

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP3487-2021

Radicación n.º 55053

Acta No 200

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por la defensa del procesado GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que el 11 de diciembre de 2018 confirmó la emitida el 27 de abril del mismo año por el Juzgado Doce Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado.

ANTECEDENTES PERTINENTES

1. Fácticos.

Los hechos declarados como probados en las decisiones de instancia sucedieron en una vivienda ubicada en el corregimiento “La Yolomba” de la vía Loboguerrero – Buga (Valle del Cauca). En aquel lugar, para comienzos del mes de mayo de 2015, N.A.C.M., de 7 años, y su familia, fueron a visitar a la tía abuela de la niña, esposa de GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA. Aprovechando un momento en el que la víctima y el procesado se quedaron a solas, él

introdujo su mano en el pantalón de la menor para tocarle la vagina.

2. Procesales.

El 19 de julio de 2017 la fiscalía legalizó la captura del mencionado y formuló imputación en su contra por el delito de acto sexual con menor de 14 años, agravado¹. El despacho de control de garantías accedió, por petición del fiscal, a imponerle medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

Agotado el rito procesal correspondiente, el juzgado cognoscente emitió sentencia el 27 de abril de 2018, mediante la cual declaró al acusado penalmente responsable del delito objeto de acusación y le impuso pena de 150 meses de prisión. Fijó la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo plazo de la sanción intramuros y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sanción y la prisión domiciliaria.

GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA, por conducto de apoderado, interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

La defensa del procesado ataca la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali al amparo de cinco cargos, los cuales, para evitar repeticiones innecesarias, serán expuestos con detalle en su análisis formal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Con la Ley 906 de 2004 se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, con el cometido de obtener

la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos o la unificación de la jurisprudencia, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, como aquella consagrada en el artículo 184, referida a la potestad de «superar los defectos de la demanda para decidir de fondo» en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del censor dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Además de estos criterios, también ha señalado la Corte que el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración y que al menos debe cumplir con unas mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías que se produjo con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional invocado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Si, como postula el inciso segundo del art. 184 ejusdem, no se verifican los supuestos arriba enlistados, se habrá de inadmitir el libelo.

Con estas precisiones la Sala abordará el estudio de la demanda de casación propuesta por la defensora de GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA.

2. Como se dijo, al amparo de cinco cargos que no se diferencian entre principal y subsidiarios, la representante judicial de MUÑOZ ZÚÑIGA ataca la sentencia de segundo grado.

2.1. Al amparo de la violación directa de la ley sustancial, la recurrente acusa la sentencia de segundo grado por incurrir en interpretación errónea del art. 9º de la Ley 906 de 2004, en esencia, porque en el debate oral no quedó «probado el tiempo, modo y lugar de los hechos», cercenando de esa manera el derecho a la contradicción que le asistía a su defendido.

Esa omisión, dice, trasgrede las garantías del procesado porque fue condenado «sin haberse demostrado la culpabilidad dentro del juicio oral» fundándose la sentencia en «responsabilidad objetiva».

Transcribe el voto disidente que una integrante del Tribunal presentó contra la decisión de segundo grado, pero no hace alguna motivación al respecto.

2.2. De nuevo bajo la vía de violación directa de la ley sustancial, aduce que la sentencia interpretó erróneamente el art. 8º del Código de Procedimiento Penal al no absolver al procesado por duda, fundamentalmente, porque él «no pudo saber con indicación expresa la fecha exacta de los hechos», que el a quo encuadró «en las dos primeras semanas de mayo de 2015 y la segunda instancia ubicó los hechos en el mes de mayo de 2015», con lo que «anunció» erradamente que habían ocurrido «en todo el mes de mayo» afectando la garantía de defensa que a MUÑOZ ZÚÑIGA le asiste.

El error es trascendente, porque de haberse delimitado con precisión la fecha de comisión del delito, el acusado habría ejercitado «adecuadamente su defensa», lo cual impone a la Corte restablecer «el yerro cometido por el Tribunal».

2.4. La sentencia de segundo grado incurrió en un yerro de violación indirecta de la ley sustancial por «defecto fáctico» por error de hecho por falso raciocinio al atentar «contra las reglas de la experiencia, los principios de la lógica y la ciencia», particularmente, porque el Tribunal aplicó la regla de la experiencia según la cual «el modus operandi de los ejecutores de estas ilicitudes que buscan el lugar y momento propicios para no ser

observados», pero no atendió que para la «fecha de la presunta conducta», GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA «no se encontraba a solas con la menor», debiendo entonces entender el fallador, tal como se plasmó en el salvamento de voto a la sentencia de segundo nivel, que el contexto en el que ocurrió el tocamiento «no responde de mejor forma al común acontecer de este tipo de situaciones, cual es el de abordar la víctima en momentos de desprotección».

Así, si la víctima se encontraba para el momento de los hechos «en compañía de su madre, tía, abuela y también su padre... era imposible» que el procesado ejecutara los actos sexuales dadas aquellas circunstancias.

Tampoco consideró el fallador que en la historia clínica no se hallaron lesiones en el himen de la menor, pero sí un «eritema y una secreción amarillenta y fétida en su zona vaginal» que solo podía explicarse por una acción sexual «que la había introducido en su cuerpo», sin embargo, el informe pericial médico legal en sus hallazgos «excluye una penetración vaginal» debiéndose dar mayor valor suasorio a lo expuesto por el médico forense, pues «(i) la niña dijo haber sido tocada por encima de la ropa, (ii) al juicio oral no introdujeron los exámenes patológicos que presuntamente le realizaron a la menor, (iii) no se adujo si tal infección padecida por la menor se podía contagiar fuera de relaciones sexuales».

El error es trascendente, dice, porque una adecuada aplicación de las reglas de la sana crítica habría llevado a la absolución de su defendido.

2.5. Los errores de hecho en que incurrió el ad quem llevaron a la falta de aplicación del art. 7º del Código de Procedimiento Penal (presunción de inocencia e in dubio pro reo), de nuevo, porque la Fiscalía, desde el acto de imputación, «no estableció circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos» y aunque tal aspecto fue abordado por las instancias, su indefinición afectó las prerrogativas invocadas porque se ratificó la condena aún «dejando entrever que existe duda probatoria».

2.6. Pide a la Corte casar el fallo de segundo grado para aplicar en favor del acusado la garantía del in dubio pro reo y, por esa senda, absolverlo del delito objeto de reproche.

3. Respuesta a la demanda.

Los cargos postulados, como se extrae de su síntesis fáctica, desconocen los principios de autonomía, prioridad, no contradicción y van en contravía de la unidad lógica de reproche, falencias que, sumadas a las que a continuación se han de destacar respecto de cada censura, implican, desde ya se anuncia, la inadmisión de la demanda.

Ahora, como la casacionista no distinguió en la demanda qué cargo es principal y cuáles subsidiarios, la Sala abordará el estudio de las censuras bajo el mismo orden establecido en el libelo.

3.1. Los cargos primero y segundo guardan identidad temática, por lo cual serán calificados de manera conjunta.

Ambos fueron postulados al amparo de la violación directa de la ley sustancial, en cuyo ámbito no se cuestionan los hechos que la sentencia declaró probados sino la premisa jurídica que determinó la consecuencia de los mismos. En esa medida, el debate se circunscribe a la aplicación del derecho, sin que tengan cabida aspectos relacionados con la credibilidad de los elementos de juicio o el acontecer fáctico.

Por consiguiente, la labor de demostración del vicio consiste en acreditar la exclusión evidente, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la norma – constitucional o legal – llamada a regular el caso.

El sentido de violación postulado por la casacionista –interpretación errónea– se presenta cuando el juzgador, habiendo seleccionado correctamente un precepto normativo, al aplicarlo al caso le atribuye un sentido jurídico que no tiene o le extiende consecuencias

contrarias a su naturaleza jurídica.

Pero la libelista, en franco desconocimiento de los parámetros de la infracción denunciada, que le exigía no solo respetar el mérito suasorio asignado por el sentenciador a los medios de convicción, sino también los hechos admitidos en la sentencia, parte de la base de señalar que los juzgadores interpretaron erradamente los artículos 8º (defensa) y 9º (oralidad) del Código de Procedimiento Penal, porque no consideraron que la Fiscalía y los jueces se equivocaron al no delimitar con exactitud las circunstancias de «tiempo, modo y lugar» en que sucedió el delito.

Los cargos planteados, en esos términos, atacan los fundamentos fácticos del fallo de segundo grado, lo que muestra la equivocada selección de la causal porque la discusión que trae no es de estirpe jurídica ni señala de qué manera pudo el Tribunal otorgarle un sentido jurídico distinto a las normas que enunció, asemejándose los reclamos, más bien, a un tema propio de la causal segunda de casación – nulidad –. Además, la censora falta a la fidelidad debida de la reseña de los hechos jurídicamente relevantes que le exigía una adecuada postulación de los reparos por la vía de violación directa, lo cual los muestra manifiestamente infundados.

Al respecto, basta auscultar las decisiones de instancia, que plasmaron al unísono que la conducta se materializó en la vivienda de GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA ubicada en el corregimiento La Yolomba de la vía que de Loboguerrero conduce a Buga; y que sucedió cuando en el marco de una reunión familiar, el acusado y NACM se quedaron solos en la sala de la casa, momento en que aprovechando la confianza depositada en él por la menor, tocó su zona genital introduciendo la mano dentro del pantalón de la niña.

Además, aunque cierto es que la ocurrencia de tal suceso fue delimitada por la delegada fiscal «en las primeras semanas del mes de mayo de 2015», el fallador de segundo grado advirtió que tal imprecisión no desdibujaba en modo alguno la responsabilidad penal

declarada, pues consideró que la edad de la víctima (6 años) y el *modus operandi* del comportamiento limitaban, en casos así, «con exactitud la fecha de ocurrencia, pero tal falta no constituye obstáculo para considerar si el hecho ocurrió o no».

Destacó el juez colegiado que la menor testificó en el juicio oral el 24 de enero de 2018 «cuando contaba con 9 años de edad y los hechos habían ocurrido cuando ella tenía 6 años» pero que, aun cuando no precisó el día exacto en el que sucedieron, su señalamiento fue «categórico, fue directo en la persona de GONZALO MUÑOZ, de quien dio su nombre, cómo sucedieron los hechos y el motivo de conocerlo por ser el esposo de su tía Helena».

Esa información, advirtió el Tribunal, muestra «datos puntuales que le permiten a la contraparte ejercer la contradicción aunado a que el procesado conoce de los reclamos que le hiciera el padre de la menor», por lo que mal podría considerarse aquella situación, dijo el fallador, como una «indeterminación que impida activar la defensa».

Como bien se ve, la crítica atinente a la premisa fáctica de la decisión impugnada que se propone en los cargos primero y segundo, además de no consultar el contenido de la decisión confutada, rompe la unidad lógica del reproche, que ha debido contraerse a una mera oposición entre la sentencia y la ley, por lo que, como se dijo, la infracción de los parámetros de debida fundamentación de la causal invocada da al traste con la pretensión de admisión de los cargos primero y segundo bajo análisis.

3.2. Cuando se acude a la violación indirecta de la ley sustancial, además de la carga de cumplir con las exigencias argumentativas propias de la modalidad del error escogido (de hecho, o de derecho), desde la óptica sustancial el impugnante debe desmontar los fundamentos probatorios de la unidad decisoria conformada por las sentencias de instancia (cfr., entre otras, CSJ AP 24 jun. 2015, rad. 45.594; AP 24 feb. 2016, rad. 43.017 y AP 30 mar. 2016, rad. 42.397).

El falso juicio de existencia como vertiente del error de hecho se presenta cuando al

proferir la sentencia impugnada, el fallador desconoce por completo una prueba debidamente incorporada a la actuación; también, cuando le concede valor probatorio a una que jamás fue recaudada, suponiendo su existencia.

El cargo tres de la demanda parte de la base de criticar la supuesta ausencia de «elementos de juicio para demostrar la fecha exacta de los hechos», lo cual podría encasillarse bajo un falso juicio de existencia por suposición, sin embargo, la fundamentación de la censura muestra, de nuevo, que el libelo no consulta la estructura probatoria de la sentencia aunque así lo exigía la causal de casación invocada, ni, mucho menos, la composición fáctica del fallo, de la cual fácilmente se extrae, como líneas atrás se exhibió en respuesta a los cargos uno y dos, los motivos por los cuales ni en el escrito de acusación ni en la sentencia se señaló el día exacto en que sucedió la conducta punible.

Basta remitirse al respecto a las referencias que la Sala hizo de la decisión de segundo grado en torno a los motivos por los cuales no se definió en el proceso el día exacto en que se perpetró el delito, cuyo contenido, abordado ahora desde la perspectiva del planteado falso juicio de existencia por suposición, también enseña carente de motivación el cargo tres, lo que implica su inadmisión.

3.3. El error de hecho por falso raciocinio sobre el cual se edifica el cargo cuatro del libelo, impone que el demandante no sólo señale la prueba o inferencia sobre la cual recae el reproche, sino que identifique debidamente el principio lógico, máxima de la experiencia o postulado científico que, en concreto, el juzgador desconoció o aplicó indebidamente en el proceso de valoración probatoria e indique de manera clara y precisa las razones por las cuales su adecuada utilización resultaba necesaria para la corrección de la conclusión a la cual arribó la sentencia confutada.

Son dos los reproches que a la luz del falso raciocinio plantea la demandante.

En el primero, critica que el Tribunal aplicara la regla de la experiencia según la cual los

agresores sexuales buscan «el lugar y momento propicios para no ser observados» en la comisión del injusto pues, haciendo suyas las palabras del salvamento de voto, debieron considerar los falladores que el contexto en el que sucedió la conducta «no responde de mejor forma al común acontecer de este tipo de situaciones, cual es el de abordar la víctima en momentos de desprotección».

Aunque la libelista identifica la regla de la experiencia aplicada en la sentencia, no muestra los motivos por los cuales fue equivocadamente aplicada al caso concreto ni de qué manera, en el raciocinio que el Tribunal elaboró al respecto, infringió la sana crítica. La recurrente solo enseña su oposición a aquella postura, pero no considera que esa no es la manera de postular un yerro fáctico a la luz de la causal de casación invocada, en tanto en el falso raciocinio no es viable auscultar los hechos probados a partir del simple desacuerdo con las conclusiones de los jueces, que se presumen acertadas y legales (ver CSJ AP1742 – 2021).

Olvida señalar la demandante que el Tribunal aplicó aquella regla, a partir del relato de NACM, quien testificó en el juicio oral que «mi papá había llegado y mi mamá salió a darle la comida y mi abuela estaba en la cocina y yo me quedé siguiendo viendo la película y mi tía Yamile estaba en la cocina también y se fue a lavar la loza y yo me quedé sola con él... y me empezó a tocar» estimando el Tribunal a partir de esa escena que aquel momento de soledad fue el aprovechado por MUÑOZ ZÚÑIGA para cometer el delito y que resultaba posible al procesado hacerlo, en razón a que «su vivienda y la del acusado quedaban enseguida una de la otra».

En segundo lugar, el cargo predica la materialización de un falso raciocinio derivado de supuestas contradicciones entre la historia clínica de la menor y el dictamen médico legal que implicaban, en criterio de la libelista, dar mayor «credibilidad» al segundo, porque generaba dudas sobre los motivos por los cuales la menor pudo contraer gonorrea.

Sin embargo, además de que no muestra de qué manera pudo el fallador infringir alguna de las reglas de la sana crítica en punto de tal aspecto, el reproche se muestra intrascendente e inconexo con la estructura probatoria del fallo, si se tiene en cuenta que la declaración rendida por la médica general en el juicio oral se utilizó, en la sentencia, como complemento para «establecer que los hechos habrían sucedido entre la primera y segunda semana del mes de mayo de 2015», pero lo hallado en el examen de frotis vaginal⁴ no soportó la declaración de responsabilidad, al punto que en torno a tal tema el Tribunal llamó la atención de la juez a quo advirtiéndolo al respecto que «no fue tocado por la primera instancia y sobre el cual no encaminó ninguna investigación la Fiscalía... que bien pudo ahondar en este aspecto y se contaría con mayor información sobre lo sucedido a la infanta».

Descartó, de todas maneras, que aquel aspecto generara incertidumbre sobre la condena, cuya «base fundamental... fue la declaración rendida en el juicio por la menor víctima» la cual de ninguna manera fue confrontada por la casacionista.

Por las razones expuestas, el cargo por falso raciocinio es inadmisibile.

3.4. En el cargo cinco, afirma la demandante que los atrás denunciados errores implicaron la violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del art. 7º del Código de Procedimiento Penal (presunción de inocencia).

Para acreditar la ocurrencia del yerro, la libelista tenía la carga de analizar todos los datos que sirvieron de soporte a la inferencia sobre la autoría que se le endilgó al procesado y, tras esa labor, demostrar la existencia de una hipótesis distinta, verdaderamente plausible, que diera lugar a la aplicación de dicho apotegma, sin embargo, ninguna de las cargas expuestas cumplió la demandante pues, como se vio, el libelo es en verdad un alegato de libre factura que reproduce, casi literalmente, las inconformidades que la bancada defensiva puso de presente en el recurso de apelación y que se reducen a múltiples críticas al

escrutinio probatorio plasmado en las decisiones de instancia y, principalmente, a la imprecisión sobre el día exacto en que ocurrió la conducta punible.

Pero la demanda, como se mostró líneas atrás, de ninguna manera confronta el valor suasorio que para el Tribunal tuvieron los elementos de convicción en la declaración de condena y, principalmente, el testimonio que la menor víctima rindió en el juicio oral, en el que no halló «contradicciones por parte de la infante que lleven a considerar situaciones preocupantes de falseamiento en el relato, de distorsión sobre lo sucedido, ni aleccionamiento predispuesto por terceros y menos aún la teoría de la defensa sobre supuestas desavenencias de la madre de la niña con el procesado, como motivo inconsistente de incriminación» relato que, incluso, fue corroborado con lo que sobre los hechos la menor les contó a sus padres, también deponentes en el juicio oral.

Tales elementos, dijo el Tribunal, permitieron superar el umbral de dubitación y acreditar que las conductas punibles por las que fue acusado GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA en verdad sucedieron.

Lo cierto es que los argumentos de la censura, de ninguna manera desvirtúan las conclusiones probatorias adoptadas en las instancias que, sobra añadir, están cobijadas por una doble presunción de acierto y legalidad que, para ser rebatida, impone acreditar, con solidez, algún yerro susceptible de ser demandable en casación y que, como tampoco se acreditó, deriva en la inadmisión del cargo bajo análisis.

4. Se impone, por las motivaciones precedentes, inadmitir la demanda de casación propuesta por la defensa de GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA, pues tampoco advierte la Sala que sea necesario superar los defectos del libelo para hacer uso de la facultad oficiosa contemplada en el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

5. Contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en la norma acabada de mencionar y las reglas que ha definido la Sala de

manera pacífica en pronunciamientos anteriores.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensa del procesado GONZALO MUÑOZ ZÚÑIGA, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.
2. Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala.

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 GARCIA

Secretaria

1 Por la causal prevista en el art. 211 – 5 del Código Penal: “5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”.

2 Una de las integrantes del Tribunal salvó su voto.

3 Entre otros, CSJ AP, 13 de junio de 2007, Rad. 27.537; AP, 25 de julio de 2007, Rad. 27.810.

4 Dijo el fallo al respecto que «al hacer el examen físico [la galena] encontró eritema vulvar con secreción amarillenta fétida, sin lesiones en el himen y que al hacer examen de frotis vaginal arrojó como resultado cocos gran negativos en moderada cantidad y que por encontrarse en la parte vulvar corresponden a “neisseria” que se asocian con gonorrea».