio, y finalmente, mediante sentencia de 13 de julio de 2012 se declaró la responsabilidad penal de JAGR como autor del concurso delictual objeto de acusación —marginando la causal de intensidad punitiva según la petición formulada por la fiscalía en sus alegaciones finales—, a las penas de noventa y cuatro (94) meses de prisión y de inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra la anterior determinación la defensora del enjuiciado interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de (...), a través de sentencia de 30 de agosto de 2013, confirmó la condena, razón por la cual insiste la misma profesional con la impugnación extraordinaria, allegando la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Corte.

DEMANDA

Dice acudir a las causales contempladas en los numerales 1° y 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, ante el error de hecho por falso raciocinio en que incurrió el Tribunal, porque de la denuncia formulada por el progenitor de la niña surgen los siguientes interrogantes:

¿Qué pasó con las compañeras que iban con la menor cuando fue interceptada por el procesado, la tomó de sus manos y la entró a una casa?, y ¿por qué no le avisaron a los familiares lo que estaba sucediendo y del ingreso de ella a un lugar diferente al de su hogar?

¿Por qué razón la víctima, si en verdad en la primera oportunidad JAGR ejerció violencia, atendió el segundo llamado y no tomó decisiones como llorar, gritar o hacer ruido?

¿Cómo se llama y qué pasó con el supuesto amigo del enjuiciado que golpeó en la puerta de la casa?

¿Por qué la niña no le relató directamente a su profesora Mileidy Londoño lo sucedido y lo hizo saber fue por intermedio de sus compañeras?

Para la defensora, el error consistió en “la validez que se le dio al testimonio de la niña supuestamente afectada”, cuando narró lo referente al segundo acontecimiento pero no a sus superiores, sino a sus propias compañeras, a quienes les solicitó contarle a su profesora.

Que además el Tribunal no acató la regla de la experiencia según la cual: «las personas entran y salen de su residencia por múltiples razones y no hay prueba de que ellos dos no puedan hacerlo o de que no lo hubieran hecho, o que estando dentro de la vivienda, estuvieran en la misma estancia».

Bajo estas consideraciones escinde las siguientes censuras:

Primer cargo: Falso juicio de identidad

El fallador se equivocó al darle credibilidad a las manifestaciones de la menor en sus diferentes intervenciones, las cuales no tienen coherencia ni exactitud, y por analizar el dicho de ella a través de terceros, como sus compañeras cuando le contaron a la profesora, y luego ésta le narró al progenitor, sin que aquellas hubieran sido siquiera entrevistadas.

En criterio de la libelista, «basta conocer un poco a los niños para saber que su actitud frente a la realidad es muy diferente a la de los adultos. El respeto de la verdad es una noción que se les hace adquirir poco a poco; el niño hasta cierta edad no concede importancia a la verdad por sí misma ¿porque —sic—, decir la verdad y no lo falso?, solo nosotros los adultos lo comprendemos, pero el —sic—, no distingue aun claramente entre la ficción y la realidad, entre sus pensamientos y las cosas», por ello estima que es absurdo pedirle aquí a la víctima que no mienta, pues es incapaz de comprender la verdad.

Explica que en este caso se trata de una mentira construida bajo la influencia de

sugestiones, y que «es increíble que en nuestra época de progreso científico, la simple palabra de una niña, inconsciente, pueda decidir de nuestros bienes más sagrados, del honor y la libertad del hombre, valdría más decidir con más razón, que no puede ser pronunciada una condena sobre la única base de un testimonio infantil. Es una prueba demasiado frágil en sí misma, cuando no está corroborada con presunciones graves y otras pruebas».

Que no se compagina la pobre narración realizada por la niña en la cámara Gessel, porque según su edad debía tener un desarrollo mental y un vocabulario de más de 3000 palabras y leer más de cien palabras por minuto.

A su turno, refuta la consideración del Tribunal que generalmente para estos hechos los autores buscan lugares cerrados, porque eso no se cumplió aquí, pues fue al salir del colegio, delante de sus compañeras, cuando el sujeto cogió a la menor bruscamente de las manos para hacerla ingresar a su residencia.

Segundo cargo: Error de hecho por falso raciocinio

El Tribunal tomó como hecho indicador el testimonio de la menor para arribar a una sentencia errónea, ya que los actos y aspectos modales del delito fueron realizados e imaginados en la mente de la niña, además, se genera duda porque ella no estaba sola al ir acompañada de sus amigas del colegio.

Concluye que no hay certeza ante la falta de articulación de la base probatoria.

Tercer cargo: Falso juicio de existencia

El juzgador desconoció la regla de la experiencia, del sentido común o de la lógica en la evaluación probatoria al no analizar lo manifestado por la menor en la cámara Gesell y sobre ello edificar la condena, al punto que no se demostró si la menor entró en verdad a

la casa de JAGR, cuando éste convive con sus cinco hijos, una nuera, una nieta de dos años y su esposa no laboraba en ese entonces, sin saberse tampoco qué pasó con el amigo del procesado que golpeó en la puerta en el segundo momento de los hechos.

También destaca que la niña declaró que el agresor era de raza negra y tenía hartos pelos, en tanto que el procesado es trigueño y su cabello escasea.

Y que según el testimonio de la profesora Bibiana Medina, la niña le dijo que era un conocido de su familia quien le daba dinero y cosas, pero no hace una mención clara del señor, ni menciona su nombre.

En relación con las manifestaciones de la psicóloga del colegio Mabel Alcira Hoyos, asevera que no se dilucidó en el juicio cuando afirmó que la menor le dijo que el sujeto era conocido de la familia, le daba dinero y cosas, pero en una entrevista aseveró que se enteró de los hechos por la profesora Mileidy Londoño, pero luego indicó que la menor le contó que en dos ocasiones después de salir del colegio un hombre la esperaba, la tomaba de la mano y se la llevaba a la casa de él, le daba dinero o cosas como un maletín o una cartuchera.

Paralelamente señala que el padre de la menor indicó que él la llevaba al colegio por la mañana y en la tarde la recogía una tía, pero esta última no fue llamada a declarar, además, el progenitor dijo conocer al enjuiciado por ser carretillero, no obstante, para la época de los hechos JAGR era constructor.

En suma, señala que al incurrir el Tribunal «en esos errores de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y error de hecho por falso raciocinio, bien en la construcción del hecho indicador o indicante o en la inferencia lógica del hecho indiciado o indicado», lo llevó equivocadamente a hallar certeza donde sólo había probabilidad para aplicar así indebidamente los artículos 29 de la [Constitución Política](#); 381 y 382 de la Ley 906 de 2004 y 209 del Código Penal, violando los artículos 372, 380 y 404 del mismo

estatuto procedimental.

Por lo tanto, solicita a la Sala casar el fallo de segundo grado y emitir decisión de reemplazo absolutoria en favor de su defendido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurso de casación está instituido como mecanismo de control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia en los procesos adelantados por delitos cuando se afecten los derechos o garantías fundamentales, sin que tenga alguna incidencia el límite punitivo al no depender su acceso de la consideración de la mayor lesividad del bien jurídico.

Acogiendo las causales legal y taxativamente señaladas, se debe considerar la satisfacción de los fines para los cuales está previsto de buscar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos, así como la unificación jurisprudencial.

Bajo esta óptica, la pretensión del demandante ha de estar demarcada por el carácter teleológico de la impugnación, por ello, en aras de fundamentar el perjuicio ocasionado ante la negación o restricción de sus derechos o garantías debe señalar la causal de casación con el desarrollo adecuado de cada uno de los cargos que le dan sustento y denotar la necesidad del fallo, so pena que por el incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la ley en comento.

Ese control constitucional y legal de la sentencia de segundo grado le imprime al recurso su carácter de extraordinario, de ahí que no escapen a él la observancia de las reglas de coherencia, precisión y claridad que conduzcan al cabal entendimiento de los reparos anunciado, todo ello para evitar que la casación se transforme en una tercera instancia, máxime que el carácter reglado de la misma inhibe a la Corte de corregir las

falencias exhibidas por el demandante o desentrañar el sentido de argumentaciones contradictorias.

Así, además de los fundamentos de lógica, suficiente demostración y de contenido que la Corte debe verificar al momento de estudiar la demanda, ha de analizar la necesidad de su intervención en sede de casación con miras a cumplir alguna de las finalidades del recurso, porque si advierte la imperiosa protección o restauración de un derecho fundamental y precisarse de fallo, deberá superar las falencias técnicas formales del libelo para su admisión.

En este caso, la crítica a la legalidad de la sentencia la fundamenta la demandante en las causales contempladas en los numerales 1° y 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, que abordan, en uno y otro caso, la violación directa de la ley sustancial, y la mediada por yerros en el proceso de aprehensión y valoración probatoria, sin embargo, incurre en una mixtura la cual le resta al cargo la aptitud necesaria para su admisión, por cuanto no explica de manera independiente el error de puro derecho bien de selección normativa o por una equívoca adecuación de los hechos probados, ora de carácter hermenéutico por darle a la disposición un sentido que no tiene o errar en su significado.

De asumir que se trata sólo de la violación indirecta de la ley sustancial, ya que todo su discurso lo apunta a ese norte, tampoco el desarrollo se ajusta a los fundamentos propios de esa vía al formular coetáneamente varias modalidades de yerros probatorios, como cuando anuncia un falso juicio de identidad y de existencia, pero en vez de explicar cómo al momento de fijar el contenido de un elemento probatorio fue distorsionado, cercenado o adicionado en su expresión fáctica, o si fue omitido pese a obrar en el diligenciamiento o por el contrario fue inventado, sólo repara en la credibilidad otorgada a las manifestaciones de la menor y sus superiores y critica las inferencias judiciales, aspectos propios de un falso raciocinio, que tampoco argumenta adecuadamente.

Incluso, no se apega a la forma como en esta sede extraordinaria se debe atacar el indicio, porque como a éste se llega mediante un proceso lógico deductivo —a partir de una regla de la experiencia y la comprobación de un hecho indicador, se infiere la existencia de otro—, ante su compleja construcción la denuncia de yerros probatorios deba ser muy clara sobre el momento o paso en el cual recae: los medios que acreditan el hecho indicador, el nexa inferencial o su fuerza de convicción.

Si el error se ubica en la inferencia lógica, la precisión que demanda tal planteamiento debe partir de la conformidad y validez del medio probatorio del cual surge el hecho indicador, y aquí por parte del demandante sin mayor dificultad se advierte que crítica los hechos de los que se valió el juzgador para la prueba construida, especialmente, cuando en su concepto, no podían utilizarse como sustento las manifestaciones de la niña, porque en su parecer el dicho de los menores no merece credibilidad y la niña mintió en este caso.

Contrario a demostrar para el desafuero intelectual, el alejamiento judicial de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, así como de señalar cual debió haber sido una adecuada estimación probatoria, se dedica a formular una serie de interrogantes acerca de qué pasó con las compañeras de la menor, por qué ésta no reaccionó de otro modo al gritar o avisar inmediatamente a sus superiores, o cómo se llamaba el amigo del procesado que golpeó en la puerta de la casa, etc., pero sin señalar el correcto postulado que debió ser considerado y que llevaría a minar el valor persuasivo de las manifestaciones incriminantes realizadas por la víctima.

Tampoco se detiene en tales interrogantes para denotar que arrojaban incertidumbre acerca de la materialidad del delito o la responsabilidad del procesado, y cómo tal grado de conocimiento vacilante pasó inadvertido para el Tribunal derribando indebidamente la presunción de inocencia.

El juez plural apoyado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, acerca de que para la valoración de los testimonios de menores, como cualquier otro testimonio, se deben atender los postulados de la sana crítica y confrontarlos con los demás elementos probatorios, concluyó que mediaba total coherencia entre la declaración de la niña ante la cámara Gessel, lo narrado por ella en el examen psicológico, así como relatado a su profesora y a la psicóloga del colegio, sin que se advirtiera así alguna inconsistencia, amén de coincidir con las demás pruebas,

Fue la propia menor quien informó de los actos de los que fue víctima por parte de un sujeto conocido con el alias de "G", quien residía cerca de su casa y de su colegio, hechos que fueron reiterados con claridad y precisión ante el psicólogo Anival Valderrama, profesional que repetimos de manera imparcializada declaró en juicio dando calidad de veraz a los dichos de la menor debido a su coherencia y los detalles por ella aportados. El Dr. Anival Valderrama Tovar, perito psicólogo adscrito al C.T.I de la Fiscalía General de la Nación, indicó durante su declaración que la menor entregó explicaciones puntuales en relación a quién, cómo, cuándo y donde sucedieron los hechos, sin observarse problemas de pronunciación o situaciones delirantes o alucinatorias, sino por el contrario una excelente ubicación en tiempo y espacio.

Y si bien la defensora señala que no se aplicó la regla de la experiencia según la cual: «las personas entran y salen de su residencia por múltiples razones y no hay prueba de que ellos dos no puedan hacerlo o de que no lo hubieran hecho, o que estando dentro de la vivienda, estuvieran en la misma estancia», además de no explicar su generalidad, no indica qué aspecto hubiera permitido concluir tal máxima.

Así, la defensora se queda en una simple oposición defensiva a las consideraciones judiciales, postura que, como de tiempo atrás lo ha señalado la Sala, no basta para motivar el análisis de la legalidad del fallo, en cuanto el embate debe sujetarse a las técnicas establecidas para probar la existencia de yerros manifiestos y esenciales, con incidencia

en el sentido de la decisión.

Como se concluye que el libelo no será admitido, es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de las partes, tampoco se ve la necesidad de superar los defectos del libelo para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que ameritaran la intervención oficiosa de la Corte.

Precisión final

Contra la decisión de no admisión de la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con las previsiones del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por la defensora de JAGR por las razones expuestas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

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

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

11 Se omite identificar a la menor por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre, de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño, los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (ONU 1985), la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (ONU 1993), disposiciones concordantes con los artículos 47, numeral 7º; 192 y 193, numeral 7º de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).