

Proceso nº 35250

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta No.225

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del acusado Jorge Alberto Leyton Orozco, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 27 de agosto de 2010, a través de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño el 26 de noviembre de 2009, en la que se condenó al procesado como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos fueron consignados en la sentencia así:

La señora María Benilde Carreño Gaitán denunció que para el 9 de marzo de 2009, fue avisada por su hermana Ana Rubiela, residente en el barrio Mateo de Puerto Carreño, que a la casa de su vecino, conocido como Jorge Alberto Leyton Orozco, después de que salieron su esposa e hijos, ella para el trabajo y éstos para el colegio, ingresó una menor

de edad al inmueble donde, aquél realizó sobre la menor actos sexuales, ofreciéndole dinero, hecho que al parecer había ocurrido en otras ocasiones.

Ante la situación que se presentó en aquel lugar, se dio aviso a la policía, concurriendo y revisando el inmueble, pero no se encontró a la menor, presumiblemente había salido minutos antes.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los hechos antes referenciados, la Fiscalía General de la Nación el 20 de abril de 2009, presentó escrito de acusación contra Jorge Alberto Leyton Orozco, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo. Dicha acusación fue formulada en audiencia del 15 de mayo siguiente.

2. Agotado el juicio oral, el Juzgado Promiscuo Penal del Circuito de Puerto Carreño profirió sentencia condenatoria de fecha 26 de noviembre de 2009, en la que condenó a Jorge Alberto Leyton Orozco, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, por lo que le impuso la pena mínima de nueve años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. El juzgador de primera instancia, desechó el concurso homogéneo al considerar que no se demostró la ocurrencia de hechos similares en más de una oportunidad.

3. El fallo de primera instancia fue recurrido por la defensa, recurso en razón del cual el Tribunal Superior de Villavicencio, el 27 de agosto de 2010 confirmó en su integridad la sentencia de primer grado.

4. Contra el anterior fallo, el defensor del procesado recurre en casación, siendo este el objeto del actual pronunciamiento.

LA DEMANDA

Luego de dedicar un capítulo del libelo a los fines de la casación, resaltando la necesidad del pronunciamiento de fondo de la Corte, en orden a preservar la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, presenta los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal de Villavicencio.

1. Primer cargo: Causal segunda – Nulidad

Acusa la decisión del ad quem de trasgredir el debido proceso por adolecer la sentencia de motivación deficiente, al no haber dado respuesta a los argumentos presentados por la defensa al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, lo cual es causal de nulidad.

Para el efecto cita las decisiones con radicados 33212 de 12 de abril de 2010, 20750 de 22 de mayo de 2003, 17795 de 11 de febrero de 2004 y el artículo 162 numerales 4º y 6º del Código de Procedimiento Penal.

Haciendo una relación de los argumentos expuestos por el anterior defensor del procesado, al recurrir el fallo del Juzgado del Circuito, sostiene que nada dijo el Tribunal en torno a la queja del impugnante acerca de que la diligencia de inspección judicial al lugar del hecho, incumplió con los requisitos legales por no haber estado asistida la menor por un defensor de familia, y no poder explicar por qué lugar ingresó a la vivienda del procesado. También porque no se dio respuesta a la contradicción en la que incurrió la menor ofendida, cuando señaló la hora de las 7.30 de la mañana como el límite hasta donde permaneció en la casa a donde había sido ingresada por un señor, lo cual raya con lo manifestado por la esposa y el hermano del procesado, y el hecho de que para ese momento, ya la policía había llegado al lugar.

Agrega que tampoco se dio respuesta a la defensa al criticar el interrogatorio realizado a la menor víctima durante el juicio oral, el cual calificó de inducido en donde el juez impidió el contrainterrogatorio.

De igual forma se omitió analizar la actuación del Ministerio Público, la cual para la defensa contraviene los criterios fijados por esta Corte en la sentencia 28708 del 6 de marzo de 2008, por que este interviniente tomó partido, dejando de lado la imparcialidad que debe caracterizar su función e intervino activamente en el debate probatorio, interrogando o contra interrogando a los testigos. La anterior situación a juicio del libelista, trasgredió el principio de igualdad de armas, pues en lugar de un acusador, había tres, incluyendo al defensor de familia.

Considera que de haber existido pronunciamiento de fondo sobre estos puntuales aspectos, la sentencia hubiera sido de carácter absolutorio, pues se habría hecho evidente que la defensa tenía razón en sus reparos.

Con base en esta censura, solicita el casacionista que se declare la nulidad de lo actuado, a partir inclusive, de la sentencia de segunda instancia.

2. Segundo Cargo (subsidiario): causal tercera – violación indirecta de la ley sustancial

El ataque lo dirige a la defectuosa producción y valoración de varios medios de prueba, cuyas censuras las discrimina de la siguiente forma:

2.1 Error de hecho por falso juicio de identidad respecto del testimonio de Ana Rubiela Carreño Gaitán

Afirma que el Tribunal puso en boca de la testigo cosas que realmente no dijo, como que no es cierto que ésta haya visto entrar a la menor a la casa de su vecino Jorge Alberto Leyton Orozco, y luego verlo salir casi una hora después como erradamente lo refirió el

juzgador de segundo grado.

Para el censor, el conocimiento de Ana Rubiela la convierte en una testigo de referencia, no admisible en el proceso penal colombiano, pues la declarante alude a lo que le contó su esposo y a que se habían puesto de acuerdo con él.

Frente a lo que sí presencié Ana Rubiela, esto es, que vio salir a la familia del procesado de su casa sobre las 6.30 de la mañana, ello contradice la afirmación de la sentencia sobre que la niña permaneció en el inmueble por espacio de una hora, lo cual no fue probado en el juicio, ni mucho menos ratificado por la testigo, como sí se señala erradamente en el fallo recurrido.

Pone de presente la contradicción en que incurrió la declarante respecto de la versión suministrada por su esposo, pues la primera dijo que el día de los hechos la niña vestía una blusa rosada, mientras que el segundo sostuvo que era anaranjada.

En palabras del libelista, en estricto esta testigo simplemente intenta corroborar el dicho de su esposo con el que se había puesto de acuerdo, según sus propias palabras, luego el H. Tribunal incurrió en evidente falso juicio de identidad por tergiversación suposición, al poner en boca del declarante cosas que en verdad no dijo y que reitero, se refieren a que ella no pudo ratificar que vio entrar ni salir a la niña de la casa y tampoco pudo ratificar que la niña estuvo allí casi una hora en la casa de Jorge Leyton.

2.2 Error de hecho por falso raciocinio respecto del testimonio de Fredy Orlando Brito Palmero, al habersele conferido un mérito probatorio que no tiene en desconocimiento de las reglas de la experiencia y de la lógica.

Aceptando que en casación no es posible atacar la credibilidad de un testigo, señala que el testimonio de Brito Palmero, atenta contra las reglas de la experiencia, declaración que confrontada con otros medios de prueba, acredita como lo dicho por

esta persona, no tiene valor probatorio alguno y por tanto, no podía ser el fundamento de una sentencia condenatoria.

Expresó que lo informado por el testigo pierde credibilidad al entrar en discrepancia con las reglas de la lógica y de la experiencia, dado que los momentos en los que afirma, vio a la niña entrar a la casa del procesado y permanecer allí por una hora, no coinciden con el momento en que la menor indicó haber salido de su casa, 5.30 de la mañana, pues ello implicaría que se quedó dando vueltas por ahí por espacio de una hora. Y concluye el censor que teniendo en cuenta que fue a las 6.30 de la mañana que la denunciante recibió la llamada de su hermana Ana Rubiela Carreño sobre el presunto abuso de una niña en la casa de su vecino, el hecho tuvo que suceder sobre las 6.30 de la mañana y no sobre las 7.00 como lo indicó Fredy Orlando Brito.

Resalta que de acuerdo con lo manifestado por este declarante la niña permaneció por espacio de una hora en la casa, es decir, salió a las 8.00 de la mañana, cuando el propio testigo manifestó que usualmente sale a trabajar a las 7.00 a.m, pero curiosamente ese día estuvo pendiente de todo lo que sucedía en la casa de su vecino Jorge Alberto Leyton Orozco.

Afirma que lo dicho por esta persona es desmentido por Miguel Ángel Cuellar Camargo, quien señaló que en su función de centinela de las casas fiscales del barrio Mateo, el día de los hechos advirtió la presencia de la Policía como a las 6.30 a.m, quienes permanecieron en el lugar como entre 15 a 20 minutos, tal cual lo corroboraron los parientes del acusado Mirta Isabel Gutiérrez y Omar Leyton Orozco.

También pierde fuerza demostrativa este testimonio, por lo señalado por el testigo sobre que su esposa Ana Rubiela sí observó el momento en el que la menor ingresó a la casa del acusado, lo cual es desmentido por ésta al señalar que ella no vio ese momento, y concluye el censor, ninguna credibilidad ofrece el testimonio de Brito Palmero ante la

contundencia de otras declaraciones.

La trascendencia del error la concreta en que al descartarse que la menor LRR, ingresó esa mañana a la casa del procesado, también se descarta el presunto abuso sexual del que fue víctima.

2.3 Falso juicio de identidad en la declaración de la menor víctima LRR, al haberse cercenado la prueba, negando su real contenido y alcance.

Comparando lo depuesto por la testigo con manifestaciones que hizo con anterioridad al juicio, resalta el demandante que la menor nunca identificó a su agresor, pero sí señaló sus características físicas e indicó que es el papá de una de sus amiguitas, a quien también describió, sin que coincida con los rasgos de ninguna de las hijas de Jorge Alberto Leyton Orozco.

El cercenamiento lo hace consistir en cómo el Tribunal no tuvo en cuenta los señalamientos de la niña, acerca de que también había sido abusada por un campesino, siendo ésto lo que explica la erotización temprana a la que fue sometida LRR, según lo concluyó la perito.

De igual manera, no se tuvo en cuenta que la víctima al describir las características de la amiga, cuyo padre fue quien abusó de ella, en nada corresponden a las de las hijas del procesado, según lo informó la testigo perito Ana Milena Londoño, quien realizó una visita a la casa de la familia Leyton. Agrega el censor que frente a este importante aspecto de la declaración de la menor, la sentencia guardó silencio y de haberse tenido en cuenta, muy seguramente hubiera llevado a la absolución del acusado.

2.4 Error de hecho por falso juicio de identidad respecto de la pericia de Ana Milena

Londoño

Según el recurrente, esta prueba fue adicionada en su contenido, pues las entrevistas que rindió la menor ante la perito, en ninguno de sus apartes se alude a que la niña haya dicho que Leyton le tocó los senos, pues lo cierto es que la menor nunca mencionó ese apellido.

2.5 Testimonio de María Benilde Carreño

En primer lugar precisa que este testimonio es una prueba de referencia múltiple, pues reproduce lo que le dijo la menor LRR, testimonio que a juicio del libelista, fue tergiversado al poner el Tribunal en boca de la testigo, cosas que jamás dijo.

Sin embargo luego habla de la carencia de mérito demostrativo del testimonio de oídas, lo cual se evidencia después de ser confrontado con otros medios de convicción.

2.6 Testimonio de Omar de la Hoz Matamoros

Aunque acepta que esta prueba no fue considerada relevante para los juzgadores de instancia, indica que el perito hizo una afirmación importante que fue desconocida por el Tribunal, la cual tiene que ver con el proceso de erotización temprana al que fue sometida LRR, en donde no se refirió de manera expresa a que éste haya sido consecuencia de la acción del acusado, pues ha de tenerse en cuenta que ante la psicóloga Ana Milena Londoño, la niña hizo alusión a un episodio anterior en la que un “viejito” la había tocado, pero que él ya se había ido.

De otra parte, sostiene que la experticia carece de credibilidad, en tanto no refiere el galeno haber utilizado los protocolos y pruebas reconocidas y aceptadas por la comunidad científica para llegar a la conclusión consignada en su estudio.

Plantea además la posibilidad de que la niña al referirse al ingreso a la casa de un

señor, hecho que debe tenerse como falso a partir de los testimonios de Fredy Brito, su esposa y su cuñada, pudo haber recordado el abuso del que informó por parte de un “viejito”.

2.7 Finaliza su discurso, reiterando la trascendencia de los errores, los cuales cuentan con la idoneidad para romper el fallo condenatorio, pues evidencian, más allá que una duda razonable, la inocencia de Jorge Alberto Leyton Orozco, por que este proceso fue consecuencia de un chisme orquestado por Fredy Brito, su esposa Ana Rubiela Carreño y su cuñada María Benilde Carreño.

Su petición se encamina a que se case la sentencia y por tanto, se absuelva al procesado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Calificación de la Demanda

No obstante que la Corte ha precisado que en la Ley 906 de 2004 no se distingue entre recurso de casación por la vía común y por la discrecional, al eliminar la exigencia del quantum de pena del delito por el que se procede para acceder a tal impugnación, también lo es que corresponde al demandante acreditar la afectación de derechos o garantías fundamentales, lo cual le impone contar con interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar que es necesario el fallo de casación para cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 180 de la referida normatividad para la mencionada impugnación, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia¹.

Además, se tiene que de acuerdo con la preceptiva del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, no será admitido el libelo cuando el demandante carezca de interés, no señale la causal, no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación, o cuando se advierta que no es necesario el fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

Una vez clarificado lo anterior, se abordarán las censuras postuladas por el impugnante.

1. Nulidad por falta de motivación

1.1.1 Con relación a la acreditación de la causal de nulidad, si bien la Sala ha dicho que es menos exigente que la demostración de las otras, lo cierto es que impone al demandante proceder con precisión, claridad y nitidez a identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación, plantear sus fundamentos fácticos, indicar los preceptos que considera conculcados y expresar la razón de su quebranto, especificar el límite de la actuación a partir de la cual se produjo el vicio, así como la cobertura de la nulidad.

Igualmente, corresponde al censor evidenciar que procesalmente no existe manera diversa de restablecer el derecho afectado y lo más importante, comprobar que la anomalía denunciada tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que este recurso extraordinario no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

Al corresponder el ataque del demandante a una violación del derecho al debido proceso por falta de motivación de la sentencia recurrida, atañe a la Sala precisar en

primer término como debe proponerse en casación la trasgresión a esta garantía fundamental, y en segundo lugar, como se alega cuando la misma acusa a la sentencia de motivación deficiente.

Esta Corporación ha denotado insistentemente², cómo deben sustentarse los ataques por la violación al debido proceso o al derecho de defensa:

Viene afirmando la Sala desde tiempo atrás que el desconocimiento al debido proceso³, debe apoyarse en cuatro columnas primordiales: (a) la identificación concreta del acto irregular; (b) la concreción de la forma como éste afectó la integridad de la actuación o conculcó las garantías procesales; (c) la explicación trascendente de por qué es irreparable el daño, es decir, demostrando su lesividad y, (d) el señalamiento del momento a partir del cual debe reponerse la actuación.

Deberá conjugar el actor, los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación, como los de concreción, trascendencia, protección, taxatividad, residualidad, seguridad, entre otros, previstos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, para de la mano de ellos, constatar el grado de afectación, potencialidad y consecuencia inmediata.

(...)

Especificándose, en la violación al derecho de defensa, si es técnica o material, su cobertura o radio de protección, las disposiciones infringidas, el estado en el que debe permanecer la actuación y demostrar que los principios que rigen las nulidades se hubieren superado, a fin de determinar la concreta actuación al haberse lesionado tal garantía y su específica incidencia en el juicio.

1.1.2 Ahora bien, la falta de motivación de la sentencia como lo ha reiterado la Sala⁴ se presenta:

- a. Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.
- b. Cuando la motivación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.
- c. Cuando la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,
- d. Cuando la motivación es aparente y sofística, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo (este evento debe ser objeto de ataque a través de la causal primera, cuerpo segundo, según la sistemática reglada en la Ley 600 de 2000).

Adicional a las hipótesis arriba planteadas, también sobreviene la falta de motivación cuando no se responden los argumentos expuestos en la apelación⁵, por quebrantarse el derecho de contradicción que en la mayoría de los casos debe ser resuelta por vía de la nulidad.

1.1.3 Para el presente caso, la falta de motivación consiste, según el recurrente, en la omisión del Tribunal en responder los argumentos expuestos con motivo del recurso de apelación que interpuso la defensa contra la sentencia de primera instancia.

Si bien es cierto, el fallo no hizo alusión expresa a la posible ilegalidad de la diligencia de inspección judicial en la que participó la menor para señalar la casa a la que había ingresado, es claro que para el ad quem este aspecto carece de relevancia para fundar su decisión de condena, pues se advierte que el fundamento probatorio del fallo lo constituyeron los testimonios de las personas que dieron cuenta del ingreso de la menor en la mañana del 9 de marzo de 2009 a la casa de Jorge Alberto Leyton Orozco.

Además no sobra recalcar que equivocó la vía para censurar la presunta ilegalidad en la diligencia de inspección judicial toda vez que este reparo se debe fundar por medio de la causal tercera a través del error de derecho por falso juicio de legalidad.

De allí que también se torne intrascendente este reparo, pues aún de haberse tenido por irregular dicha inspección judicial, ello no incidía para nada en la fuerza demostrativa que el juzgador de segunda instancia le otorgó a las declaraciones de las personas que afirmaron haber visto a la menor rondando la casa del procesado, ingresar en ella y permanecer allí por un tiempo prolongado.

Y frente a las presuntas contradicciones en las que la niña LRR incurrió sobre la hora en la que ingresó a la casa del señor que abusó sexualmente de ella y frente a las cuales no hubo alusión expresa en la sentencia, debe entenderse que de todas formas el Tribunal abordó el debate sobre las varias inconsistencias sobre la hora exacta de los hechos, para lo cual confrontó el dicho de Lázaro Lasso Castillo, Omar Leyton, Mirta Isabel Gutiérrez y Miguel Ángel Cuéllar, con el de los testigos de la Fiscalía, concluyendo que aunque aquellos refirieron horas distintas a los de éstos, “ninguno de esos testigos desmiente lo denunciado, ocurrido en casa de Leyton Orozco, y sí corroboran que aquel día y a aquella hora, la policía arribó a constatar lo que unos vecinos informaron”.

Lo anterior para señalar que en el fallo de segunda instancia, no fueron relevantes las distintas versiones sobre la hora exacta de ocurrencia del delito, incluida la de la menor víctima, pues para el Tribunal fue suficiente, se repite, con la demostración que la niña LRR, entró a la casa de Leyton Orozco sin existir razón que justificara allí su presencia, para lo cual tuvo como ciertos los testimonios ofrecidos por el ente fiscal.

El alegato, según el cual, el interrogatorio de la ofendida fue inducido, deviene resuelto con las apreciaciones del fallador de segundo grado, al dotar de plena credibilidad el dicho de la menor, sobre los tocamientos sexuales de los que fue víctima y

que manifestó a través del interrogatorio realizado por conducto de la psicóloga del ICBF como corresponde en casos en donde los testigos son menores de edad. Además de la apreciación del ad quem acerca de que no advertía ningún tipo de ánimo por parte de la ofendida de querer lanzar de buenas a primeras acusaciones tan graves.

Y vuelve la Sala a insistir en la falta de trascendencia en esta censura ante la carencia de demostración por parte del recurrente en torno a qué tipo de respuesta dada por la menor, fue producto de una inducción y cómo dicha respuesta fue tomada por los juzgadores de instancia como fundamento de la decisión de condena; adicionalmente, se recuerda al censor que no fue únicamente el testimonio de la niña LRR lo que permitió al Tribunal concluir la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, sino el análisis conjunto de las declaraciones de los vecinos del procesado, de los peritos que respaldaron un episodio de abuso sexual de LRR y la declaración de ésta, así como el dicho de los deponentes aportados por la defensa que en parte corroboraron lo informado por los testigos de cargo en relación a la visita de las autoridades de policía a la casa del sindicado la mañana de los hechos.

En cuanto a la falta de pronunciamiento del juzgador de segundo grado sobre el inapropiado rol asumido por el delegado del Ministerio Público durante el juicio, si bien es cierto, el ad quem no se pronunció al respecto, la defensa omitió demostrar a la Corte la trascendencia de esta circunstancia y su incidencia negativa en el sentido de la decisión, dado que al hablar del interrogatorio y contrainterrogatorio que supuestamente hizo el representante de la sociedad, no relaciona qué tipo de preguntas dieron lugar a respuestas cuyo contenido fue tenido en cuenta por el sentenciador para concluir la culpabilidad del procesado, en orden además a verificar si el tipo de pregunta trascendió la facultad del Ministerio Público de hacer preguntas complementarias, es decir, interrogar sobre aspectos que no hayan quedado claros durante el interrogatorio, contrainterrogatorio, directo o redirecto.

En últimas, dicho reparo se quedó en el mero enunciado, no se demostró en que consistió la trasgresión al principio de igualdad de armas, ni tampoco su trascendencia en el fallo, por manera que la omisión del Tribunal en dar respuesta a esta alegación, resulta irrelevante.

Conforme con lo expuesto, el cargo de nulidad por falta de motivación de la sentencia será inadmitido, pues advierte la Corte que los motivos que a juicio del ad quem permitieron la confirmación de la condena, se expresan con claridad en la sentencia, los cuales tienen realción con el poder suasorio que le merecieron a los juzgadores de instancia, los testimonios de la menor, de los vecinos del procesado y de los profesionales que conceptuaron cómo la niña LRR, sí había sido sometida a un episodio de erotización temprana, frente a la falta de fuerza demostrativa de los testimonios traídos por la defensa. A lo anterior debe sumarse la falta de virtualidad de los alegatos impugnatorios de la defensa, pues incluso de haber sido acogidos por la Corporación de segundo grado, no tienen la virtualidad de cambiar el sentido del fallo.

Por tanto, no se trata de un problema de motivación deficiente, sino del desacuerdo que le merecen a la defensa las razones del Tribunal en punto de la fuerza demostrativa de la prueba de cargo que soportó la decisión de condena.

1. Respecto a la segunda censura que el casionista postula como violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho derivados de los falsos juicios de identidad respecto de los testimonios de Ana Rubiela Carreño Gaitán, la menor víctima LRR y la testigo perito Ana Milena Londoño, tampoco fueron argumentados de conformidad con los principios de la lógica y debida fundamentación.

En tratándose de error de hecho por falso juicio de identidad, que es el motivo que se invoca en la demanda objeto de estudio, “éste se presenta cuando el juzgador al

apreciar una determinada prueba, falsea su contenido material, bien porque le hace agregados que no le corresponden a su texto (tergiversación por adición), porque omite tener en cuenta apartes importantes del mismo (tergiversación por cercenamiento), o porque trasmuta su literalidad (tergiversación por trasmutación). Esto significa que lo primero que debe hacerse cuando se plantea esta clase de error es precisar qué dice la prueba que se afirma tergiversada, y cuál fue el contenido que el juzgador le atribuyó, en orden a evidenciar que entre una y otra existen discrepancias, y que por razón de éstas se le puso a decir lo que no dice”⁶.

Cualquier cargo de error de hecho por violación indirecta, como el mismo tiene que ver con el proceso lógico desplegado por el juez para valorar la prueba, exige de quien lo demanda, la carga argumentativa de hacer ver en forma expresa cuál fue el yerro, que en tratándose de falso juicio de identidad, exige del censor indicar la equivocación y la trascendencia de ésta, al igual que la confrontación del contenido de la probanza con las premisas utilizadas por el juzgador de instancia para dar por acreditada determinada circunstancia de manera que se evidencie la tergiversación, el cercenamiento o la transmutación de lo que el elemento de juicio muestra.

1.2.2 Para el presente caso, aunque el recurrente no precisa a qué tipo de tergiversación corresponde el yerro del Tribunal, sí señala en torno al testimonio de Ana Rubiela Carreño, que se puso a decir a la testigo algo que ella no dijo, esto es, que había tenido conocimiento directo sobre el ingreso, permanencia y salida de la menor LRR de la casa de Jorge Alberto Leyton Orozco.

Son varios los reparos que se advierten en esta censura, el primero de ellos, la calificación de este testimonio como prueba de referencia, pues el censor confunde este concepto con el de testigo de oídas.

1.2.2.1 Según el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia es toda

declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Los elementos de la prueba de referencia son entonces⁷:

- i. Una declaración realizada por una persona por fuera del juicio oral.
- ii. Que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir.
- iii. Que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas por ejemplo) y
- iv. Que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer un testimonio practicado por fuera del juicio, en orden a demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.

De otra parte, el testigo de oídas, es aquel cuyo conocimiento sobre un particular suceso, es adquirido a través de otras fuentes distintas a su percepción directa sobre los hechos, cuyo poder suasorio debe ser sopesado por el juez por la mayor o menor fiabilidad de esa fuente precaria de conocimiento⁸. La admisibilidad del testigo de oídas, a diferencia de la prueba de referencia, no se encuentra condicionada a las especiales situaciones que señala la ley, pues en todo caso puede accederse a su práctica, pero se enfrentará a problemas de idoneidad demostrativa frente a los testigos directos, lo cual dependerá de la valoración probatoria que en sana crítica haga el juez.

Por su parte, la prueba de referencia, no solo se enfrentará a inconvenientes sobre su poder suasorio, sino a cuestiones que afectan el debido proceso constitucional en lo que atañe a los principios que regulan la práctica de los medios de convicción en el juicio.

Con claridad se advierte que la situación de la testigo Ana Rubiela Gaitán, no corresponde con la de la prueba de referencia, pues en manera alguna el testigo que percibió directamente el ingreso de la menor LRR a la casa del procesado, estaba impedido para comparecer a declarar en el juicio, es más, el señor Fredy Orlando Brito, esposo de Ana Rubiela, acudió al debate público y declaró haber observado desde su casa el ingreso y permanencia de la menor en la casa de su vecino Jorge Alberto Leyton Orozco a tempranas horas de la mañana del 9 de marzo de 2009, elemento del juicio que respetó los principios que impone la práctica probatoria.

En tal medida, Ana Rubiela Gaitán, no es una testigo de referencia como lo quiere hacer ver el recurrente, sino una testigo de oídas frente a una particular circunstancia como lo fue el ingreso y permanencia de LRR en la residencia del procesado, pero testigo directo de circunstancias tales como haber observado a la niña rondando la casa

del acusado esa mañana antes de que su esposo la viera entrar, al igual que de haberla visto en más de una ocasión en esa misma actitud.

1.2.2.2 También incurre el casacionista en el error de entrar a discutir en sede extraordinaria la credibilidad de la testigo, por no haber presenciado en forma directa el ingreso de la niña a la casa del procesado, pues su conocimiento sobre este aspecto lo obtuvo por lo que le manifestó su esposo, cuestión esta que ninguna relación guarda con un falso juicio por parte del Juzgador de instancia derivado de un yerro en la valoración de la prueba, sino con el desacuerdo de la defensa respecto del poder demostrativo que el Tribunal le otorgó a este testimonio, siendo ello un debate propio de las instancias.

1.2.3 Lo mismo ha de decirse acerca de la crítica que lanza sobre la falta de valoración de aspectos importantes reseñados por el testimonio de la menor víctima LRR, puntualmente en lo que aludió a la descripción del agresor como el padre de una de sus amiguitas y al abuso del que fue víctima con anterioridad por un campesino de la región, lo cual califica como un cercenamiento de la prueba.

De todas formas, además de la identificación del error de hecho en la valoración de los medios de convicción, al recurrente también corresponde demostrar la trascendencia del vicio, esto es, que de no haberse cometido, la decisión sería la contraria, en este caso, de carácter absolutorio.

Claramente para el juzgador de segundo grado resultaron irrelevantes los aspectos del testimonio de la menor antes referenciados, pues de manera expresa señaló que no emergía medio de convicción alguno que pudiera desvirtuar el hecho que dio por probado, acerca del ingreso de LRR a la casa de Jorge Alberto Leyton Orozco, su permanencia allí, el arribo de la policía al lugar, y la falta de justificación para que la niña hubiera entrado a la casa del procesado, eventualidades éstas respecto de las cuales se

fundamentó el fallo. En tal medida, aún aceptándose que el testimonio de LRR fue cercenado, dicho yerro, resulta intrascendente frente a la identificación de los motivos que llevaron al Tribunal a confirmar la sentencia de condena.

1.2.4 Y por último, en lo que atañe al falso juicio de identidad respecto del testimonio de la perito psicóloga Ana Milena Londoño, es cierto que en su informe y luego en su testimonio, no aludió a que la niña haya en algún momento dado el nombre o apellido de su agresor, como sí se consigna en el numeral 4.2.1.7., de la sentencia de segunda instancia, sin embargo, dicho vicio por adición de la prueba, al igual que los demás que enunció la defensa, tampoco resultan trascendentes, pues los medios de convicción que sirvieron de fundamento para determinar la identificación del abusador al que la niña aludió como un “señor”, como el “papá de su amiguita”, fueron los testimonios de Ana Rubiela Gaitán y Fredy Orlando Brito, a partir de los cuales el Tribunal concluyó que era el señor Jorge Alberto Leyton Orozco.

En manera alguna el sentenciador de segunda instancia, para estructurar la responsabilidad del acusado, debió acudir al testimonio de la Psicóloga Ana Milena Londoño, pues este fue el fundamento probatorio para demostrar la existencia de la conducta, al conceptuar que la niña presentaba características indicativas de que había sido objeto de abuso.

Así las cosas, la Corte inadmitirá la demanda en relación con los reparos de falsos juicios de identidad, pues en su mayoría la argumentación de la defensa se dirige a atacar la credibilidad de la que dotó el Tribunal a algunos testimonios, lo cual no es posible en sede extraordinaria, y en lo que resta, el censor no demostró, es más no se advierte, que los posibles errores de hecho en la sentencia sobre los testimonios tratados en este capítulo, trasciendan hasta el punto de que al no haberse incurrido en ellos el fallo hubiera sido absolutorio.

1. Falso raciocinio respecto del testimonio de Fredy Orlando Brito Palmero.

En tratándose de error de hecho por falso raciocinio, corresponde a quien lo alega indicar en forma objetiva qué dice el medio probatorio, cuál fue la inferencia a la que equivocadamente arribó el juzgador y cuál es la correcta, así como el mérito persuasivo otorgado y el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia que fue desconocida en el fallo. También corresponde al recurrente identificar la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada y la trascendencia del error en aras de establecer que de no haberse incurrido en el yerro aludido, el sentido de la sentencia hubiera sido sustancialmente opuesto a aquel contenido en la decisión atacada por vía del recurso extraordinario.

El falso raciocinio se concreta en una equivocación en el proceso de valoración crítica del medio de convicción que funda la sentencia, por lo cual entra en contradicción con un razonamiento lógico y/o científico que conlleva a una conclusión errada. De allí que se atribuya al demandante, no la mera enunciación de la trasgresión a las reglas de la sana crítica, sino la carga de identificar cuál regla de experiencia, de la lógica o de la ciencia se desconoció, y cómo, tal desconocimiento trascendió en el resultado del fallo, es decir, debe hacer ver el casacionista la conclusión absurda a la que arribó el juez de segundo grado como resultado de un equivocado razonamiento.

El anterior ejercicio fue omitido por el casacionista, pues de principio a fin al desarrollar su crítica sobre este testimonio, se dedica a atacar la credibilidad del testigo, poniendo en evidencia las contradicciones en las que incurrió Fredy Brito, frente a otras declaraciones, a quien tacha de querer sindicar al procesado por los problemas de vecindad existentes en ambos.

Por obvias razones, al poner en entredicho lo manifestado por este testigo, el

ensor no indica cuál máxima de la experiencia o de la lógica fue vulnerada, cuál fue la inferencia a la que arribó el Tribunal y cuál de acuerdo con esas reglas, era la conclusión correcta, pues se reitera, la crítica a este medio de convicción corresponde con el ejercicio del derecho de contradicción sobre la prueba, propio de las instancias, motivo por el que el cargo de falso raciocinio, será inadmitido.

1.4 Por último, la defensa alude a los testimonio de María Benilde Carreño y Omar de la Hoz Matamoros, respecto de los cuales, aunque sobre el primero dice que fue tergiversado, y del segundo, que no fue tenido en cuenta, no demuestra qué tipo de defecto se trata y vuelve a incurrir en un ejercicio de contradicción probatoria sobre la carencia de poder suasorio de dichas declaraciones, atacando la credibilidad de sus dichos, lo cual como ya se dijo en precedencia, corresponde a las instancias, y no intentar exponer ante la Corte argumentos encaminados a restar o a sumar la fuerza demostrativa de las pruebas, por que la casación no es una tercera instancia.

Por lo anterior, deviene necesaria la inadmisión del libelo por todos los cargos propuestos.

MECANISMO DE INSISTENCIA

Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decida no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala en los siguientes términos⁹:

“(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con fundamento en los cuales la Sala decidió no admitir la demanda, o para demostrar por qué no empece las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su facultad oficiosa para superar sus defectos y decidir de fondo.

(v) Es potestativo del Magistrado disidente 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 último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

(vi) El auto a través del cual no se admite la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se admite la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es “mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado,

facsimilar, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”, se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante, como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala, si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la misma, de la demanda, del auto por el cual no se admitió y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado interesado un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jorge Alberto Leyton Orozco.

Contra esta decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Auto del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322, entre otros.

2 Auto del 28 de julio de 2008, radicado 29.695.

3 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia: radicación 16.363 del 30 de julio de 2002.

4 Casación del 11 de febrero de 2004, radicado 17795

5 Casaciones del 25 de marzo de 1999 radicado 11279 y del 10 de mayo de 2006, radicado 22082.

6 Casación 15.586 de octubre 16 de 2002.

7 Casación 24477 del 6 de marzo de 2008

8 Casación 16330 del 7 de noviembre de 2002

9 Auto del 12 de diciembre de 2005 (radicado 24.322).