

CUI 23001600010120170125700

Número interno 60259

CASACIÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP5578-2021

Radicación # 60259

Acta 307

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por el defensor de WILMAR ALONSO GALLEGO LONDOÑO contra la sentencia proferida por el Tribunal de Antioquia el 23 de junio de 2021, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Apartadó el 11 de diciembre de 2020, a través de la cual lo condenó como autor del concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

HECHOS:

Desde el primer trimestre de 2015, en la Finca La Linda ubicada en el corregimiento de Damasco, municipio de Santa Bárbara (Antioquia), cuando la niña XXX1 tenía 11 años de

edad (nació en noviembre de 2003) y vivía allí con su progenitora y su padrastro WILMAR ALONSO GALLEGO LONDOÑO, este la obligó a desnudarse, procediendo a tocarle sus partes íntimas y accederla carnalmente, situación que se repitió en varias ocasiones cuando se quedaba sola.

Así también ocurrió cuando en 2016 se mudaron al municipio de Vegachi y la última vez se presentó en mayo de 2017 en una finca que cuidaba GALLEGO LONDOÑO en el municipio de Mutatá, época para la cual la menor tenía 13 años y 6 meses de edad.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Presentado el escrito de acusación, el 5 de junio de 2019 se realizó la correspondiente audiencia, en la cual la Fiscalía mantuvo la imputación por el referido concurso de punibles.

Surtido el debate oral, el 11 de diciembre de 2020 el Juzgado 1 Penal del Circuito de Apartadó profirió sentencia condenando a GALLEGO LONDOÑO a 20 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos objeto de acusación. Le fue negada la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Impugnada la anterior decisión por la defensa, el Tribunal de Antioquia la confirmó mediante el fallo recurrido en casación, proferido el 23 de junio de 2021.

LA DEMANDA:

Después de aducir el recurrente que al impugnar el fallo de primera instancia la defensa planteó, entre otros argumentos, que “se probó en el juicio con las declaraciones de los padres de la niña que es viciosa, alcohólica y desde los 11 años está en la calle buscando novio”, postuló la violación directa de la ley, en cuanto el Tribunal no aplicó las normas que se ocupan de la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo.

En la acreditación del reproche dijo que la víctima declaró que sentía odio y animadversión contra WILMAR GALLEGO desde el momento en que se fue a vivir con su progenitora, de modo que “si se hubiese tomado en cuenta esta declaración y tras valorar esta prueba, se hubiese comprobado las dudas sobre la culpabilidad del acusado”.

Por su parte, el juez de primer grado corroboró lo dicho por la menor con lo expuesto por su madre, en cuanto se refiere a que convivió junto con el procesado en varios municipios de Antioquia, sin que se encuentre probado el atentado a la libertad sexual de la niña, luego debió aplicarse el principio *in dubio pro reo*.

De otra parte, se dejó de aplicar el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 que establece la prueba para condenar más allá de toda duda sobre el delito y la responsabilidad del acusado, pues en este asunto no se superó la incertidumbre sobre el particular.

Si bien el Tribunal adujo que los delitos sexuales se producen en la clandestinidad, no se probó dentro del proceso que tal circunstancia se hubiera presentado en los hechos investigados, de modo que era necesario dar aplicación al principio *in dubio pro reo*, máxime si la víctima no presentó lesiones corporales, ni hay prueba de la violencia, luego no era procedente proferir sentencia condenatoria.

Aunque el fallo se sustentó en lo expuesto por la niña, “ella manifestó que en la primera vez sangró e igualmente quedó demostrado con la afirmación del perito médico que el himen es complaciente, lo cual desvirtúa el dicho de la menor”, luego “no se puede llegar hasta ese grado de convicción para confirmar la sentencia en contra de mi apadrinado WILMAR ALONSO GALLEGO LONDOÑO, teniendo en cuenta que el legislador ha supeditado que el conocimiento para condenar ‘no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia’ que refuerza la falta de aplicación del artículo 381 *ibídem*, sobre la presunción de inocencia y el principio universal del *in dubio pro reo*”.

Con base en lo expuesto, el defensor solicitó a la Sala la casación del fallo de condena para,

en su lugar, absolver a GALLEGO LONDOÑO.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, “si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación”, se impone la inadmisión de la demanda.

En este asunto encuentra la Sala que el casacionista no cumplió con la exigencia dispuesta en el artículo 183 de la citada legislación, según el cual, corresponde al actor presentar “demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos”.

En efecto, como el recurrente planteó la violación directa de la ley sustancial, recuerda la Corte que tal yerro tiene lugar cuando a partir de la apreciación de los hechos legal y oportunamente acreditados dentro del proceso, los sentenciadores omiten aplicar la disposición que se ocupa de la situación en concreto, en cuanto se equivocan acerca de su existencia (falta de aplicación o exclusión evidente), realizan una errada adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto (aplicación indebida), o le atribuyen a la norma un sentido que no tiene o le asignan efectos diversos o contrarios a su contenido (interpretación errónea).

En tal caso, sin que interese la especie de vulneración directa del precepto sustancial, el yerro de los juzgadores recae sobre la normatividad, circunstancia que ubica el debate en un ámbito estrictamente jurídico, lo cual exige del censor la aceptación de la realidad fáctica declarada en las instancias.

Sin embargo, se advierte que el recurrente se apartó de la ponderación de las pruebas efectuada por los falladores, específicamente en lo atinente al dicho de la menor, al considerar, sin más, que si declaró acerca del odio que sentía por el acusado debió

restársele credibilidad, con mayor razón si en su criterio no fue corroborado tal testimonio con lo expuesto por su progenitora.

Adicionalmente adujo que no se probó la clandestinidad en el marco de la cual fueron cometidos los delitos, ni se acreditó que la víctima tuviera lesiones propias del acceso carnal.

Como viene de verse, aunque planteó la violación directa de la ley, en su discurrir se adentró a cuestionar la apreciación de las pruebas, proceder con el cual incurrió en evidente olvido del principio de autonomía de las causales de casación, para entonces aludir a la violación indirecta de la ley, pero tampoco atinó a señalar si se trató de un error de hecho (falso juicio de existencia por omisión o suposición de pruebas, falso juicio de identidad por adición, cercenamiento o tergiversación de medios probatorios o falso raciocinio por quebranto de las reglas de la sana crítica), o de derecho (falso juicio de convicción o falso juicio de legalidad), omisión que le impidió emprender la correspondiente acreditación.

Para que tuviera lugar la violación directa de las normas que regulan el principio in dubio pro reo y la presunción de inocencia, sería preciso que los falladores en la parte considerativa de la sentencia hubieran reconocido la presencia de dudas trascendentes respecto de la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado, y pese a ello hubieran proferido fallo de condena, pero la realidad procesal fue diversa, pues en la sentencia de primer grado, luego de resumir el detallado relato de la niña sobre las constantes agresiones sexuales de las que fue víctima por parte de GALLEGU LONDÑO, se expuso:

“Se tiene, entonces, que la versión suministrada por la víctima en el juicio oral atañedora al abuso sexual de que fue objeto por parte del acusado corresponde a una realidad vivida. Esto se infiere de las circunstancias adicionales concernientes con la corroboración de los lugares donde acaecieron los sucesos abusivos donde el acusado desempeñaba la labor de

administrador de haciendas, de la oportunidad que tuvo el acusado para consumir los hechos, si en cuenta se tiene que su compañera, la mamá de la víctima, también se dedicaba a las faenas propias de las actividades de los fundos, y en la atención de sus propietarios, momento que propiciaba la consumación de los ilícitos; todo ello unido a las secuelas psicológicas que presentó la víctima que el profesional del ramo unció al abuso sexual; y a que la médico legista constató la existencia de un himen dilatable, que se distiende sin dañarse durante la penetración al momento de la relación sexual u otra circunstancia, conservando su estructura fisiológica.

“El profesional de la psicología no atisbó en la víctima dato alguno que indicase fabulación en el relato del abuso sexual, o sugestión de parte de un tercero. Es claro que, durante la permanencia de la hija en la capital del país, aún no habían sucedido los hechos, ni, obviamente, el papá había sido alertado por la mamá de la sugerencia del psicólogo del colegio”.

Y más adelante se concluyó:

“Por manera que no existe dato alguno de la presunta mitomanía que la Defensa atribuye a la víctima, calificación que no puede edificarse en las declaraciones volátiles de descargo.

De otro lado, las partes estipularon los hechos relativos a los motivos de la atención de la víctima en la Fundación, que el profesional en psicología consideró como secuelas probables de un abuso sexual. Le correspondía, pues, a la Defensa demostrar, con la prueba pericial pertinente, que esos motivos de atención obedecían a otra causa distinta, supuesto que no ocurrió en el juicio oral. En cuanto al resultado del examen físico del ano que la médica encontró normal y sin lesiones, ello es obvio, por el paso del tiempo entre la época de los hechos, y el examen respectivo.

“De suerte, que no se presentan tampoco, en subsidio, comprobados los supuestos necesarios y suficientes para aplicar las consecuencias jurídicas del principio universal in

dubio pro reo. Por consiguiente, con la anterior prueba mínima de cargo suficiente para derruir la presunción de inocencia, de acuerdo con el artículo 7º, en concordancia con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, se encuentran acreditados los requisitos legales prescritos en los artículos 9.º, 31, 208 y 2011 numeral 5.º del código penal, para emitir sentencia condenatoria contra el penalmente responsable Wilmar Alonso Gallego Londoño”.

En el fallo del Tribunal se expresó sobre el particular:

“Deteniéndonos inicialmente en el testimonio de la víctima no se puede pasar por alto que ella es una joven que narra eventos vividos entre sus 11 y 13 años, y que declara en juicio sobre los mismos tres años después del último evento reportado y que la persona que ella señala de ser el autor de los mismos no es otro que el compañero sentimental de su progenitora, y al que ella reconoce como su ‘padrastro’.

(...).

“No es cierto que la versión de la menor no fuere objeto de corroboración, en primer lugar, se comprobó su dicho sobre el tiempo que convivió con su madre y el procesado en diversos municipios de Antioquia, como lo acredita su progenitora quien relata el largo paso de ellos por diversos municipios. Igualmente, que por los hechos vividos y lo repetido de los mismos, la menor menciona que sufrió afectación y en efecto el psicólogo Javier Villa Machado concluyó que si bien los hechos se habían presentado en un largo lapso de tiempo, conductas de ansiedad y consumo de alcohol, pueden corresponder efectivamente a eventos de abuso sexual, con lo que evidente es que la afectación que sufrió la menor y que produjo cambios en su comportamiento es una reacción posible al abuso sexual.

“Señala igualmente la defensa que no es creíble que una menor que sufre abuso sexual durante tantos años no comente eso a su madre, ni esta se entere de esto por otros medios. La Sala no encuentra que esto haga menos creíble el dicho de la menor, en primer lugar los

delitos sexuales se dan por regla general en la clandestinidad, y si aquí el agresor no era otro que el compañero sentimental de la madre de la menor ofendida, claro es que éste hiciera todo lo posible para que su compañera sentimental no se enterara, además la vida de la familia fue siempre en predios rurales, donde todos se dedicaban a las actividades agrícolas y el procesado tenía fácil oportunidad de estar a solas con la menor, y tampoco se puede desconocer que la ofendida era apenas una adolescente que estaba siendo continuamente amedrentada por su 'padraastro' a que no contara lo que sucedía, por lo que no puede llamarnos a extraño el silencio de la niña frente a su madre por lo que estaba padeciendo".

(...).

"Señala igualmente la defensa que la conducta de la menor de la que varios testigos hablan como Yulieth Gallego y Josue López, hacen menos creíble su versión visto que la joven había tenido experiencias sexuales con otros jóvenes. Esta hipótesis de manera alguna resulta admisible, pues el hecho de que la joven tuviera otras relaciones sexuales con sus novios, en nada afecta su narración sobre los eventos de abusos sexuales previos que sufrió, parece que aquí el togado defensor se quedó en tiempos de otros códigos cuando lo que se protegía en estos tipos sexuales era el honor y la virtud, y no la Libertad, Integridad y Formación Sexual que es el bien jurídico protegido actualmente en el Código Penal".

"En ese orden de ideas, pese a los aspectos traídos a colación por la defensa, encuentra la Sala que tal y como se concluyó en el fallo de primera instancia, no obstante, el paso del tiempo y las diversas circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos, las conductas por las que se acusó a WILMAR ALONSO GALLEGO LONDOÑO, si pueden demostrarse con el dicho de la menor. Por lo mismo la sentencia materia de impugnación debe ser confirmada".

A partir de las transcripciones precedentes, se constata que si en los fallos de primera y

segunda no se refirió incertidumbre alguna sobre la existencia del concurso de punibles o sobre su autoría en cabeza de WILMAR GALLEGO, no hay lugar a la violación directa pregonada por el defensor sobre el principio in dubio pro reo y la presunción de inocencia, máxime si en tales decisiones se analizó en detalle el aporte de los medios probatorios.

Como finalmente el recurrente aseveró al desgaire que “no se puede llegar hasta ese grado de convicción para confirmar la sentencia en contra de mi apadrinado WILMAR ALONSO GALLEGO LONDOÑO, teniendo en cuenta que el legislador ha supeditado que el conocimiento para condenar ‘no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia’ que refuerza la falta de aplicación del artículo 381 ibídem, sobre la presunción de inocencia y el principio universal del in dubio pro reo”, baste señalar que el fundamento de la condena no encuentra soporte en prueba de referencia sino en medio probatorio directo, esto es, la declaración de la misma víctima.

Las consideraciones anteriores son suficientes para inadmitir la demanda de casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

No se observa con ocasión de la sentencia impugnada o dentro del curso de la actuación procesal, violación de derechos o garantías del acusado, como para adoptar la decisión de superar los defectos de la demanda y decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3 de la norma citada.

Contra este auto procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del mencionado ordenamiento procesal y las reglas que ha definido la Sala de manera pacífica en pronunciamientos anteriores.

Cuestión final.

Como el recurrente adujo que en defensa de los intereses de su asistido y en procura de demeritar la credibilidad de lo expuesto por la víctima, se alegó en la apelación del fallo que

se trataba de una niña “viciosa, alcohólica y desde los 11 años está en la calle buscando novio”, corresponde a la Corte rechazar con vehemencia tal argumentación desafortunada, en la cual la menor es colocada como causante de los comportamientos sexuales ultrajantes que recayeron sobre su humanidad.

No en vano el artículo 44 de la Constitución dispone que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, en este caso, para evitar su revictimización, pues no se compadece con su condición de sujeto pasivo del delito que se pretenda indagar o siquiera sugerir cuál era su real o presunto modo de vivir, en cuanto ello no guarda relación con el comportamiento investigado.

Es por ello que la Convención Internacional sobre Derechos de los Niños, aprobada en Colombia mediante Ley 12 de 1991, dispone:

“ARTICULO 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

“ARTICULO 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de WILMAR ALONSO GALLEGO LONDOÑO.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 No se registra el nombre de la niña en aplicación del numeral 8 del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

