

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP1526-2021

Radicación N° 57045

Aprobado acta N° 98.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintiuno (2021).

La Sala decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por la defensa de

ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA, contra la sentencia de 7 de octubre de 2019, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, confirmó la proferida el 29 de marzo del mismo año por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, que lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

La situación fáctica fue sintetizada por el Tribunal A quo en los siguientes términos:

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En razón del precitado acontecer fáctico y capturado ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA¹, el 27 de septiembre de 2012, se realizó ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira -Valle-, audiencia en la que a solicitud de la Fiscalía General de la Nación se legalizó la aprehensión del citado ciudadano, así como que le formuló imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, en

concurso homogéneo y sucesivo, conforme lo previsto en los artículos 31, 209, 211 numeral 5º -grado de parentesco- del Código Penal, modificados por los cánones 5º y 7º de la Ley 1236 de 2008, cargo que no aceptó². Adicionalmente, en este acto público, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión³.

2. El escrito de acusación fue presentado el 26 de noviembre de 2012, sin modificaciones en relación con la calificación jurídica de la conducta⁴. El asunto correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de Palmira -Valle-; sin embargo, luego de varios aplazamientos, en audiencia del 16 de julio de 2015, el titular del despacho se declaró incompetente para seguir conociendo de la actuación por el factor territorial, motivo el que ordenó remitir la actuación a esta Sala de Casación -Art.32-4 C.P.P.-⁵.

3. Mediante providencia CSJ AP4211-2015, del 29 de julio de 2015, la Sala declaró que la competencia para conocer del juzgamiento de ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA correspondía al Juez Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad de Cali, a donde ordenó enviar las diligencias⁶.

4. El 26 de noviembre de 2015, ante el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento de Cali, la Fiscalía 154 Seccional de la Cumbre -Valle-, modificó la calificación jurídica, en consecuencia, formuló acusación contra MUÑOZ GARCÍA por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, conforme los artículos 208 y 211 numeral 2º del Código Penal -El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima - del Código Penal, modificados por los artículos 4º y 7º de la Ley 1236 de 2008⁷. La audiencia preparatoria, por su parte, tuvo lugar el 29 de junio

de 20168.

5. Celebrado el debate oral y público en sesiones de 18 de abril y 5 de septiembre de 2017, 13 de febrero y 1º de noviembre de 2018, 29 de enero y 5 de febrero de 2019, en armonía con el sentido del fallo anunciado en la última, el 29 de marzo del mismo año, el juzgado de conocimiento dictó sentencia en la que declaró al acusado penalmente responsable como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, artículos 31, 209 y 211 numeral 2º del Código Penal, modificado por los cánones 5º y 7º de la Ley 1236 de 2008, en consecuencia, le impuso como pena principal 13 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, negándole los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹⁰.

Consideró el A quo que, aunque las pruebas permitían determinar que ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA atentó contra la integridad sexual de la menor víctima, al tocarle sus senos y parte genital, incluso la besó, también lo era que, de la versión realizada por la ofendida, no se llegaba al conocimiento necesario para considerar que, en efecto, hubo penetración y, por ende, se configuraba el delito de acceso carnal.

En ese contexto, al tenor de la doctrina jurisprudencial que ha admitido la variación de la imputación jurídica siempre que se respete el núcleo fáctico de la acusación, procedió a degradar la calificación efectuada por la Fiscalía a la de actos sexuales con menor de 14 años.

6. De la expresada sentencia apeló la defensa del procesado y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 17 de octubre de 2019 la confirmó¹¹.

7. En contra de esa determinación, la defensa de ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA interpuso¹² y sustentó¹³ el recurso extraordinario de casación de cuya admisibilidad se ocupa ahora la Sala.

LA DEMANDA

1. El recurrente planteó dos cargos: uno principal, con sustento en la causal prevista en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004, y el otro, subsidiario con base en el numeral 3º del mismo precepto.

1.1. En el reproche principal alegó que la sentencia proferida contra el acusado se dictó en un juicio viciado de nulidad por vulneración al derecho de defensa, pues el defensor que representó al procesado en la audiencia preparatoria, carecía de preparación jurídica, procedimental y probatoria, además de habilidades y conocimientos mínimos para litigar en el sistema penal acusatorio.

En ese contexto, resaltó como este profesional ni siquiera comprendía la diferencia existente entre el descubrimiento y solicitud probatoria, incluso confundía éste último procedimiento con la forma en que se realiza el interrogatorio cruzado de los testigos.

La falta de aptitud del abogado se hizo más evidente cuando se abstuvo de solicitar como pruebas directas el testimonio de la víctima, de su progenitora y el de su tía, pues era claro que en el contra interrogatorio, como en efecto ocurrió, no podía desarrollar una adecuada estrategia defensiva.

Abandono e indefensión que se hizo más evidente cuando al interponer el recurso de apelación contra la negativa del A quo a decretar la prueba pericial que solicitó, ni siquiera atacó la decisión, pues el recurso interpuesto fue declarado desierto por falta de sustentación, lo que conllevó a que el procesado se quedara sin pruebas con las cuales desvirtuara la acusación.

Advirtió que, todas estas irregularidades afectaron flagrantemente el derecho a la defensa del procesado «pues sabemos que si bien es cierto, esta clase de delitos casi no tienen testigos directos, también es que las pruebas pueden ser analizadas en conjunto, pero ante todo como en estos casos, se debe auscultar el origen de la denuncia, porqué se hizo, y más aún cuando en el presente caso se varió la calificación jurídica provisional... lo que daba mayores argumentos para que la defensa solicitara en directo los testimonios de la menor y de su madre y tía, incluso, me atrevería a decir que se pudo haber solicitado en directo los testimonios de los peritos, ya que en muchas oportunidades la fiscalía renuncia a ellos...», amén que la menor ofendida no fue interrogada debidamente en el juicio.

Precisó que, el hecho de que otro profesional haya asumido la defensa luego de la audiencia preparatoria y no pidiera la nulidad de la actuación por las deficiencias advertidas, no puede significar que no se causó un grave perjuicio al procesado, en tanto la transgresión de garantías incluso se pueden alegar en sede de casación.

Así, concluyó señalando que, la sentencia de segundo grado es violatoria de garantías fundamentales, razones por las que debía declararse la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria celebrada el 29 de junio de 2016, inclusive.

1.2. Por su parte, en el reproche subsidiario, invocó el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, al estimar que el Tribunal incurrió en un falso de juicio de raciocinio ante la indebida interpretación de las reglas de la sana crítica en la valoración del testimonio de la menor.

En ese contexto aseguró que, el Tribunal faltó a la verdad, pues de la versión que diera en juicio la ofendida no se extrae que en realidad hubiese sido víctima de un atentado sexual, todo lo contrario, de su testimonio se infiere una situación diferente, que los tocamientos libidinosos nunca existieron.

Adujo que, fue tan inconsistente y contradictoria la declaración de la víctima, que a la judicatura no le quedó remedio diferente que condenar al procesado por una conducta

punible por la que ni siquiera se acusó formalmente al procesado, incluso, debió acudir a pruebas de referencia -declaraciones rendidas con anterioridad por la menor ante los profesionales que la valoraron-, para de esta manera, poder sustentar la responsabilidad, que insiste, con los medios de pruebas incorporados a la actuación no se determinó en el grado requerido por el legislador por emitir sentencia de condena.

Insiste en señalar que, el Tribunal «se apartó de la sana crítica, de la lógica y de la máxima de la experiencia, pues en términos generales confirma una sentencia de condena injusta sin realizar una valoración adecuada de la prueba, desconociendo que la menor concluyó en su declaración - que no hubo tocamientos diferentes a los de sus piernas- incurriendo en el yerro al valorar prueba de referencia sin ningún desmenuzamiento o ilustración de su poder contributivo a la condena...».

Así las cosas, solicitó de la Corte casar el fallo, para que, en su lugar, se absuelva a ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA de los cargos ilegítimamente imputados.

1. Según lo establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, la casación es un mecanismo de control tanto constitucional (artículo 235-1) como legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como

propósitos (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías fundamentales, (iii) la reparación de los agravios inferidos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Para el cumplimiento de esos objetivos en el mencionado régimen procesal se dotó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de facultades sustanciales al conferirle, entre otras, la potestad de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso, e índole de la discusión lo ameriten.

Lo anterior no implica, sin embargo, que este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de puntos que han sido materia de controversia, pues, por el contrario, dada su naturaleza extraordinaria, quien acude al mismo debe ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados (por vicios in procedendo o in iudicando) y desarrollarlos conforme a las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del ordenamiento procesal, con el fin de persuadir a esta Corporación de revisar el fallo de segunda instancia en procura de corregir la decisión que se acusa de ser contraria a derecho.

De ahí que el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 consagre que no será admitida la demanda si el actor carece de interés para acceder al recurso; el escrito es inconsistente, esto es, si su motivación no evidencia la potencial violación de garantías y, en términos generales, «cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se

precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso», lo que puede presentarse cuando la Corte observe que los aspectos reprochados no tienen una incidencia sustancial en relación con lo decidido en el caso concreto, o que puede responder a los planteamientos del demandante sin recurrir a valoraciones de fondo acerca de lo que ocurrió en la actuación.

2. En este caso, la Corte anticipa que inadmitirá la demanda, porque los argumentos del censor, se limitan a exteriorizar su inconformidad con lo decidido y no evidencian la existencia de yerros en la sentencia atacada, así como tampoco vulneración de garantías fundamentales, requisitos sin los cuales, según reiterada jurisprudencia, la Sala carece de habilitación legal para revisar sus fundamentos.

3. Cargo principal. Nulidad por violación del derecho a la defensa técnica

La Jurisprudencia de la Sala ha reiterado que la nulidad, como causal de casación establecida en el numeral segundo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, no exige en su redacción formas específicas para su proposición y desarrollo. Sin embargo, ello no significa que la demanda se constituya en un alegato de libre confección, pues, al igual que en las otras causales, debe ajustarse a determinados parámetros lógicos, de modo que se comprendan, con claridad y precisión, las irregularidades sustanciales alegadas y la manera como quebrantan la estructura del proceso o afectan las garantías de las partes e intervinientes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, los motivos que generan esta causal son taxativos y se refieren a la nulidad derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión, por incompetencia del Juez y por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículos 23 y 455, 456 y 457, respectivamente).

Respecto de su debida argumentación y demostración, la Corte ha expresado de manera clara que cuando se alega dicha causal, el impugnante debe acudir a los principios que orientan la declaración de las nulidades, enfatizar la entidad del yerro, precisar las normas que se estima conculcadas, especificar el momento de la actuación en que se produjo el agravio y demostrar que las irregularidades cometidas en el desarrollo del proceso e inadvertidas en el fallo, lo viciaban, al punto que para remediar el efecto nocivo no existe alternativa diferente que invalidar las diligencias. (CSJ AP4952-2014, rad. 43216).

De igual manera, corresponde al recurrente demostrar que no contribuyó a la producción del acto tachado de irregular, salvo que se trate de la ausencia de defensa técnica –principio de protección–, ni que por una actuación posterior de su parte hubiese dado lugar a la ratificación de dicha falencia –principio de convalidación–.

Con relación a la garantía a la defensa técnica, no cabe duda que tanto la legislación interna como la internacional, prevén el derecho del acusado a contar con una asistencia letrada, idónea, intangible y permanente.

En efecto, el artículo 29 de la [Constitución Política](#) consagra el derecho del sujeto pasivo de

la acción penal a la asistencia letrada, cualificada o científica, como presupuesto esencial del debido proceso penal, cuando indica que: «(...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; (...)». Por su parte, el artículo 8º, numeral e), del código procesal de 2004, establece a favor del procesado el derecho a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado. Garantía que se encuentra reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 14, numeral 3º literal d- y la Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 8º, numeral 2, literales d y e-, aprobados por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente (CSJ SP490-2016, rad. 45790).

Sobre la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, la Corte Constitucional ha advertido que «... hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses», agregando que de esta última se exige «...,en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho»¹⁴.

En la misma línea, esta Corporación ha reiterado que la defensa técnica «constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial...», que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. «La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el

evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones»¹⁵, por lo que siempre que no se satisfaga cualquiera de esos atributos, por ser esenciales, se deslegitima el trámite cumplido, imponiéndose la declaratoria de nulidad.

Empero, como lo ha reiterado la Sala, la simple disparidad de posturas defensivas frente al acometimiento de las obligaciones inherentes a tal responsabilidad por parte de quienes han cumplido dicho rol con anterioridad, no es sustento admisible en casación, pues, cada abogado tiene su particular forma para afrontar la labor encomendada, sin que sea factible determinar de manera irrefutable cuál pudo ser la mejor y más afortunada estrategia defensiva (CSJ AP, 27 julio 2009, Rad. 30696; CSJ AP, 11 noviembre 2009, Rad. 32511; CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26381; 14 nov. 2007, rad. 28639; CSJ SP, 13 de junio de 2002, rad. 11324; CSJ AP, 28 sep. 2006, rad. 25247; CSJ AP-3163-2015, entre otras):

«El defensor en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la

aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate¹⁶».

Entonces, para demostrar alguna falencia en la defensa técnica, capaz de quebrantar las garantías esenciales de la persona sometida a juzgamiento, se requiere que el impugnante acredite:

«que (i) el comportamiento procesal asumido por el defensor obedeció a su actitud negligente para agenciar los derechos que le fueron encomendados, sin apego a los lineamientos que el ejercicio de la profesión de abogado le exigen, (ii) reseñar la omisión o la actuación desplegada que se tacha de inapropiada, y (iii) mostrar, en consecuencia, la actividad objetiva que debió desarrollar, para finalmente (iv) precisar y demostrar su objetiva incidencia de cara a las conclusiones del fallo cuestionado.¹⁷

Concretamente, cuando se alega la violación del derecho a la defensa técnica por ignorancia, incompetencia o falta de instrucción del profesional del derecho, respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004, la Corte ha señalado que es deber del censor demostrar, a través de la exposición de conductas y omisiones, cómo dicha incapacidad desencadenó en una situación de indefensión material del procesado, que tuvo efectos determinantes en desarrollo del proceso y su definición, pues, no es suficiente que un nuevo defensor razone de diversa o mejor manera que su predecesor (CSJ AP316- 2019, Rad. 52015; CSJ AP5008-2018, Rad. 53403; CSJ AP3795-2018, Rad. 53286, entre otras).

Dentro del presente asunto, el recurrente cuestiona la idoneidad del defensor del implicado que participó en la audiencia preparatoria, a partir del señalamiento de unas actuaciones defensivas que califica como negligentes e impertinentes. Sin embargo, la revisión de la actuación revela que el profesional del derecho cuya idoneidad se cuestiona, no solo realizó actos positivos de gestión defensiva, sino que, además, las fallas que se le atribuyen son del todo insustanciales.

En efecto, en la audiencia preparatoria celebrada el 29 de junio de 2016, el profesional del derecho desplegó las siguientes actividades: (i) cumplió el debido proceso probatorio, por cuanto no solo descubrió sus evidencias, las enunció, sino que además solicitó y sustentó su petición probatoria¹⁸ obteniendo el decreto incluso de algunas y, además; (ii) interpuso recurso de apelación contra la decisión que negó la practica del testimonio de Oscar Suárez; actuaciones que, por sí solas, descartan el desconocimiento del procedimiento adversarial pregonado por el libelista, pues éstos son los únicos actos procesales que pueden llevarse a cabo en esta diligencia conforme el artículo 356 y siguientes del CP.P..

Ahora, ciertamente se equivocó el defensor al solicitar se le permitiera contrainterrogar los testimonios de la madre y tía de la menor ofendida pedidos por la Fiscalía, en los aspectos que no tocara aquella, pues le correspondía solicitarlos directamente como sus testigos si pretendía demostrar un teoría diferente a la planteada por el orden investigador, sin embargo, ningún esfuerzo adelantó el recurrente para acreditar, de manera seria y mediante la confrontación de la prueba con los razonamientos plasmados por los juzgadores en los fallos atacados, el modo en que su acopio pudo incidir en el resultado del proceso.

Adicionalmente, la verificación de los fallos censurados demuestra cómo la supuesta deficiencia probatoria en que incurrió el anterior abogado, resultaba intrascendente frente a la contundencia de los medios suasorios que soportan la sentencia condenatoria.

No está de más recordar que no toda pretensión probatoria fallida es indicativa de que quien la formula ignore las reglas, dinámicas y procedimientos del esquema procesal aplicable y, menos aún, permite afirmar la violación de la defensa técnica. De acogerse la postura contraria, habría de concluirse, en contravía de toda lógica, que cualquier postulación rechazada por los funcionarios de conocimiento comportaría un yerro de garantía susceptible de ser demandado en casación.

Además, no es cierto que la defensa se haya quedado sin pruebas, pues basta revisar el audio que contiene la audiencia preparatoria para advertir que se decretaron en los términos solicitados por el defensor los testimonios del acusado y de la ofendida.

Ahora, en relación con la indebida sustentación del recurso de apelación interpuesto con la negativa a decretar el testimonio del psicólogo forense Oscar Suárez, la Sala tampoco advierte que la demanda ponga en evidencia la posible configuración de una afectación seria y trascendente del derecho a la defensa técnica de MUÑOZ GARCÍA, en tanto, no se explicó la razón por la cual el hecho que se pretendía demostrar con ese medio de conocimiento – esto es, – que la menor se contradijo en las versiones previas al juicio- resultaba transversal a los testimonios de cargo y, por lo mismo, era esencial para su valoración, máxime cuando en juicio, la defensa tuvo la oportunidad no solo de cuestionar a la menor en los aspectos que ayudan a su teoría, sino adicionalmente de impugnar su

credibilidad, aspectos que no ocurrieron, de suerte que, en síntesis, lo alegado en este sentido por el demandante carece de la entidad para habilitar el estudio de fondo del reparo.

También se cuestiona al anterior defensor no haber expresado objeciones a la forma en que fue interrogada la menor víctima en el juicio, imputación ésta que no constituye un supuesto inequívoco de falencias en la defensa técnica, porque esa abstención también puede obedecer a la adecuada formulación de preguntas por la contraparte, además, el mismo legislador facultó al juez para hacer preguntas complementarias a los testigos para el cabal entendimiento del caso, artículo 397 C.P.P.

Además, olvida el libelista que la Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que las reglas empleadas para afrontar los interrogatorios y contrainterrogatorios, controladas por el director de la audiencia, apenas constituyen una técnica encaminada a que el ejercicio probatorio se module de la mejor manera y lograr que el conocimiento de los hechos llegue al sentenciador de la manera más clara y depurada posible, procurando la indemnidad del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes, pero ello no significa que deban seguirse de manera rigurosa o que en el distanciamiento de las mismas se asuma irregularidad trascendente (CSJ AP, 20 febrero de 2013, Rad. 40672; CSJ AP3734-2018, Rad. 49350, entre otras).

De todas maneras, la revisión de lo ocurrido en el juicio oral revela que la alegada ocurrencia de irregularidades en la práctica del testimonio referido no responde a la realidad procesal, advirtiéndose, sí, el interés del demandante por magnificar circunstancias propias

del debate probatorio de corte adversarial, con el propósito de sustentar una inexistente irregularidad capaz de enervar la legalidad de la actuación.

Así las cosas, lo que revela la postura del censor es el escueto propósito de imponer su propia perspectiva del caso sobre la que, por virtud de su discernimiento jurídico, presentó el abogado de confianza de MUÑOZ GARCÍA en la audiencia preparatoria.

En conclusión, lo que se pone de manifiesto es el propósito del recurrente de mostrar su desacuerdo con la actividad defensiva desplegada por quien representó al procesado en la audiencia, en tanto, no actuó según su parecer.

En consecuencia, ante la ausencia de supuestos que acrediten la vulneración de la aludida garantía constitucional fundamental, el cargo carece de aptitud sustancial y debe ser inadmitido.

4. Cargo Subsidiario – Falso raciocinio-.

El actor denuncia que se incurrió en un error de hecho por falso raciocinio en el examen del testimonio de la menor VJB, debido a que el ad-quem no lo valoró adecuadamente, pues no tuvo en cuenta las graves y trascendentes contradicciones que se desprenden de ella, vulnerando así los postulados de la sana crítica, lógica y reglas de la experiencia.

Con la postulación del reparo en los términos indicados, la defensa dejó de lado que recurrir al error de hecho por falso raciocinio originado en la violación de los postulados de la sana crítica, requiere que el suplicante indique (i) lo que dice de manera objetiva el medio probatorio; (ii) qué se infirió de él en la sentencia atacada; (iii) cuál fue el mérito persuasivo otorgado; (iv) el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo a la par indicar su consideración correcta; (v) la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada; y, finalmente, (vi) demuestre la trascendencia del error expresando con claridad cuál debe ser la correcta inferencia de la prueba, con la indeclinable obligación de acreditar que la enmienda del yerro daría lugar a una declaración de derecho esencialmente diversa y opuesta a la ameritada.

Contrario a ello, el impugnante no dio a conocer el contenido del medio probatorio cuestionado, ni tampoco señaló lo que el Tribunal infirió de la prueba, con el fin de determinar cuál fue, en últimas, el sustento de la condena, ni mucho menos indicó el postulado lógico ni la ley científica desconocida, tan solo se limitó a extraer fragmentos acomodados del testimonio de la menor VJB, a fin de soportar su tesis; esto es que, en ningún momento refirió haber sido tocada libidinosamente por el procesado.

Así incurrió el censor en el desatino más común cuando se intenta demostrar este tipo de vicio que consiste en soportar su discurso en el mérito que el fallador otorgó a la prueba, colocando de presente las supuestas contradicciones en que incurrió la ofendida, en contra posición con la postura del Tribunal para quien, en lo relativo a la responsabilidad del procesado, de las propias expresiones y lenguaje señaladas en el juicio oral por VJB, surgió

un relato claro, consistente y ajustado a la realidad que vivió, al punto que no solamente describió lo sucedido sino que también identificó al aquí acusado como la persona que la agredió sexualmente en varias oportunidades, aprovechando la confianza que la niña depositó en él por ser su ex padrastro.

Además, no entiende la Sala porque el censor afirma vehementemente que el atentado sexual no se configuró, si de la declaración de la víctima lo que se observa es que el procesado no solo se valió de su confianza para atentar contra su integridad, sino que adicionalmente ejerció sobre ella agresiones morales derivadas en las amenazas que le propinó para que no fuera a delatarlo.

A la par, no puede señalarse que la declaración de la víctima es contradictoria al haberse degradado la calificación jurídica de la conducta, pues una cosa es que la prueba no conduzca a las conclusiones judiciales, y otra muy distinta, que no diga lo que los juzgadores dicen que afirma, pues en el primer evento se trata de un error de razonamiento, de carácter valorativo, en tanto que en el segundo caso es de naturaleza objetiva en la aprehensión del contenido fáctico del elemento de convicción, por eso, cuando el censor repara en el crédito otorgado a estas pruebas no sería una mutación por parte del Tribunal de las mismas, sino de las valoración e inferencias que de ellas hizo.

De igual modo, el ataque que emprendió el defensor contra la valoración psicológica y el examen forense no pasa de ser una crítica desprovista de técnica, ya que no es claro si con eso pretendía demostrar la violación de los postulados de la lógica o alguna ley de la ciencia, pues en particular nada se enunció, o si lo alegado se remitía a que el Tribunal dio cabida a pruebas de referencia para soportar la condena, aspecto que imponía elegir un camino diverso para el ataque, así como exhibir, en acápite separado, los argumentos de sustento.

Súmese que, en todo caso, la consideración del recurrente referida a que los testimonios de los profesionales no podían ser considerados como prueba directa, no es suficiente para desvirtuar el criterio judicial con fundamento en el cual encontró demostrada tanto la materialidad de los hechos como la responsabilidad del procesado, porque se advirtió de la presencia de suficiente prueba demostrativa de la agresión sexual a la que fue sometida la menor, de la cual ni siquiera hizo alusión el recurrente

Ha de advertirse, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, que cuando en testimonio el perito emite un concepto técnico o científico con base en lo que le manifiesta la víctima, no se trata de prueba de referencia, sino de un elemento de juicio autónomo, cuyo valor demostrativo se asigna acorde con la sana crítica, puesto que no se limita a dar a conocer unos hechos narrados por otro (C.S.J., AP 28 feb. 2018, rad. 50912).

Reitérese, los errores de la valoración de la prueba derivados de un falso raciocinio, no pueden surgir de la simple disparidad de criterios entre la apreciación de la prueba ofrecida por los falladores y la brindada por el impugnante en la demanda, sino de la innegable contradicción que surge entre el análisis probatorio realizado por el Juez y las reglas de la sana crítica que gobiernan el mérito de los medios de convicción, pues, en todo caso, la presunción de acierto y legalidad del fallo impugnado prevalecerá por encima de cualquier consideración que no conduzca a demostrar un error susceptible de ser abordado en sede del extraordinario recurso.

Entonces, la sola manifestación del censor, según la cual el tribunal se «se apartó de la sana crítica, de la lógica y de la máxima de la experiencia,», resulta del todo insuficiente para construir una sólida crítica a la labor adelantada por el ad-quem, como ya quedó visto.

Además, se insiste, el libelista nunca señaló el postulado lógico, o la máxima de experiencia que en su sentir fueron desconocidos en el fallo impugnado, lo que, como ya se indicó líneas arriba, da al traste con su pretensión casacional. Pero, además, se refiere de forma indistinta a la «lógica» y a la «experiencia» como enunciados de la sana crítica infringidos, lo que devela una confusión sobre las características de cada una de estas categorías.

Así las cosas, la disertación ofrecida por el memorialista constituye apenas un razonamiento diferente respecto de las consecuencias jurídicas que acarrearía la situación fáctica debatida, la cual pretende sea acogida en esta sede en reemplazo del expuesto en las instancias, fin para el que no está previsto este mecanismo, reservado para la corrección de auténticos y trascendentes errores en la aplicación de la ley, y no para solucionar discrepancias de opinión.

En síntesis, los reproches del recurrente constituyen opiniones subjetivas y parcializadas, plasmadas a la manera de un alegato de instancia, que no cumplen con la estructura conceptual necesaria para la acreditación en sede extraordinaria de un vicio trascendente. Por lo tanto, al asumirse equivocadamente que la casación es una fase residual encaminada a zanjar la mera disonancia de pareceres, se vislumbra la ausencia de desarrollo del cargo

formulado, por lo que el mismo será inadmitido.

5. En conclusión, como en el escrito estudiado no se demuestra la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia hecha en la sentencia de segunda instancia, la que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la doble presunción de legalidad y acierto que la cobija, se impone la inadmisión del libelo como perentoriamente lo ordena el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

Lo anterior sin perjuicio de puntualizar que la Sala no observa situación alguna que legalmente la habilite para superar los defectos de los reproches con el fin de decidir de fondo, ni observa violación alguna de las garantías fundamentales del enjuiciado con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

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

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por la defensa de ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA, contra la sentencia de segunda instancia que confirmó la condena proferida en su contra como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravados, en concurso homogéneo y sucesivo, por las razones expuestas en precedencia.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el 10 de septiembre de 2012, el Juzgado 6º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira, ordenó librar la correspondiente orden de captura contra ANDRÉS FELIPE MUÑOZ GARCÍA, la que se materializó el 26 del mismo mes y año.

2 C.1, Fs. 5-7.

3 El 5 de diciembre de 2012, el Juzgado 3º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Palmira, revocó la medida, en consecuencia, le concedió la libertad inmediata (C.1., fl. 35).

4 C. 1, fs. 12-15.

5 C.1., fs. 89-90.

6 C.1., fs. 95-101.

7 C.1, fs. 127-129.

8 C. 1, fs. 149-150.

9 C.1, fs. 164; 185; 193; C.2, fs. 219; 223 y 224, respectivamente.

10 C.2., fs. 229-239.

11 C.2., fs. 268-302.

12 C. 2., fl. 310.

13 C.2., fs.320-346.

14 Sentencia C-069 de 2009.

15 CSJ SP, 22 de septiembre de 1998, rad. 10771; CSJ SP, 22 de octubre de 1999, rad. 9906, CSJ SP, 19 de octubre de 2006, rad. 22432; CSJ SP, 11 de julio de 2007, rad. 26827, y, más recientemente, en la SP490-2016, ene. 27, rad. 45790 y en la SP154-2017, ene. 18, rad. 48128.

16 CSJ SP, 13 de junio de 2002, rad. 11324; CSJ AP, 28 sep. 2006, rad. 25.247. En el mismo sentido, CSJ AP-3163-2015, 25 may. 2016, rad. 46.698.

17 CSJ AP4250-2018, Rad. 48098.

18 La defensa solicitó los siguientes testimonios: 1. Andrés Felipe Muñoz García, procesado; 2. Rosa Elisa Jiménez Palomino, madre de la víctima; 3. Menor V.B.J.; 4. Martha Isabel Jiménez Palomino, tía de la ofendida; y, 5. Psicólogo Oscar Suárez.