

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

SP4752-2018

Radicación n° 48889

Acta 371

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado YAMIR ARMANDO MORA contra fallo del 19 de julio de 2016 del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual revocó la sentencia del 21 de enero del mismo año proferida por el Juzgado 29 Penal del Circuito de esa ciudad, y en su lugar lo condenó a prisión de diecinueve (19) años como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso heterogéneo, homogéneo y sucesivo de hechos punibles.

HECHOS

Elsa María Sierra Caro orientadora del Colegio Técnico Tomás Rueda Vargas, al observar actitudes extrañas en el comportamiento de la niña K.D.G.V., entabló conversación con ella, menor que en el curso de la misma le refirió que en el lapso comprendido de diciembre 24 de 2012 al mes de mayo de 2013, YAMIR ARMANDO MORA, amigo de su madre, cuando ella iba a su casa a hacerle mandados, había aprovechado para pedirle y ejecutar múltiples y

reiterados tocamientos sexuales, algunos de los cuales consistieron en la introducción en su vagina de los dedos de las manos del implicado.

ANTECEDENTES

El 22 de junio de 2013 en audiencias preliminares ante el Juez 67 Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, se legalizó la captura de YAMIR ARMANDO; la Fiscalía le formuló imputación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con actos sexuales con menor de catorce años -artículos 208, 209, 211.2, 31 del Código Penal- y solicitó medida de aseguramiento de detención, la cual le fue impuesta en centro carcelario.

El 19 de julio de 2013 la Fiscalía radicó el escrito de acusación y ante el Juez 29 Penal del Circuito de esta ciudad, formuló acusación por los delitos imputados.

A la conclusión del juicio oral y en concordancia con el anuncio del sentido del fallo, el Juez absolvió al acusado; fallo que el Tribunal Superior de Bogotá revocó por vía de apelación de los representantes judicial de la víctima y la Fiscalía General de la Nación, constituyendo el objeto de la casación.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Con sustento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante postula un (1) cargo por violación indirecta de la norma de derecho sustancial, derivado de error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

Según el reparo, el Tribunal revocó la sentencia absolutoria con sustento en el testimonio de la víctima y dejó de valorar las declaraciones de Paula Andrea Rodríguez Ramírez, María Hilda Camargo Gómez, Miguel Mendoza Ariza, Ricardo Rincón Borda, la menor Julieth Natalia Rivera Gómez y la psicóloga Claudia Alexandra Rodríguez Yepes.

Agrega que el relato de la menor ofrece inconsistencias y no concuerda con los hechos relatados; además que el desconocimiento de los criterios en la apreciación de la prueba pericial condujo a aceptar las conclusiones de la psicóloga y del médico legista, razón por la cual la duda ha debido resolverse a favor del acusado, porque los hechos aceptados por el juzgador no son suficientes para edificar una sentencia de condena.

Pide casar la sentencia y en su lugar dejar en firme el fallo absolutorio de primera instancia.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante.

Señala que más allá de la absolución en primera instancia, cuya revocatoria en segunda se sustentó en la credibilidad de la menor, ignorando los elementos probatorios que la defensa allegó al juicio, considera importante advertir que en el escrito de acusación no se precisan las circunstancias de tiempo, modo y lugar que subyacen a la comisión del delito.

Agrega que en relación con el tiempo la menor habla de muchas oportunidades sin precisarlas, lo cual vulnera el debido proceso y el derecho de defensa, toda vez que esa circunstancia debe estar determinada o ser determinable, de modo que cuando no es establecida impide la defensa.

Así mismo la congruencia es otro aspecto a tener en cuenta. Si se observa la formulación de la imputación, en dicha audiencia se atribuyen unos cargos, el de acceso carnal violento en concurso con actos sexuales con menor de catorce años agravado; en el escrito de acusación se imputa el acceso carnal con menor de catorce 14 en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado. En estos casos, la Corte ha dicho que la imputación debe ser ampliada, lo cual ha debido hacerse en cuanto al concurso homogéneo.

Finaliza manifestando que tales aspectos los pone de presente para que sean tenidos en cuenta al estudiar la demanda. Pide casar la sentencia con fundamento en el libelo o que de manera oficiosa lo haga la Corte.

2. Los no recurrentes

2.1. La Fiscalía.

Para el Delegado el vicio formulado en la demanda tiene fundamento en la omisión del Tribunal de valorar los testigos de la defensa y sustentar la sentencia en la versión de la menor.

Según lo decantado por la jurisprudencia de la Sala, cuando se postula tal clase de vicio es indispensable mostrar que la omisión es de un hecho trascendente. En la sentencia de primera instancia, el juez consideró que el testimonio de la menor no era coherente ni suficientemente claro en relación con las conductas atribuidas al acusado, surgiendo la duda sobre su ocurrencia, bajo cuyo principio absolvió al acusado.

De otro lado, la decisión del Tribunal debe limitarse al objeto de la impugnación, siendo preciso tener en cuenta que el a quo hizo un recuento de la prueba entre ella la señalada en la demanda, pero ninguna fue sustento de la absolución, la cual se funda en las contradicciones de la víctima y en la falta de concreción de la psicóloga en los resultados de la entrevista recibida a la menor.

Quienes acudieron en apelación, discutieron la valoración probatoria por no corresponder con el contenido de la prueba, principalmente el testimonio de la víctima al cual calificaron de veraz por su claridad y coherencia en el relato, sin que las contradicciones en que pudo haber incurrido alcanzaran trascendencia para desvirtuar la acusación, como tampoco la tienen las imprecisiones de la psicóloga Sonia Esperanza Mercado y de la progenitora de la menor Zoraida Esperanza Villamil.

Estos fueron los tópicos abordados en el fallo de segunda instancia, el cual contiene el análisis de la versión de la niña y de las pruebas que podían incidir en el valor probatorio de sus atestaciones sobre los hechos jurídicamente relevantes que comprometían al acusado, entre ellas, las de las profesionales de la psicología presentadas por la fiscalía y la defensa, que le permitieron al Tribunal concluir que la materialidad de la conducta y la responsabilidad estaban demostradas.

El ad quem argumentó que las manifestaciones de las psicólogas eran atendibles en el plano de las probabilidades, pero que en lo relativo al aspecto sustancial del testimonio de la víctima no tenían el peso para menguar su relato en relación con los tópicos ya dichos.

Entonces el Tribunal abordó los temas propuestos por los impugnantes, sin que le fuera dado ocuparse del debate probatorio que ahora propone la defensa a través de la censura.

De otro lado no encuentra que el demandante haya demostrado cuál es el hecho que se plasma con las pruebas que no fueron analizadas y que no quedó reflejado en la valoración de la segunda instancia, y no se advierte, porque ninguna relación tiene con las razones expuestas por los jueces de primera y segunda instancia.

Expresa que la argumentación evidencia la pretensión de reabrir el debate probatorio con las pruebas de la defensa que fueron reseñadas por la primera instancia, pero consideradas sin incidencia en el sentido del fallo, razón por la cual pide no casar la sentencia.

2.2 Representante de la víctima.

Solicita mantener la sentencia porque su análisis probatorio es concienzudo, toda vez que el Tribunal aprecia el testimonio de la menor y su posible contaminación conforme con lo dicho por la psicóloga, precisando que son los adultos quienes toman las decisiones frente a los hechos que involucran a los menores.

Anota que el objetivo de la entrevista adelantada por la psicóloga del CTI era el de establecer las circunstancias modo temporales bajo las cuales ocurrieron los hechos, sin que la misma desvirtúe o reste valor probatorio al testimonio de la víctima como lo concluyera el juez de primera instancia.

En relación con el cargo reprochado, advierte que las pruebas citadas por la defensa son de referencia, que carecen de la fuerza suficiente para desdibujar el testimonio de la niña, por ser la única que puede relatar los hechos investigados, esto es, es prueba directa de ellos.

Frente a las manifestaciones provenientes de la madre de la menor, las cuales admite la demanda, sobre el hecho de conocer al acusado desde 15 años atrás y haber mantenido una relación de escasos seis meses, considera que las mismas no pueden dar lugar a la teoría de la venganza que nunca fue demostrada, toda vez que si el acusado prestaba ayuda para solventar las dificultades económicas de ella, su privación de la libertad la impediría.

Advierte que los testimonios de la defensa estuvieron encaminados a favorecer al acusado dada la familiaridad con él, quienes se refieren a las circunstancias en que ocurrieron los hechos cuando los mismos sucedieron a puerta cerrada.

El análisis psicológico de la perito de la defensa técnica se fundó sobre la entrevista realizada a la niña y no en el contacto personal, de modo que las críticas al escrito elaborado por la psicóloga del CTI que recaen sobre la recepción de la entrevista, descalificando el método y sus conclusiones, desconocen lo preceptuado en el artículo 37 de la Ley 1090 de 2006 sobre los deberes de los psicólogos de no desacreditar a su colegas que trabajan con los mismos métodos o diferentes, constituyendo falta la censura de los diagnósticos y sistema de trabajo sin la suficiente sustentación crítica.

Con fundamento en lo anterior, pide no casar la sentencia objeto de la casación.

2.3 Ministerio Público

Manifiesta que no obstante las precisiones del Delegado de la Fiscalía sobre la configuración del vicio, la cual comparte, en aras del respeto de las garantías de los sujetos procesales, resalta algunos aspectos percibidos en la sentencia de primera instancia, dado que no hace una valoración de las pruebas sobre la responsabilidad sino de la duda en la ocurrencia de los hechos.

Aspecto que resaltó el Tribunal tal como puede verse en las páginas 9 y 10 del fallo, por lo cual estima que debió hacerse la valoración de las pruebas acerca de la responsabilidad del acusado, conforme con los artículos 372, 381 y 382 de la Ley 906 de 2004, que imponen al juez el deber de apreciar racional y conjuntamente los medios de conocimiento legalmente recaudados.

Con tal advertencia, observa que según la queja del recurrente no fueron valorados los testimonios de Paula Andrea Ramírez, María Ilda Camargo, Miguel Mendoza, Ricardo Rincón y el de la menor, mientras el de la psicóloga Claudia Alexandra Rodríguez Yepes sí fue apreciado.

En ese orden echa de menos la apreciación racional de los mencionados testimonios; no obstante, reprocha al libelista dejar de mostrar la trascendencia del vicio porque ninguno desacredita los señalamientos de la menor, y tenía que hacerlo, porque así lo exige la jurisprudencia de esta Corte.

Añade que el Tribunal no solo se apoya en la versión de la víctima sino en la de otras personas, además de algunas de las pruebas omitidas surgen indicios graves de responsabilidad, toda vez que el demandante habla de la prohibición de la progenitora a la menor de ingresar a la casa del acusado, conocida por Elsa María Sierra, Ilda Camargo, Miguel Mendoza y Paula Rodríguez, hecho que conduce a inferir la existencia de una razón muy poderosa para que la hiciera, por ser precisamente en ese lugar donde ocurrieron los hechos.

En consideración a la falta de trascendencia de la prueba omitida, conceptúa que se debe mantener la sentencia atacada en casación.

CONSIDERACIONES

La censura propuesta con fundamento en la causal 3ª de la Ley 906 de 2004, denuncia un error de hecho por falso juicio de existencia.

Para el casacionista, el Tribunal incurrió en dicho error por omitir en su valoración probatoria los testimonios de Paula Andrea Rodríguez Ramírez, María Hilda Camargo Gómez, Miguel Mendoza Ariza, Ricardo Rincón Borda, la menor Julieth Natalia Rivera Gómez y la psicóloga Claudia Alexandra Rodríguez Yepes, vulnerando el sistema de apreciación racional de la prueba “que impone al funcionario el deber de hacer explícitos los motivos en que se fundamenta la decisión”.

Los citados medios de conocimiento existen jurídica y válidamente por haber sido ordenados por el juez y practicados en el juicio oral, en las sesiones del 22 de mayo y 19 de agosto de 2015; no obstante, el ad quem fundamenta su decisión en el análisis de la declaración de la menor y con sustento en ella revoca la absolución del acusado, sin valorar las pruebas de la defensa.

Manifiesta el recurrente que con el testimonio de Julieth Natalia, se conoce el deseo de la familia de denunciar a alguien por las dificultades económicas y que los hechos no pudieron ocurrir los días que menciona la víctima, dado que el acusado trabajaba y los domingos permanecía donde la abuela de la declarante.

Mientras las declaraciones de Hilda Camargo de Gómez, Miguel Mendoza Ariza y Paula Andrea Rodríguez, muestran que la niña K.D.G.V. nunca fue vista entrar a la casa del procesado, quien ayudaba económicamente a la progenitora de la menor.

Así mismo, aluden a las amenazas proferidas por Zoraida Esperanza Villamil, madre de K.D.G.V., contra MORA por quitarle la ayuda económica, según lo señala Miguel Mendoza, Ricardo Rincón y Paula Andrea Rodríguez, persona esta última con quien acostumbraba a salir los días domingos, conforme lo atestiguan María Hilda Camargo, Miguel Mendoza Ariza y la misma Paula Andrea.

Luego los medios de conocimiento omitidos acreditarían que los hechos no existieron o no pudieron ocurrir, porque no obstante la imprecisión temporal, los días en que K.D.G.V dice haber sido abusada el acusado los compartía con Andrea, y la denuncia obedecería al ánimo vindicativo de la progenitora de la menor por la pérdida de la ayuda económica brindada por aquel.

La lectura de la sentencia de segunda instancia, permite advertir que la prueba citada en precedencia no fue objeto de valoración, con excepción de la versión de la psicóloga Claudia Alexandra Rodríguez Yepes referida tangencialmente dada su confrontación con la de Sonia Esperanza Mercado.

Al margen de tal deficiencia que no impide a la Sala emitir pronunciamiento de fondo, es pertinente ab initio indicar que el a quo funda la absolución en los “relatos divergentes” de la ofendida “controvertidos” a la vez por su progenitora, la “ambigüedad” de la profesional Sonia Esperanza Mercado en su interrogatorio en el juicio oral, y lo “contradictorio” de este con las conclusiones de la entrevista realizada a K.D.G.V, para reconocer la duda probatoria y resolverla a favor del acusado.

Lo anterior explica que la Fiscalía y la Representante de la víctima en la apelación, hayan discutido en la sustentación únicamente tales aspectos, de los cuales se ocupó el Tribunal sin considerar los testimonios citados, que no obstante haber sido relacionados y resumidos en el numeral 8 de la sentencia de primera instancia, tampoco fueron ponderados por el a quo.

Es importante indicar que frente al debate probatorio propuesto por los impugnantes, al ad quem correspondía por ser asunto inescindible de la apelación referirse a la prueba de descargo, con el propósito de reiterar que su apreciación no afectaba el valor suasorio reconocido al testimonio de la menor, en contraposición a las conclusiones de la primera instancia.

Sin embargo, tal omisión no repercute en el sentido del fallo atacado en casación dada la intrascendencia de los medios de conocimiento aducidos por la defensa en el juicio oral. En efecto, se advirtió en precedencia que el a quo no ponderó la prueba que la censura relaciona, con la excepción señalada, luego si ella no sirvió de sustento de la absolución es porque implícitamente el juzgador la consideró intrascendente.

Es decir la prueba de descargo omitida carece de mérito para restarle la eficacia probatoria que el Tribunal le otorgó a la versión de K.G.D.B., porque lo mostrado no controvierte la imputación ni la autoría de los hechos atribuidos a YAMIR ARMANDO MORA como tampoco su responsabilidad penal.

En este sentido, los testigos María Hilda Camargo, Miguel Mendoza, Paula Andrea y Julieth Natalia Rivera Gómez, coinciden en lo esencial en que veían a la menor tocar a la puerta del apartamento en donde vivía el acusado, sin que en ninguna de esas oportunidades la vieran ingresar al mismo, pero mostraría por la razón que fuera, bien por iniciativa de la progenitora o de la víctima, que esta solía buscarlo.

Tales testimonios probarían, que K.G.D.B tenía cercanía con el acusado, a quien según Mendoza Ariza, la menor cogía “por la cintura”, trataba de “papito” y pedía “gastarle”¹, esto es, existía un trato especial entre ambos que en vez de impedir la realización de los hechos atribuidos a MORA los facilitaba.

Los medios de conocimiento que el recurrente considera omitidos, antes que debilitar el mérito suasorio que el Tribunal asignó a la versión de la joven lo fortalecen, al mostrar el

hábito de preguntar al procesado y el vínculo de amistad que los unía, haciendo posible su ingreso a la residencia a pedido de él bajo el pretexto de hacerle mandados, tal como la menor lo sostuvo en su declaración del juicio oral.

La circunstancia de que los citados testigos en algunas oportunidades vieran a la niña únicamente tocar a la puerta y no dentro de la vivienda del acusado, no mengua la fuerza persuasiva de sus manifestaciones, en tanto es sospechoso que siempre estuvieran “pendientes” de sus movimientos como lo insinúan en sus versiones, lo cual no es lo usual, y porque además al vivir solo, según lo dijeron Hilda Camargo², Miguel Mendoza Ariza³ y su compañera Paula Andrea⁴, permitía sin dificultad que entrara a ella para acceder a sus requerimientos.

De otro lado, con sustento en las declaraciones de Ricardo Rincón Borda, Miguel Mendoza Ariza, Julieth Natalia Rivera Gómez y de Paula Andrea Rodríguez, la defensa acudió a la tesis de la “venganza” fraguada por Zoraida Esperanza Villamil madre de K.D.G.V., quien en razón a la suspensión de la ayuda económica atribuye a MORA comportamientos que no han existido, como lo habría hecho en otra oportunidad con William N., según lo aseverado por el primero de los citados.

Tal teoría carece de fundamento probatorio y se encuentra desvirtuada. Primero, la manifestación de Rincón Borda que enseñaría la “costumbre” de la progenitora de denunciar a quien le negaba auxilio económico como lo hiciera con William N, supuesto padre de K.D.G.V, es insular y sin comprobación alguna, toda vez que no se trajo la versión del denunciado ni obra documento alguno que respalde tal aseveración.

De la amenaza que “dos años atrás” habría proferido la progenitora de la menor contra YAMIR ARMANDO cuando en el barrio 20 de julio se encontraba acompañado de Paula Andrea, de la cual ésta da cuenta en su declaración rendida el 2 de mayo de 2015, por lo cual se infiere que fue hecha antes de la denuncia presentada el 27 de mayo de 2013,

también tenía conocimiento Miguel Mendoza Ariza porque así se lo había contado el acusado.

La falta de coincidencia de los testigos sobre el motivo del reclamo, toda vez que según Paula Andrea, Zoraida le dijo “que lo que él le había hecho a ella, ella se lo iba a hacer pagar a él”, mientras el procesado le contó a Miguel Mendoza Ariza “que se había encontrado con la señora ESPERANZA y que le había dicho que le prestara o le diera, no sé, 50 pesos y que ARMANDO le había dicho que él no tenía plata”, hace sospechosa la existencia de la amenaza, con mayor razón por la fuente de quien proviene la información de su existencia: la compañera sentimental del acusado.

Y si bien es cierto entre Zoraida y el acusado hubo una relación la misma había “terminado años atrás”, de modo que no había un motivo para que le hubiera reclamado por encontrarlo con ella.

Mientras Julieth Natalia Rivera Gómez, refiere haber oído a K.D.G.V. en sus ratos de juego manifestar “que tenía que demandar a alguien porque estaban mal económicamente”, respuesta desde luego provocada por la defensa y carente de valor probatorio, toda vez que cuando la declarante señaló que a su amiga no le había escuchado comentarios desagradables en contra del acusado, enseguida la interrogó para preguntarle “si en alguna oportunidad Katlin dijo o manifestó denunciar a alguna persona”.

Tal consideración obedece al curso del interrogatorio hasta ese momento, en el que la menor era preguntada por su amistad con K.D.G.V. y si conocía a YAMIR, pero no si sabía del trato entre la niña y el acusado, de modo que fue inducida a responder lo que quería la defensa que dijera.

Adicionalmente admitiendo que la amenaza fuera cierta, está comprobado que Zoraida Esperanza denunció al acusado a instancias de Elsa María Sierra Caro orientadora del colegio técnico Tomás Rueda Vargas donde cursaba estudios K.D.G.V., quien se encargó de hablar

con la menor, remitir la información al ICBF, a la Fiscalía y llamar a la progenitora⁵, lo cual descarta que estuviera motivada en lo dicho por los testigos citados, esto es, en el ánimo vindicativo en contra del acusado.

En consecuencia, la prueba omitida es intrascendente frente al sentido del fallo. En efecto, parte de ella según lo visto fortalece la versión de la menor; mientras la restante se encamina a desacreditar el motivo de la denuncia sin lograrlo.

En las circunstancias anteriores, la omisión reprochada al Tribunal no tiene incidencia en la sentencia. Por el contrario, coadyuva el mérito suasorio otorgado a la versión de K.D.G.V, cuyo análisis guarda correspondencia con la reglas de la sana crítica y los aspectos que deben tenerse en cuenta respecto del testimonio del menor, en la medida que su credibilidad pende de su coherencia en los aspectos esenciales del mismo y no en los insustanciales invocados por el a quo.

La menor en su declaración en el juicio oral, es clara en señalar al acusado como autor de los abusos relatados por ella, sin que su versión pueda verse afectada en su veracidad, por haber omitido en la misma y en la entrevista que el procesado eyaculaba, hecho referido en el reconocimiento sexológico, asegurar que la ropa que vestía le había sido regalada por MORA lo que su progenitora niega, y no precisar si antes de los actos o después de ellos era que recibía el dinero, pues lo fundamental es su coherencia en relación con el período en que ocurrieron, el lugar, la naturaleza de los abusos y su autor.

Ciertamente se estableció que entre el 24 de diciembre de 2012 y el mes de mayo de 2013, cuando K.D.G.V. tenía doce años de edad, acudía en general las mañanas de los domingos cada ocho o quince días a casa del acusado, quien la sometía a diversos actos sexuales, introduciendo a veces los dedos de su mano en la vagina de la niña, y le daba dinero a cambio de su permisión, sin existir vestigio de equivocación de que el autor de los mismos era YAMIR ARMANDO.

El Tribunal correctamente consideró intrascendente la confrontación entre los resultados de la entrevista realizada por la psicóloga de CTI Sonia Esperanza Mercado con el del peritaje psicológico adelantado por la profesional de la defensa Claudia Alexandra Rodríguez Yepes, para establecer “la credibilidad del relato de la víctima en la entrevista”, en la medida que la menor compareció al juicio, declaró en Cámara Gessel y respondió el interrogatorio y contra interrogatorio al que fuera sometida.

La Sala en consecuencia no casará la sentencia, toda vez que la prueba dejada de valorar por el Tribunal no tiene la virtualidad y trascendencia para derribar la doble presunción de acierto y legalidad que la acompaña.

R E S U E L V E

No casar el fallo del 29 de julio de 2016 del Tribunal Superior de Bogotá, por las razones expuestas en la motivación de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Declaración del 19 de agosto 2015, audio de juicio oral; record 46:19
- 2 Declaración del 19 de agosto de 2015, audio de juicio oral; record: min. 18:38.
- 3 Declaración del 19 de agosto de 2015, audio de juicio oral; record: min. 53:00.
- 4 Declaración del 22 de mayo de 2015, audio de juicio oral; record: min. 41.05.
- 5 Declaración del 16 de marzo de 2015.