

Proceso n° 31473

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 374

Bogotá, D.C., tres de diciembre de dos mil nueve.

La Sala decide si admite la demanda de casación presentada por el defensor de Andrés Iván Velasco, contra la sentencia del 19 de noviembre de 2008 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con la cual confirmó la emitida por el Juzgado 5º Penal del Circuito de conocimiento que lo condenó a la pena de 64 meses de prisión, como autor del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años.

HECHOS

En la sentencia recurrida el Tribunal los declaró de la siguiente manera:

“El 18 de junio de 2007, la menor (...) de cuatro años de edad, jugaba con su hermano (...) en las afueras de su casa de habitación en el barrio Los Campos de esta ciudad, cuando fue abordada por el señor IVÁN ANDRÉS VELASCO, vecino de la menor, quien le ofreció unas monedas para que se fuera con él. La infante salió en compañía del hombre y minutos después (...) entra en la casa y le cuenta a su madre lo que sucedió con su hermana. La señora ANA EDITH NIETO, madre de los menores, va en busca de su hija y encuentra la puerta de la casa de ANDRÉS IVÁN cerrada, golpea por espacio de casi media hora sin ser

atendida, entonces manda llamar al padre de la menor, señor JAIR OLIVAR LÓPEZ, y sólo tras la llegada de éste, sale ANDRÉS IVÁN y niega que la niña se encuentre allí, pues dice que la mandó a la tienda y la madre va hasta ese lugar y como nadie le da razón, regresa a la casa, por lo que el padre de la menor... se enfurece y en ese momento ANDRÉS IVÁN, procede a abrir la puerta de la casa que da acceso al primer piso, y hallada la menor, relata que el infractor a la norma, le hizo tocamientos libidinosos.”

ACTUACIÓN PROCESAL

En el Juzgado 1º Penal Municipal de Popayán, como juez de control de garantías, se verificaron el 8 de septiembre de 2007 las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

Formulada la acusación y cumplido el trámite ordinario del juicio, el Juzgado 5º Penal del Circuito de Conocimiento profirió sentencia condenatoria el 19 de agosto de 2008, la cual fue apelada por el defensor y confirmada por el Tribunal el 19 de noviembre siguiente.

Dentro del término legal el defensor del acusado presentó la demanda de casación cuya admisibilidad resuelve la Corte.

DEMANDA DE CASACIÓN

A través de la causal 3ª del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el actor acusa la sentencia de violar en forma indirecta la ley sustancial, mediante error de derecho consistente en falso juicio de legalidad por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba que la fundamenta.

En el desarrollo del cargo sostiene que “El panty o interior cuya propiedad se le atribuye a... {la víctima} se valoró como medio de conocimiento, al considerar que

los testimonios de los peritos autentificaron la cadena de custodia y por ese hecho se consideró y valoró como prueba dicha prenda de vestir, desconociendo por completo, el juez de segunda instancia, la forma de producción de dicho medio de conocimiento.”

Según sostiene, en el juicio oral no se presentó ni se autenticó la referida prenda de vestir, es decir, no se demostró que hubiere sido técnicamente recogida, embalada y rotulada, por lo que el sentenciador se equivocó al considerarla como elemento material de prueba a partir, exclusivamente, de la declaración de algunos testigos que no dan cuenta de la forma como se obtuvo.

Como complemento de la censura señala que la prueba de ADN con la cual se estableció la presencia de espermatozoides en la ropa interior de la menor con 259 trillones de veces de probabilidad que correspondan al acusado, aparece igualmente afectada en su legalidad porque se desprende de un elemento material que no se incorporó al juicio, porque se desconoce quién recolectó y embolsó los interiores o pantys de la víctima, así como el trámite de cadena de custodia al que eventualmente fue sometido.

Además, como esta clase de prueba requiere la obtención de muestras del imputado y en este asunto corresponde a una persona que sufre retardo mental, debió contarse con la autorización del representante legal del señor Velasco o con la del juez de control de garantías.

En consecuencia, asegura, el sentenciador no debió considerar este medio de prueba por haber sido obtenido en forma ilegal.

De otra parte, cita las declaraciones de los testigos que presentó la Fiscalía en el del juicio oral, de los cuales, dice, el sentenciador dedujo en contra del acusado los indicios de oportunidad, de huellas materiales del delito, de mala justificación y de mentira.

Sin embargo, agrega, el Tribunal no construyó en forma adecuada tales indicios, pues se

limitó a clasificarlos pero omitió señalar los hechos indicadores y los elementos materiales o las evidencias físicas que los acreditaban; tampoco identificó la regla de la experiencia relacionada con cada indicio ni la inferencia lógica que se desprendía de los supuestos fácticos acreditados.

Los anotados defectos en la construcción de los indicios que sirvieron de base para condenar al acusado, concluye el actor, imponen que se los excluya como medios de prueba en la presente actuación.

Por último, cuestiona los testimonios de los peritos que examinaron a la víctima porque, asegura, obtuvieron de ésta y de sus familiares el conocimiento de los hechos. Sus declaraciones, por tanto, constituyen pruebas de referencia teniendo en cuenta que la menor y sus padres no concurrieron al juicio oral a rendir los correspondientes testimonios, los cuales no se pueden suplir con los que ofrecieron los expertos.

El testimonio de la perito Socorro Dorado Tovar, afirma el demandante, se basa en la información suministrada por la madre de la víctima, entonces "... no podemos admitir que porque la declaración la rindió una profesional, se convierte en prueba directa, sino que se trata de una prueba de referencia...", situación que se repite en el caso de la psicóloga del CTI Luz Omaira Oliveros, quien aprehendió la situación fáctica por el relato que le hizo la menor abusada.

Con el error denunciado, finaliza el actor, el sentenciador desconoció los criterios de producción probatoria previstos en los artículos 16, 23, 216, 254, 255, 256, 360, 374, 383, 384 y 438 del Código de procedimiento penal, así como el artículo 209 del Código Penal, por lo que solicita de la Corte casar la sentencia y en su lugar absolver al acusado del cargo por el cual resultó condenado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene dicho la jurisprudencia de la Sala¹ que la admisión de la demanda de casación en el régimen de procedimiento del sistema penal acusatorio, está condicionada al cumplimiento de ciertos presupuestos de carácter procesal, sustancial y formal, que la propia normatividad establece, entre los que se mencionan, de manera expresa, la existencia de interés para recurrir, la indicación de la causal de casación que se invoca, la debida sustentación del cargo planteado y la demostración de la necesidad de que la Corte asuma su estudio para la realización de los fines de la casación².

El error de derecho que denuncia el censor en este asunto (falso juicio de legalidad), se presenta según tiene precisado la jurisprudencia de la Sala, cuando el juzgador le otorga validez a una prueba porque considera que cumple las exigencias legales de producción o incorporación al proceso, sin llenarlas, o cuando se la niega porque estima que no las reúne, cumpliéndolas.

Por eso la censura no queda satisfecha con la sola enunciación del reproche y la indicación del medio criticado; es necesario demostrar que el sentenciador al estimar los medios de convicción dio validez a un elemento de persuasión aducido al proceso sin las formalidades legales exigidas por la ley, y probar la incidencia del desacierto en el establecimiento de la verdad fáctica y de la errada conclusión de la sentencia, precisando si las normas sustanciales indirectamente violadas lo fueron por aplicación indebida o por falta de aplicación.

En relación con la trascendencia del yerro será necesario que realice un nuevo análisis integral del acervo probatorio, excluyendo las pruebas ilegalmente allegadas, o ponderando las desestimadas por el juzgador a pesar de su legal incorporación al proceso, con el fin de desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia, a efectos de que en esta sede sea sustituida por la Corte.

En esta especie el recurrente obra al margen de los requisitos enunciados y no

demuestra que en el fallo recurrido se hubiere considerado alguna prueba allegada a la actuación con desconocimiento de las reglas específicas que marcan su aducción al proceso, pues a parte de las apreciaciones personales que expone o de las definiciones doctrinarias con las cuales ilustra acerca de la cadena de custodia, del testimonio de los peritos o la teoría de los indicios, no acredita cuál fue el requisito omitido o el desacierto en que se incurrió en la aducción de las pruebas que identifica en la censura.

En primer lugar, en relación con la ropa interior de la víctima, focaliza su empeño en sostener que ese elemento material probatorio no se aportó al proceso, afirmación que resulta contradictoria con el cargo que postula el cual se fundamenta, precisamente, en el aporte ilegítimo al juicio de uno o más medios de convicción que constituyen el fundamento de la sentencia.

Entonces, si como lo afirma el censor “En el juicio oral no se presentó la prenda de vestir, no se autenticó, tampoco se presentaron fotografías o videos, {ni} se demostró que se hubiesen recogido, embalado, rotulado ni conservado...” y que el Tribunal “... se equivocó al considerar esa prenda como elemento material de prueba...”, debió promover la censura denunciando un error de hecho por falso juicio de existencia, porque lo que se devela en el ataque es que el sentenciador, al parecer, supuso una prueba que no se aportó al proceso.

Por otra parte, a pesar de que apoya el reproche en el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a la cadena de custodia; no determina para el caso específico de qué forma la autenticidad del elemento material probatorio referido (el panty de la menor) o de los residuos contenidos en éste, resultó deformada al punto de tener que considerar ilegal los hallazgos obtenidos científicamente, los cuales dan cuenta tanto de la materialidad del delito como de la responsabilidad del condenado.

Ligado a este reparo, el recurrente sostiene que "... el Tribunal no debió considerar el informe pericial de ADN como medio de conocimiento justamente porque no se presentó ni se autenticó la cadena de custodia en {el} juicio oral y público que es la forma correcta para darle validez a la prueba pericial, pues no se supo si esa prenda de vestir existió, no se determinó dónde se consiguió, ni quién la recolectó..."

En sus argumentos el actor omite referir el contenido de las disposiciones legales alusivas a la cadena de custodia, y las que regulan el examen de ADN, como forma de acreditar la existencia del error de hecho que denuncia; de esa manera, no señala cómo se practicó la prueba para establecer, por ejemplo, que la valoración científica no contó con la orden expresa del fiscal, la cual exige el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal cuando se requiere la práctica de dicho examen en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética.

Tampoco demuestra que en la actuación se hubiere prescindido de la revisión de legalidad, formal y material, por parte de un juez de control de garantías, y en el término legal establecido (36 horas), si es que en la actuación resultó necesario cotejar los exámenes de ADN con la información genética del procesado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos.³

Tampoco demuestra que en la obtención de muestras no se siguieron las reglas previstas para los métodos de identificación técnica, que no se contó con la presencia del defensor del imputado, conforme lo exige el artículo 249 de la Ley 906 de 2004.

Menos aún demuestra el demandante por qué razón debía mediar la autorización del representante legal de Andrés Iván Velasco, para la obtención de las

muestras requeridas en la prueba de ADN, cuando en la actuación no se discutió su capacidad mental y, por el contrario, se demostró que se trata de un sujeto imputable conforme precisó el Tribunal en la sentencia recurrida.

En síntesis, la censura es simplemente enunciativa pues el actor no acredita, confrontando con rigor el trámite de obtención y aducción de los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y, en general, las pruebas allegadas al proceso, con las normas que regulan su incorporación a la actuación, para hacer ver en qué consistió el falso juicio de legalidad que plantea.

De otro lado, el demandante teniendo en cuenta que el Tribunal consideró que "... si la niña fue encontrada en compañía del infractor en la casa de él y por eso el perito de planimetría hizo un bosquejo de la residencia, vemos un indicio contingente, grave de oportunidad para delinquir aunado a las manifestaciones mentirosas de dicho sujeto, cuando le refirió a los padres de la infante que ella no se encontraba ahí, los espermatozoides descubiertos en el interior de la niña, constituyen un indicio grave de huellas materiales del delito..."; cuestiona también la legalidad de tales indicios con el argumento de que el sentenciador los enunció pero no los construyó, pues, sostiene, dejó de precisar los hechos indicadores, junto con los elementos materiales o las evidencias físicas que los demuestran.

Aquí también el desarrollo del cargo resulta equivocado porque da a entender que el Tribunal supuso unos hechos (indicadores) que, según afirma el recurrente, no aparecen demostrados en la actuación, argumento que corresponde a un error de hecho por falso juicio de existencia y no al de legalidad que proclama en el cargo único de la demanda.

Además, los apartes que cita del fallo revelan la existencia de los hechos sobre los cuales el sentenciador edificó la prueba indiciaria, por lo cual ha debido dirigir el ataque hacia las pruebas que acreditan cada hecho indicador (el hallazgo de la menor ofendida

en la casa del acusado, de los espermatozoides en el panty de la niña o el hecho de haber negado que ésta se concentraba en su casa, etc.), exponiendo los motivos que en su criterio afectan la legalidad de la obtención de los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas o de las pruebas concretas relacionada con la demostración de tales hechos.

No obstante, el reproche lo reduce a sostener que el sentenciador 'no construyó los indicios' que menciona en la sentencia, sin señalar la forma correcta como debió, según su criterio, edificarse dicha prueba para considerarla legalmente aportada al proceso.

Por último, el recurrente también afirma que la sentencia se sustenta en pruebas de referencia, en alusión a los testimonios de las peritos Socorro Dorado Tovar (médica forense), Luz Estela Peñuela Arroyo (bióloga forense), Rocío del Pilar Lizarazo Quintero (experta en genética) y Luz Omaira Olivero Sánchez (psicóloga), quienes, asegura, tuvieron conocimiento de los sucesos a través del relato de la víctima y de los padres de la menor (Jairo Oliver López y Ana Edith Nieto), los cuales no comparecieron al juicio a rendir directamente su testimonio.

En ese sentido recuerda que la prueba de referencia es admisible solo en los casos excepcionales que prevé la ley, ninguno de los cuales, afirma, se actualiza en este asunto, por lo que encuentra injustificado que los testigos directos de los hechos no hubieran asistido al juicio.

En este segmento del reproche el recurrente parece sostener que al acusado Andrés Iván Velasco se lo condenó exclusivamente con fundamento en pruebas de referencia, contrariando el sentenciador el mandato contenido en el inciso 2º del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que prevé una tarifa legal negativa en cuanto repudia la sentencia condenatoria fundamentada únicamente en evidencias de la naturaleza

indicada.

El actor denuncia entonces el desconocimiento de las normas que tasan el valor o la eficacia probatoria de las pruebas de referencia, las cuales según la estructura normativa del sistema procesal acusatorio colombiano, son incapaces por sí solas, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado; razón por la cual, de cara a una decisión de condena, requieren necesariamente de complementación probatoria a través de otros elementos de convicción, que pueden surgir de cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de categoría distinta y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda, sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

En relación con este tema la jurisprudencia de la Sala tiene dicho que,

“Si la prueba de referencia (única o múltiple), complementada con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, en los términos ya vistos, es decir, que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia.”⁴

Lo anterior significa que aquí también el ataque aparece desenfocado, en la medida que el recurrente denuncia un error de derecho por falso juicio de legalidad, cuando la lógica casacional señala que el error correspondería a un falso juicio de convicción, el cual presupone la existencia de una tarifa legal, es decir, de normas jurídicas que preestablezcan el valor de la prueba o su eficacia probatoria, pues se presenta cuando el juzgador al valorar el medio probatorio (que se supone obtenido en forma legal), lo hace de manera distinta al consignado en la ley, o cuando estima que es

jurídicamente apto para demostrar un determinado hecho, sin serlo, o viceversa.

Pero tampoco aborda adecuadamente esta labor, porque a parte de sostener que las declaraciones de los peritos constituyen prueba de referencia, el recurrente omite señalar las evidencias que fueron consideradas por el sentenciador para proferir la sentencia condenatoria, acreditar la naturaleza de tales medios de convicción, que todas sin excepción constituyen prueba de referencia, que no obraban otras de diversa estirpe que apuntalaran la decisión y, sin embargo, condenó sobre esta prueba precaria al acusado.

Es cierto que el censor enuncia las declaraciones de los peritos que valoraron física y psicológicamente a la víctima del abuso, de la bióloga forense que recomendó el procedimiento para la prueba genética y de la profesional que presentó los resultados de ADN, pero no ofrece argumentos que conduzcan a señalar que se trata en realidad de pruebas de referencia; tampoco demuestra que esos testimonios constituyen el fundamento único de la condena.

De haberlo hecho habría advertido que las declaraciones de la doctora Jesusita del Socorro Dorado Tovar, Patóloga Forense, Luz Estela Peñuela Arroyo, Bióloga del Instituto de Medicina Legal, Rocío del Pilar Lizarazo Quintero, experta en genética y de Luz Omaira Oliveros Sánchez, Psicóloga del CTI; tienen la particularidad de ser pruebas de referencia en cuanto no fueron testigos presenciales de los hechos y porque la información del acontecimiento delictual la recibieron a través de la víctima, de uno de sus hermanos o de sus padres; pero también contienen hechos de los cuales tuvieron conocimiento directo con ocasión de los exámenes que cada una practicó a la infante y que revelan la existencia cierta de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado.

En concreto, en el texto de la sentencia se observa que la médica forense "... asevera

que la víctima tiene cuatro años cuatro meses, no presenta huellas de trauma en la superficie corporal, posee himen circular, sin desgarró, con lo cual se deduce que no hubo desfloración, pero presenta eritema (enrojecimiento) marcado, edema de labios mayores y horquilla vulvar, que indica manipulación reciente a ese nivel. En su declaración la doctora DORADO TOVAR, señala que la prenda íntima fue debidamente rotulada y embalada antes de enviarse al laboratorio de BIOLOGÍA FORENSE de la ciudad de Cali. (subraya y negrilla originales).

La Bióloga Forense del Instituto de Medicina Legal Luz Estela Peñuela, por su parte, sostuvo que el elemento sometido a su estudio (interior femenino infantil que mostraba una mancha café clara en la entrepierna, la cual resultó ser semen de acuerdo con el estudio de Árbol de Navidad), estuvo en permanente custodia en el laboratorio de la entidad.

La doctora Rocío del Pilar Lizarazo Quintero declaró que con la interpretación de los resultados obtenidos de la extracción de ADN, estableció que el acusado "... no está excluido como dueño de los espermatozoides recuperados del fragmento de tela tomado del interior femenino infantil rosado claro de... {la ofendida}, y agrega: Es 259 trillones de veces más probable que los espermatozoides recuperados en esta evidencia provengan de ANDRÉS IVÁN VELASCO, a que provengan de otro individuo al azar de la población de referencia." (destaca el Tribunal).

La psicóloga Luz Omaira Oliveros Sánchez informó en relación con la pericia que adelantó que observó "... una persona que maneja un lenguaje claro, con pensamiento normal según lo esperado a su edad, quien expresó sentimientos de miedo cuando recuerda el abuso del que fue víctima... {el acusado} me tocó la cuquita con el dedo duro, me quitó el pantalón con cositas, me tapó la boca, estaba asustada y lloraba y me metió en un cajón grandote, estaba solita, me pegó en la colita con la mano, porque yo gritaba, en la casa hay camas y el cajón grandote, ANDRÉS es malo, me hizo duro."

Las anteriores consideraciones conducen a la inadmisión de la demanda teniendo en cuenta, en forma adicional, que la Corte no advierte cómo el recurso de casación pueda estar convocado a cumplir alguna de sus finalidades en este asunto particular.

Contra la decisión que se adoptará procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184-2 del Código de Procedimiento Penal, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte, que a continuación se indican:

a) La insistencia es un mecanismo especial que puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia que inadmite la demanda, con el fin de que la Sala reconsidere su decisión. También puede ser promovido dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal (siempre que el recurso no haya sido interpuesto por un Procurador Judicial), el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado el voto en relación con la decisión de inadmitir la demanda, o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del Magistrado que no intervino en los debates, o del Delegado del Ministerio Público, ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala, o no presentarlo para su revisión, evento este último en que informará de ello al peticionario en un plazo de 15 días.

d) El auto que inadmite la demanda trae como consecuencia la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y determine la prosecución del trámite casacional para un pronunciamiento de fondo.⁵

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 Andrés Iván Velasco, por las razones consignadas en esta decisión. Regresen las diligencias al Tribunal de origen.

Procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Cita medica

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Ver, por ejemplo, auto del 10 de octubre de 2007. Rad. 28161.

2 Artículo 184 de la ley 906 de 2004.

3 lb. inciso 2º

4 Sentencia del 06-03-08 Rad. 27477.

5 Casación 24322. Auto de 12 de diciembre de 2005.