

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP2072-2019

Radicación N° 50361

Aprobado acta No. 131

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

1. V I S T O S

Se decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de JHON HENRY TOCORA MURILLO, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 3 de marzo de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la decisión de condenar al acusado como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

En el mes de septiembre de 2010, aproximadamente, JHON HENRY TOCORA MURILLO tocó y besó la vagina de la niña L.N.L.Z. -8 años de edad-, prima de su entonces compañera sentimental, en la vivienda donde aquélla residía con su madre. Esos mismos actos sexuales los reiteró un año después -septiembre de 2011-.

2. Procesales

El 3 de marzo de 2014, ante el Juzgado 40 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a JHON HENRY TOCORA MURILLO como autor de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo.

Después, en audiencia celebrada el 11 de julio de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, se acusó al procesado por la misma calificación jurídica antes descrita. Y, el 13 de julio del año siguiente tuvo lugar la vista de carácter preparatorio.

El juicio oral se desarrolló en dos sesiones los días 15 de septiembre de 2015 y 5 de julio de 2016, fecha esta en la que se anunció el sentido condenatorio del fallo.

El 6 de septiembre de 2016, el Juzgado profirió la sentencia mediante la cual se condenó al acusado por el delito sexual y, en consecuencia, le impuso las siguientes penas: la principal de prisión -sin suspensión condicional ni sustitución por domiciliaria- y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ambas por un término de 120 meses.

Al resolver el recurso de apelación promovido por el defensor, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia aprobada el 3 de marzo de 2017 y leída el día 16 siguiente, confirmó la decisión condenatoria y sus consecuencias.

Contra la sentencia de segunda instancia, el titular de la defensa técnica interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

3. L A D E M A N D A

Con el propósito de lograr la efectividad del derecho material, el recurrente formula las siguientes censuras:

3.1 En un primer cargo, con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 procesal, asegura que la sentencia desconoció las «reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia», porque el testimonio de la menor víctima L.N.L.Z. es contradictorio y, por tanto, no merece credibilidad. Al respecto, destaca que en una versión inicial, aquélla indicó que el acusado «le había bajado los cucos y... besado la cola», mientras que en la posterior «que le había besado era la vagina, y que no lo había dicho antes porque le daba pena».

3.2 En un segundo cargo, denuncia la violación directa, por falta de aplicación, del precepto que beneficia al sindicado con la duda probatoria (art. 7 C.P.P.), la que habría ocurrido «debido a la comisión de errores de hecho por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio y de derecho por falso juicio de convicción».

Luego de exponer algunas consideraciones teóricas sobre «la presunción de inocencia y el in dubio pro reo», y las tesis según las cuales «el psicólogo no puede determinar la veracidad de lo que dice una persona, esa es labor que compete al juez» y «el informe técnico médico legal sexológico tiene el carácter de prueba de referencia...»; insiste el demandante en la incoherencia del testimonio de la menor, aliviada en la censura anterior, y deja entrever que esta deficiencia no fue considerada por los jueces sino que, por el contrario, lo tuvieron como creíble a partir del dictamen del psicólogo, quien es un «testigo

de oídas» y, por ende, «lo único que puede acreditar es la existencia de un relato que otra persona le hace sobre unos hechos,...».

Al final, solicita el recurrente se case la sentencia condenatoria para que sea reemplazada por una de carácter absolutorio.

4. C O N S I D E R A C I O N E S

4.1 Según lo previsto en el artículo 184 –segundo inciso- del C.P.P., la demanda de casación es admisible siempre que el impugnante ostente interés, señale la causal de casación que invoca, sustente los cargos que formula y acredite la necesidad de un fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso extraordinario: efectividad del derecho material, respeto de las garantías fundamentales, reparación de agravios y unificación de la jurisprudencia. En consecuencia, la ausencia de tales presupuestos determinará la inadmisión de la pretensión casacional.

4.2 Sea lo primero advertir que, conforme a lo establecido en el artículo 181 ibídem, el recurso de casación interpuesto por el defensor es procedente porque se dirige contra una sentencia de segunda instancia, como es la proferida el 3 de marzo de 2017 –leída el día 16 siguiente- por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó la decisión de condenar a JHON HENRY TOCORA MURILLO como autor de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo.

4.3 De otra parte, el demandante se encuentra legitimado para recurrir en casación conforme lo establece el artículo 182, pues es una de las partes del proceso –la defensa-, y la sentencia condenatoria que impugna produce consecuencias notoriamente adversas a quien representa. Además, en esta oportunidad, en lo fundamental, reitera las críticas que a la valoración probatoria había formulado, en el recurso de apelación, contra la sentencia de

primera instancia.

4.4 Sin embargo, el recurrente no cumplió con el deber de sustentar adecuadamente un cargo que haga necesario el fallo de casación para lograr la efectividad del derecho material, como lo solicita. Obsérvese:

4.4.1 Bajo el título de «cargo primero» alegó «el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia», porque el testimonio de la menor víctima presenta una contradicción en lo que hace a la región corporal donde fue besada por el acusado. Este alegato no viabiliza la emisión de un fallo de casación por las siguientes razones:

- Aunque señalar la causal de casación invocada (violación indirecta de la ley sustancial), omite formular un cargo porque nunca especificó la modalidad de aquella que, supuestamente, se consumó o, lo que es igual, cuál fue el error probatorio concretamente denunciado: si uno de hecho, como el que recae sobre la existencia, identidad o raciocinio del medio de conocimiento, o si uno de derecho, como es el falso juicio de legalidad o de convicción. Cada uno de tales tipos de errores tiene un supuesto fáctico distinto y excluyente respecto de los demás, por lo que la sustentación debe ser coherente con la naturaleza del cargo invocado.
- La deficiencia anotada lejos está de ser meramente nominal, porque la premisa de la crítica del defensor no alcanza a configurar alguno de los yerros que habilita la intervención de fondo en sede de casación, por la senda de la transgresión legal indirecta ni, en general, por ninguna otra de las causales enunciadas en el artículo 181 del C.P.P. En efecto, la asignación de mérito a un testimonio que presenta un dato contradictorio, no constituye una equivocación en la contemplación material ni jurídica de la prueba, en un sistema de persuasión racional como el acogido en los artículos 380 y 404, entre otros.
- Por si fuera poco, la sentencia de segunda instancia abordó el cuestionamiento que se

examina y determinó que la contradicción en el testimonio de la menor era aparente porque la explicación suministrada por ésta sobre la -mínima- diferencia en sus relatos fue razonable. Los motivos que expuso el Tribunal para arribar a esa conclusión no fueron controvertidos en lo más mínimo por el recurrente, por lo que permanecen incólumes, más aún cuando se advierten plausibles, como se puede observar:

La principal contradicción alegada por el defensor radica en que la menor, en esas entrevistas iniciales, mencionó que los tocamientos fueron en su “colita”, mientras que en el juicio dijo que fueron en su vagina. Sin embargo, esa contradicción es inexistente porque la niña, en la entrevista realizada por la psicóloga Rocío Pérez, indicó que el acusado le besó “la parte íntima”, en tanto que en la entrevista rendida ante la psicóloga Katherine Ramírez mencionó que el encausado le bajó “los cucos” y le dio besos en la vagina.

La Sala no desconoce que L.N., en desarrollo del dictamen sexológico, dijo que los tocamientos fueron en la cola. Sin embargo, al ser interrogada en el juicio sobre esa contradicción, mencionó que “fueron en la vagina solo que en ese tiempo me deba pena decirlo”.

Por lo tanto, lo que se entiende es que no existió contradicción; lo que ocurre es que al inicio del proceso la menor tenía 9 años de edad, de manera que sí resulta entendible el hecho de que le diera pena decirle a un perfecto extraño, como lo era la médico encargada de realizar el dictamen sexológico, que el acusado le había tocado su vagina, puesto que esa parte del cuerpo corresponde a la zona más íntima de una mujer.¹

Entonces, la crítica del defensor es inadmisibles porque no configura un cargo susceptible de estudio en fallo de casación; además, el supuesto error ni es manifiesto porque en la sentencia se desvirtuó su ocurrencia con argumentos plausibles que no fueron impugnados, ni tampoco es trascendente porque aun cuando fuese cierta la incoherencia denunciada, cualquiera de las hipótesis relatadas por la menor constituiría un acto sexual abusivo.

4.4.2 En segundo lugar, el recurrente adujo la violación directa del artículo 7 del C.P.P., en la modalidad de falta de aplicación, resultante de «la comisión de errores de hecho por falsos juicios de existencia, de identidad y de raciocinio y de derecho por falso juicio de convicción».

De entrada, la propuesta se evidencia contradictoria o, por lo menos, ambivalente, tanto en el señalamiento de la causal de casación, pues inicialmente se refiere a la violación directa pero enseguida cita modalidades de la indirecta, como en la formulación del cargo, porque en un principio alude a la falta de aplicación de la ley sustancial y luego, de manera indiscriminada, a los tres tipos de errores de hecho (existencia, identidad y raciocinio) y a uno de derecho (convicción).

Ya en el desarrollo de la censura o, con mayor precisión, de las diversas críticas que anunció bajo el rótulo de «cargo segundo», el demandante se dedica a exponer sus propias opiniones sobre el valor, en general, de las pericias psicológicas y médico-legales que contienen declaraciones o narraciones de la víctima. Sin embargo, al referirse al caso, se limitó a reafirmar que los jueces pretermitieron valorar la supuesta contradicción en el testimonio de la menor, sin determinar la pertinencia de sus iniciales aserciones respecto del mérito de las pruebas periciales; por lo que, basta con reiterar las consideraciones de inadmisibilidad expuestas en el acápite anterior.

En cualquier caso, las críticas que, de manera genérica, parece plantear el defensor contra las pruebas periciales, no constituyen una verdadera impugnación de las motivaciones judiciales de la apreciación de los dictámenes psicológicos (2) y médico (1) incorporados en el juicio, porque la sentencia condenatoria fue explícita en advertir, respecto de los primeros, que la determinación de la credibilidad de los testimonios corresponde al juez de conocimiento, y, respecto del segundo, que la declaración del experto sobre la narración fáctica que escuchó de la víctima, es un contenido probatorio de referencia.

En efecto, sobre las pericias psicológicas se indicó:

... la existencia o no de una valoración o entrevista psicológica, o sus resultados negativos o positivos, no tienen la potencialidad de confirmar o desvirtuar la existencia de un hecho delictivo y mucho menos de determinar la verdad o mentira de lo dicho por un testigo, puesto que ese examen de credibilidad está asignado exclusivamente al juez de conocimiento, quien debe confrontar todas las pruebas y someterlas a los parámetros de ponderación establecidos por la ley procesal, para a partir de ese estudio determinar el poder de convicción de cada una de ellas.²

Y, sobre el dictamen médico-legal y los demás que contenían una declaración de la víctima de un delito, se manifestó que:

El trabajo que realizaron los diferentes peritos se tienen que valorar conforme lo ordena el Art. 405 del C.P.P. y hay que entender que no se trata de acreditar hechos, porque ellos no fueron testigos presenciales de los mismos, sino que a través de sus informes y entrevistas llegaron a conocer, dada su condición científica, ya como médicos legistas o como psicólogos, los episodios y circunstancias transmitidas, (...):

“Los peritos no son testigos de referencia a menos que lo sean en relación con los hechos,...”.³

Entonces, la demanda omitió cualquier desarrollo argumentativo de la alegada falta de aplicación del artículo 7 del C.P.P., cuando la debida sustentación imponía acreditar que en la sentencia se admitió la existencia de dubitación sobre la responsabilidad del acusado, dada la inmutabilidad de la premisa fáctica en el ámbito de la violación directa de la ley, pero decidió condenar excluyendo así el principio según el cual «la duda que se presente se resolverá a favor del procesado».

La carencia de sustentación es, igualmente, absoluta frente a la multiplicidad de errores

probatorios que anunció, entre los cuales sólo le faltó invocar el falso juicio de legalidad.

En síntesis, junto a la falta de claridad, precisión y univocidad en la formulación de la censura, la ausencia de sustentación impide el examen de fondo de la segunda censura planteada.

4.5 Por las razones expuestas, se inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de JHON HENRY TOCORA MURILLO, dado que no sustentó un error de juicio –ni de procedimiento- susceptible de estudio en sede de casación. Además, no demostró la necesidad del examen para lograr una de las finalidades previstas en el artículo 180 del C.P.P.; tampoco observa la Corte, de manera oficiosa, la presencia de alguna de las hipótesis que le permitirían superar sus defectos para decidir de fondo, de conformidad con el artículo 184 ibídem.

Siendo esa la decisión a adoptar, se advertirá al recurrente que contra la misma procede la insistencia.

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

5. RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de JHON HENRY TOCORA MURILLO.

Contra esta decisión procede la insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Página 17 de la sentencia de segunda instancia.

2 Página 12, ibídem.

3 Página 14, sentencia de primera instancia.

13