

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado ponente

AP2649-2018

Radicación n.º 50913

Acta n.º 211

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

I. V I S T O S

La Sala se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fermín Gualberto Rodríguez Beltrán contra la sentencia del 30 de mayo de 2017, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la condena impartida en primera instancia contra el mencionado por el delito de acceso carnal abusivo con persona incapaz de resistir.

II. H E C H O S

Para el mes de enero de 2012, en el sector Laguna Azul del municipio de Ubalá (Cundinamarca), la señora María Bárbara León Amaya, entonces de 41 años de edad y quien sufre de un trastorno de desarrollo cognitivo grave, estando al cuidado de su hermana María del Carmen León Amaya, fue abusada sexualmente por el compañero sentimental de esta Fermín Gualberto Rodríguez Beltrán, quien la besó, le tocó sus partes íntimas, y le introdujo el miembro viril en la vagina en al menos tres oportunidades. La denuncia fue

formulada por Blanca Flor Acosta Amaya, hermana de la ofendida.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia concentrada celebrada el 11 de septiembre de 2014 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Gachetá (Cundinamarca) tuvo lugar la legalización de la captura de Fermín Gualberto Rodríguez Beltrán, a quien la fiscalía le imputó el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso (art. 210 y 211, numerales 5º y 7.º, del C. Penal), cargo que aquel no aceptó. Seguidamente, el imputado fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El escrito de acusación, en los mismos términos que la imputación sin las causales de agravación del artículo 211 del C. Penal), fue radicado por el fiscal seccional de Gachetá el 5 de noviembre de 2014; su formulación tuvo lugar en audiencia celebrada, con la presencia de la representante de la víctima, el 9 de diciembre de 2014 ante el Juzgado Penal del Circuito de Gachetá. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 27 de agosto de 2015; en ella la fiscalía y la defensa acordaron estipulaciones. El 1.º de septiembre siguiente, el despacho reconoció personería para actuar al representante judicial de la ofendida.

La audiencia del juicio se desarrolló en siete sesiones, celebradas entre el 11 de febrero y el 15 de diciembre de 2016. A partir de la quinta sesión, que tuvo lugar el 13 de octubre, la causa fue asumida por un nuevo juez, en atención a que el funcionario que venía tramitando la actuación renunció a su cargo con el fin de posesionarse en un nuevo cargo en la Procuraduría General de la Nación. El nuevo juez adoptó las medidas -que en acápite posterior se detallan- con el fin de conjurar los efectos de una posible violación a los principios de inmediación y concentración; para tal efecto, propuso a las partes dos fórmulas de solución.

La audiencia terminó con la presentación de alegatos finales ante el nuevo juez, el anuncio

del sentido condenatorio del fallo, y el traslado del artículo 447 del C. de P. P.

2. El 19 de diciembre de 2016, el Juez Penal del Circuito con función de conocimiento de Gachetá condenó a Fermín Gualberto Rodríguez Beltrán a la pena principal de 13 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la pena privativa de la libertad, como autor del delito por el que fue acusado; asimismo, le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto penal de la prisión domiciliaria.

Apelada por la defensa, la decisión del a quo fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 30 de mayo de 2017. En su contra, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y lo sustentó por escrito de manera oportuna.

IV. LA DEMANDA

Con apoyo en la causal de casación prevista en el numeral 3.º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el censor formula tres reproches o cargos principales, a través de los cuales denuncia que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho, en la modalidad de falsos juicios de identidad, falsos raciocinios y falsos juicios de legalidad que lo condujeron a violar indirectamente la ley sustancial. A través de un cargo subsidiario reclama la nulidad parcial de lo actuado por violación al principio de inmediación.

Aspira con la demanda a que se le respete a su asistido la garantía del principio de inmediación y a que se haga efectivo el derecho material, de modo que se reconozca la duda probatoria y la presunción de inocencia, pues la médico legista concluyó que: “ni el ginecólogo más experto puede determinar si la paciente ha tenido vida sexual”.

Bajo el rótulo de cargo primero, y con sustento en la causal tercera de casación, el demandante alega que la sentencia incurrió en “errores de hecho por falso juicios de identidad, y por falso raciocinio, y por errores de derecho, por falso juicio de legalidad, en la

producción del testimonio de la víctima María Bárbara León y en el de la denunciante Blanca Flor Acosta”, los cuales condujeron a la aplicación indebida de los artículos 9.º, 10.º, 11, 12, 31 y 210 del Código Penal, y falta de aplicación de los artículos 29.4 de la [Constitución Política](#), 7.º y 381 de la Ley 906 de 2004.

Agrega que los yerros denunciados se materializaron en la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio oral, “especialmente el testimonio de la pretendida víctima María Bárbara León Amaya, testigo de excepción en que descansa la declaratoria de responsabilidad de mi representado”, por ello se deben restablecer las garantías y el derecho material del procesado.

Tras aludir al principio de la presunción de inocencia, su consagración en la [Constitución Política](#), en la Ley y en instrumentos internacionales, alega que el a quo y el ad quem fueron uniformes en otorgar poder suasorio al dicho de la médico forense Silvia Juliana Velandia Borrero, de la siquiatria forense Heidi Chica Urzola y de la hermana de la víctima Blanca Flor Acosta Amaya, “pero al valorar la prueba distorsionan el sentido objetivo de los citados medios probatorios, ya que fue cercenado lo relacionado con la imposibilidad de entrar a determinar el acceso carnal, haciéndole producir efectos jurídicos que no se desprenden de su real contenido”, así como la conclusión de “historia sospechosa de abuso sexual” plasmada en el informe técnico legal sexológico.

Los juzgadores incurrieron en falso juicio de identidad por cercenar y excluir el testimonio e informe de la médico forense Velandia Borrero, pues esta dijo que era imposible saber si María Bárbara León tenía vida sexual, y por eso consignó en su informe que se trataba de una sospecha de acceso carnal. Subraya que fue la hermana de la víctima quien suministró toda la información de la paciente, y que la conclusión de acceso carnal es una distorsión de la identidad de la expresión “camine la culeo”. Asimismo, la forense depuso en el juicio que no podía confirmar si existió una penetración por parte del hoy procesado.

El demandante agrega que recayó un falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio de la siquiatria Heidi Chica Urzola; esta dijo que la examinada se encontraba desorientada, que era difícil entenderla, que padecía un trastorno mental grave, que ante preguntas de connotación sexual se rio y no respondió, y que al ser interrogada sobre si había tenido relaciones sexuales respondió “que no las ha tenido”. Así, el sentenciador distorsionó objetivamente las expresiones de la declarante para cercenar aquella parte en que la víctima no supo decir cómo había sido accedida ni contestar las preguntas de contenido sexual.

El juzgador incurrió en falso raciocinio al apreciar la declaración de María Bárbara León Amaya, quien resulta ser testigo único, y cuyo testimonio fue el fundamento de la condena, no obstante que del estudio del conjunto probatorio solamente emergen dudas. Por tanto, dice, se debe proferir el fallo absolutorio a favor de su asistido.

Precisa que la censura radica en la “ilimitada credibilidad” que le dispensó el juzgador al dicho de María Bárbara Amaya y Blanca Flor Acosta, sin advertir los parámetros fijados en el artículo 404 del C. de P. P. Así, la sentencia no tuvo en cuenta los testimonios de la defensa (los de María del Carmen León, Argenys Rodríguez León, Hernando Edilberto Rodríguez y Homero Rodríguez) “por sus lazos de familiaridad con mi defendido”.

De esta forma, asegura el libelista, el fallador creó una regla de la experiencia equivocada, apartada de las máximas de la experiencia e indemostrable, según la cual: “siempre o casi siempre que un familiar del acusado declara en juicio trata de favorecerlo”, cuando lo que la experiencia demuestra es que: “cuando se es familiar del acusado nunca o casi nunca se miente en favor del procesado”.

Adicionalmente, se violaron las reglas de la experiencia en la apreciación del testimonio de María Bárbara Amaya León, pues padecía de un trastorno de desarrollo intelectual grave asociado a un trastorno de lenguaje que limita su capacidad de comunicación, además de

que aquella no conocía el concepto de relación sexual, tiene la capacidad mental de un niño de 3 años de edad, incurre en inconsistencias y contradicciones sobre aspectos esenciales, y además era testigo único. A pesar de todo lo anterior, la sentencia “le da ilimitada credibilidad”. De haber observado las reglas de la experiencia, el sentenciador habría absuelto al procesado, pues, según aquellas y el acontecer cotidiano y universal, resulta improbable que los hechos narrados por Amaya León hayan ocurrido realmente.

El recurrente avanza en su escrito denunciado el error de derecho por falso juicio de legalidad en la recepción del testimonio de María Bárbara León practicado el 30 de marzo de 2016, pues estuvo “plagado de preguntas tanto capciosas como sugestivas” formuladas por la fiscalía, las cuales fueron objetadas por la defensa, en la medida en que con sus gestos el representante del ente acusador sugirió las respuestas, lo que dio lugar a que el juez lo conminara para que interrogara correctamente.

Dicho testimonio ha debido ser excluido, pues además de la ilegalidad en su práctica, resultó incomprensible por haber trasgredido el artículo 144 de la Ley 906 de 2004 (“el idioma oficial en la actuación será el castellano”). Además, tanto la médica como la siquiatra forense dejaron constancia de que Blanca Flor Acosta, hermana de la examinada, suministró la información de aquella y le sirvió de intérprete sin haber sido acreditada ni posesionada como tal, conforme lo ordena el citado art. 144. Agrega que fue desconocido el mandato del artículo 396 del C. de P. P., pues mientras declaraba María Bárbara su hermana Blanca Flor Acosta fue conminada a salir del recinto y no lo hizo, lo que le valió el llamado de atención de la defensa. Agrega que el fallo no analizó el interés económico que advirtió la deponente últimamente mencionada, quien aceptó haber solicitado al hoy procesado la entrega de cinco millones de pesos por retirar la denuncia.

Alega que el Tribunal miró de soslayo las falencias reseñadas; que no advirtió la regla de la experiencia según la cual siempre o casi siempre que se presentan contradicciones sobre aspectos principales de un testimonio se afecta su credibilidad; reitera que la

responsabilidad del procesado se fundó en el dicho único de la víctima, quien padecía de un grave trastorno intelectual que no le permitía entender ni comunicarse; e insiste en el interés económico aceptado por la testigo de cargo, todo lo cual necesariamente conducía a la duda probatoria.

El impugnante pide que se case el fallo recurrido y, en su lugar, se profiera el absolutorio de reemplazo.

Enseguida, bajo el título de cargo cuarto (que más adelante identifica como cargo segundo), subsidiario, formulado al amparo de la causal segunda de casación de que trata el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el impugnante alega la “nulidad por violación a garantías fundamentales” (art. 457 del estatuto procesal penal), por desconocimiento de los principios de concentración, inmediación e inmutabilidad judicial (art. 454, inciso tercero, del C. de P. P.), toda vez que el funcionario que presidió la parte del juicio en la que se practicaron las pruebas no fue el mismo que las apreció y anunció el sentido del fallo.

Como consecuencia de dicha irregularidad se dictó la sentencia condenatoria, cuando en realidad ha debido repetirse el juicio oral para que el mismo juez que presidió la práctica probatoria emitiera el sentido del fallo, tal como lo manda el artículo 454 del C. de P. P.

Como así no sucedió se incurrió en un vicio de estructura, y se vulneraron los principios de inmediación y concentración, tal como lo adujo la defensa en la apelación contra la decisión del a quo.

Así, el juez que dictó la sentencia no pudo vivenciar la dificultad mental y verbal de María Bárbara León, tampoco que el fiscal se aprovechó de su debilidad mental para gesticular las respuestas a sus preguntas, las objeciones de la defensa y la actitud grosera de la testigo Blanca Flor Acosta hacia la defensa, además porque la audiencia, que duró casi un año y no un tiempo breve, se grabó en audio y no en video, pues el despacho no tenía esa tecnología.

Luego de citar algunas decisiones de la Corte sobre los principios de inmediación y concentración, insiste en la violación de las garantías del procesado (art. 8.º del C. de P.P.) por cuanto el juez que dictó el fallo no fue el mismo que presenció la práctica de las pruebas, quedando así incompleto el principio de inmediación. Admite que este principio no es absoluto, que se debe armonizar con otros principios, que la repetición de las pruebas por razón de su desconocimiento debe ser una situación excepcionalísima, y que si bien es cierto que el funcionario judicial no debe promover la revictimización, también lo es que también debe proteger las garantías del acusado. A la víctima, dadas sus dificultades para expresarse, se le garantizó el derecho a estar acompañada de una sicóloga del ICBF, quien intervino para verbalizar lo que aquella quiso decir.

Agrega que la percepción directa del lenguaje no verbal de la víctima hacía que el registro de audio no fuera suficiente, pues este solamente se puede utilizar para el recurso de apelación, como lo ha dicho la doctrina extranjera, y sin que se entienda que los medios técnicos puedan desplazar el principio de inmediación. Así, las circunstancias excepcionales que permiten limitar la inmediación del juez no se cumplen en este caso, y el análisis de registros se permite para la segunda instancia y la casación, mas no para el trámite del juicio oral, como lo prescribe el art. 146 de la Ley 906 de 2004.

Todo lo anterior configura un vicio de estructura procesal y de las garantías reguladoras de la fase del juicio, que debe ser castigado con la declaratoria judicial pertinente. Agrega que la nulidad que reclama no puede ser negada por la sola prevalencia de los derechos de las víctimas discapacitadas; asegura que el peligro de revictimización no existe, pues la víctima fue entrevistada por diversos profesionales “y en ninguna de ellas dejó constancia expresa de su revictimización”. Agrega que algunos de los testigos son servidores públicos que por ley deben concurrir a un hipotético nuevo juicio, y los otros son particulares, familiares de la víctima, interesados en los resultados de la investigación.

Concluye que resulta pertinente declarar la nulidad, conforme el inciso primero del artículo

457, en concordancia con el 458, de la Ley 906 de 2004. Cita los principios que rigen las nulidades, dice que la convalidación por parte de la defensa no existe, y que el principio de instrumentalidad se cumplió parcialmente pues las pruebas se practicaron de manera oral bajo el principio de contradicción, pero se desconoció el principio de inmediación.

El censor le pide a la Corte que disponga la nulidad de la actuación desde el inicio de la audiencia oral.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala anticipa su decisión en el sentido de inadmitir la demanda de casación, toda vez que evidentemente carece de las necesarias exigencias formales y materiales, así como del rigor argumentativo y de postulación que debe regir su presentación.

En particular, debe decirse, en síntesis, que al margen de la deficiente postulación de los cargos o reproches, lo cierto es que estos se fundan en la personal apreciación probatoria del libelista, apenas distinta a la del juzgador, y en una irregularidad que fue convalidada y cuya trascendencia no se acredita. Por parte alguna el libelo acredita la materialidad e incidencia de los yerros pregonados, o la necesidad de cumplir cualquiera de los fines de la casación.

Las razones de la inadmisión se precisan así:

1. Es del caso recordar que la sentencia de instancia llega a sede de casación amparada por la doble presunción de acierto y legalidad; de suerte que el juicio de constitucionalidad y legalidad al que se somete en virtud del recurso extraordinario no se puede edificar sobre nuevas apreciaciones probatorias, el personal juicio jurídico o probatorio del demandante, irregularidades intrascendentes o contradicciones probatorias ya resueltas en las instancias.

No es de recibo, entonces, emplear la casación para formular una discrepancia con la visión probatoria o jurídica del sentenciador, ni con el fin de tratar de convencer a la Corte de que otra apreciación o un distinto juicio es viable o más plausible, como tampoco edificar el ataque en irritualidades insustanciales, sino demostrar que las decisiones adoptadas en el fallo, las cuales le ponen fin al debate de instancia, son el producto necesario de alguno o algunos de los vicios -de estructura o de garantía- que son susceptibles de remediar en sede de casación, que no pueden ser otros que aquellos que se plasman en las diferentes causales previstas por el legislador y las modalidades que ha decantado la jurisprudencia penal.

La función del demandante en casación es bien distinta a la que cumple el sujeto procesal en las instancias, pues lo que debe hacer, si lo que censura es uno o varios errores de apreciación probatoria, es acudir al razonamiento elaborado por el sentenciador (no al suyo propio) y demostrar en él un error, de hecho o de derecho, cuya materialidad y relevancia debe dejar perfectamente demostrada. Su deber no es, pues, el de convencer a la Corte de que su personal apreciación de la prueba es más plausible que la plasmada en la providencia, ni alegar irregularidades probatorias intrascendentes, sino demostrar que los fundamentos jurídicos y probatorios de la sentencia, y de contera sus conclusiones, fueron el producto de evidentes errores de hecho o de derecho, o bien que las irregularidades procesales denunciadas en realidad representaron una lesión intolerable a los derechos y garantías de los intervinientes.

2. Ahora bien, cuando como en este caso, se acude a la causal tercera de casación - violación indirecta de la ley sustancial- al libelista le corresponde identificar claramente cuántos cargos postula, y precisar si al amparo de cada uno de ellos ofrece una o varias críticas, en el entendido de que no es recibo en esta sede proponer reproches excluyentes entre sí -a no ser que se formulen unos en subsidio de otros- pues si así sucede el impugnante faltaría al principio de no contradicción que rige el recurso extraordinario.

En este sentido, la demanda se presenta ostensiblemente confusa, pues no se sabe con certeza cuántos cargos propone el casacionista.

Ello es así porque, en últimas, no se tiene claridad en cuanto si cada uno de los reproches o ataques de violación indirecta de la ley corresponde a un cargo separado, o si todos los reproches o críticas de violación indirecta se postulan al amparo de un solo cargo por la causal tercera de casación.

La imprecisión en este aspecto es notable, pues inicialmente el libelista anuncia, bajo el confuso título de “cargos primero”, que el juzgador incurrió en dos errores de hecho y uno de derecho, y enseguida dice que con “los cargos así planteados” aspira a la absolución de su asistido.

Pero luego, bajo el citado título de “cargos primero”, desarrolla los errores de falso juicio de identidad, “falso juicio raciocinio” y el falso juicio de legalidad a través de una numeración desordenada y caótica que impide saber si cada uno de estos errores configura un cargo, o si tales errores hacen parte de un solo cargo. Y la postulación del cargo de nulidad aumenta la confusión, pues se presenta bajo el título de “cargo cuarto”, sin que antes el libelista hubiera precisado claramente cuáles eran los cargos segundo y tercero, y peor aún porque más adelante se dice en el mismo escrito que el cargo de nulidad viene a ser el segundo.

Así pues, la identificación del número de cargos y su evidente confusión con los reproches propiamente dichos que los desarrollan hace ininteligible la orientación de la demanda. Lo anterior no es una cuestión irrelevante o apenas formal, pues el censor y la Corte deben tener completa claridad sobre las consecuencias de cada uno de los cargos o reproches formulados –en el entendido de que cada cargo acarrea una consecuencia jurídica, mientras que diversos reproches formulados al amparo de un solo cargo apuntan a una misma consecuencia-, y poder determinar si existen cargos o reproches contradictorios.

3. En cualquier caso, los cargos o críticas de violación indirecta no dejan de ser

contradictorios en su formulación.

Dicha conclusión se sustenta en que el impugnante hace recaer en la apreciación del testimonio de la víctima un error de hecho en la modalidad de “falso juicio racionio”, pero al mismo tiempo (no se sabe si en cargo separado o en el mismo) un falso juicio de legalidad por deficiencias en su práctica, reproches que claramente son natural y lógicamente excluyentes entre sí –ya sea que hayan sido propuestos en el mismo cargo, o incluso en cargos separados sin precisar su prevalencia- pues natural y lógicamente no puede predicarse un yerro en la aplicación de las máximas de la sana crítica (falso racionio), respecto de una prueba que adolece de errores en su práctica o aducción. Y, de manera correlativa, para pregonar el falso racionio respecto de una determinada prueba es preciso que esta no venga afectada por irregularidades en su práctica o aducción.

Se insiste, entonces, en que los yerros de postulación de los reproches o cargos afectan gravemente la lógica de la orientación del recurso, sin que a la Corte le sea permitido dilucidar la intención del recurrente, o entrar a corregir el razonamiento casacional, por la expresa prohibición que le impone el principio de limitación.

4. Descendiendo aún más en el estudio de los cargos, surge nítido que los errores de hecho y de derecho que se mencionan no se configuran, o bien resultan intrascendentes.

En efecto, los cercenamientos o tergiversaciones probatorias –el demandante los alega simultáneamente- que se denuncian a través de los reproches de falso juicio de identidad no se configuran. Ello es así porque la sentencia permite ver a las claras que en verdad el Tribunal advirtió que la víctima es una persona con un grave déficit mental, que no comprende la naturaleza de las relaciones sexuales, que tiene dificultades en su comunicación, que la conclusión del examen sexológico fue de “sospecha de abuso sexual”, que del examen físico no se podía determinar el abuso sexual, que ante la médica Heidi Luz Chica Urzola la ofendida no dio una respuesta afirmativa sobre si había sostenido

relaciones sexuales porque no comprendía tal concepto, y que al examen sexológico no se halló desfloración del himen.

Todas las anteriores circunstancias, al contrario de lo que alega el censor, en verdad fueron tenidas en cuenta por el sentenciador, lo que descarta el falso juicio de identidad por cercenamiento o tergiversación alegados. Cosa distinta es que a la hora de apreciarlas, el ad quem no le hubiera dado el mérito que conviene a los intereses defensivos; fue así como, a pesar de las conclusiones de las forenses, el juzgador apreció que en verdad la víctima fue accedida.

A través del reproche de “falso juicio racionio”, el censor critica la “ilimitada credibilidad” que el juzgador le concedió al dicho de la ofendida, “a pesar de los parámetros señalados en el art. 404”; asimismo, que el sentenciador hubiera aplicado una regla de la experiencia según la cual: “siempre o casi siempre que un familiar del acusado declara en juicio trata de favorecerlo”, cuando en realidad la regla que ha debido aplicar es que: “cuando se es familiar del acusado nunca o casi nunca se miente en favor del procesado”.

Pues bien, dígame que las reglas que guían la apreciación del testimonio no son reglas de la experiencia, como la Corte ha tenido oportunidad de mencionarlo (CSJ, SP, auto del 3 de julio de 2013, rad. 39525); por tanto, concluir, como lo hace el libelista, que resulta improbable que los hechos narrados por aquella hayan ocurrido realmente, será el producto de su personal visión de las pruebas mas no una regla de la experiencia.

Por otra parte, carece de toda aptitud para demostrar el yerro de falso racionio la crítica consistente en la “excesiva credibilidad” otorgada al dicho de la ofendida; tal cosa no es susceptible de reproche en esta sede, pues en el sistema de apreciación probatoria propio del proceso de tendencia acusatoria no existe una tarifa legal que impida u obligue al funcionario judicial a conceder o negar lo que el impugnante denomina “excesiva credibilidad” a una u otra prueba.

Tampoco es de recibo para el mismo propósito el mecanismo consistente en traer una máxima de la sana crítica distinta a la empleada por el juzgador, con la pretensión de que se privilegie frente a la adoptada en la sentencia. Sobre esta forma de acreditar en sede de casación la existencia de un falso raciocinio, la jurisprudencia de la Sala tiene dicho que ese cometido no se consigue a través de “la propuesta de una máxima que pretenda desvirtuar el acontecimiento fáctico reconocido en el fallo materia de impugnación, sino (mediante) la misma elaboración teórica de la cual el cuerpo colegiado se valió para inferir, a partir de la prueba de un determinado suceso, la existencia de otro”. (CSJ SP 12 Sep. 2012, rad. 36824).

En conclusión, el falso raciocinio pregonado no es más que una pretensión inútil encaminada a hacer prevalecer frente a la apreciación judicial una distinta visión de las pruebas de descargo.

5. En cuanto al error de derecho por falso juicio de legalidad, dígase que si bien es cierto que en la declaración de la víctima aparecen las reiteradas constancias de la defensa sobre la manera en que el fiscal realizó el interrogatorio, también lo es que el demandante no identifica la trascendencia de dichas circunstancias, esto es, que por su ocurrencia lo vertido por la deponente hubiera sido alterado, o hubiera preordenado sus respuestas con clara incidencia en el resultado de la sentencia.

El reproche, o cargo, se queda, entonces, en la denuncia de una mera irritualidad, de la que no se acredita su trascendencia, pues a pesar de todo lo anterior, de las evidentes dificultades en la recepción del testimonio, la ofendida pudo describir por sí misma los actos de que fue objeto por parte del hoy procesado, incluso la penetración de orden sexual.

6. Por último, el cargo que el libelista rotula como cuarto, y al mismo tiempo menciona como segundo, mediante el cual alega la nulidad parcial de lo actuado por violación al principio de inmediación, no contiene un razonamiento idóneo para acreditar una situación

de tanta excepcionalidad que amerite desconocer otras garantías procesales superiores y derechos fundamentales de las personas vulnerables y especialmente protegidas, por el hecho de que el juez que practicó las pruebas no fue el mismo que anunció y dictó el fallo.

En efecto, aun cuando es cierto que el juez que anunció el sentido del fallo y lo profirió no fue el mismo ante quien se practicaron las pruebas, no lo es menos que dicha situación fue advertida por el propio funcionario judicial en el preciso momento de proseguir con el desarrollo de la audiencia del juicio oral, y fue por esta razón que adoptó las medidas necesarias encaminadas a que la situación procesal reseñada incidiera lo menos posible en el curso del trámite, medidas que fueron aceptadas y convalidadas por los intervinientes, incluido el abogado defensor. No solamente, aquellos aceptaron una de las soluciones propuestas por el funcionario judicial, sino que pudieron escoger la opción más conveniente a sus intereses.

De esta manera lo reseña el acta correspondiente a la quinta sesión de la audiencia del juicio, celebrada el 13 de octubre de 2016:

“Antes de seguir adelante, el señor juez deja constancia que se han adelantado cuatro sesiones, incluyendo la del día de hoy, haciendo referencia a las pruebas practicadas en cada una de las fechas en que se celebraron las mismas... de igual manera, se hace referencia a que hoy estaba señalado para continuar con este juicio y presentar los alegatos de conclusión... y anuncio del sentido del fallo; sin embargo, se advierte que como el anterior titular de este Juzgado, Dr. Luis Rafael Amaya López se desvinculó de la Rama Judicial para ocupar el cargo de Procurador II y el señor juez que preside la audiencia lleva aproximadamente 10 días como titular de este Despacho, por lo tanto, ha estado revisando entre otros, el presente proceso, el cual es bastante complejo y extensos los audios, máxime cuando en este asunto se está atacando la legalidad o validez de ciertas entrevistas recaudadas previas a la recepción de testimonios.

“Los anteriores argumentos del Despacho para manifestar que no se ha alcanzado a escuchar todos los audios, por lo que se hacen las siguientes propuestas: (i) que se presenten los alegatos de conclusión y se suspenda la audiencia para anuncio del sentido del fallo en otra sesión, o; (ii) que se hagan en una sola sesión, en virtud del principio de concentración e inmediación, la presentación de los alegatos de conclusión y anuncio del sentido del fallo; por consiguiente, la Fiscalía, el representante del Ministerio Público y la Defensa, se inclinaron por elegir la alternativa (ii) formulada por el Juzgado, así mismo, la Defensa solicita que se fije una fecha cercana toda vez que se está ante una persona privada de la libertad”.

“Es bueno señalar que inicialmente se había acordado con las demás partes e intervinientes el día jueves tres (3) de noviembre a las nueve (09:00) de la mañana, para la continuación de este juicio oral y adelantar la etapa de alegatos de conclusión y anuncio del sentido del fallo, así como el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 en el evento en que el mismo fuera condenatorio, por lo tanto se cerró la sesión a las 09:37 de la mañana...”.

Así las cosas, no cabe duda que la defensa, al igual que los demás intervinientes, convalidaron la particular situación que se generaba por el hecho de que las pruebas hubieran sido practicadas por un funcionario que intempestivamente renunció a su cargo, y la consiguiente necesidad de que el nuevo juez completara la escucha de los audios de la diligencia debido, precisamente, a lo complejo del asunto, medidas evidentemente eficaces para minimizar la lesión al principio de inmediación y que le permitieron al funcionario judicial advertir las dificultades en la práctica de las pruebas que hoy alega el casacionista.

Se sigue de lo anterior que el hecho de no haber presenciado por sí mismo el testimonio de la víctima no es motivo para predicar la inoperancia del principio de inmediación, pues la defensa pudo dejar las constancias que a bien tuvo, como consta en el registro de la diligencia.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que: “nunca la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo -o su sentido- es distinto de aquel encargado de presenciar la práctica probatoria trascendente, puede conducir a la anulación del juicio oral, consecuencia que, de solicitarse, obliga demostrar grave afectación de otros derechos o principios fundamentales” (CSJ SP 12 dic. 2012, rad, 38512, reiterado en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

De manera concordante con lo anterior, no se puede perder de vista, como bien lo argumentó el Tribunal, la necesidad en este caso particular de hacer prevalecer las garantías de una persona doblemente vulnerable frente a una escasa conculcación del principio de inmediación, al igual que el riesgo de revictimización por rehacer la fase probatoria del juicio, sin que sea de recibo admitir -como lo reclama el censor- que como la ofendida no manifestó su victimización con ocasión de las entrevistas rendidas entonces dicho fenómeno no se presentó.

Lo cierto es que la escasa lesión al principio de inmediación no solamente fue convalidado por la defensa y puede ceder ante intereses superiores, sino que el recurrente no acredita su incidencia en el debido proceso o derecho de defensa; y si eventualmente la práctica del testimonio de la víctima pudo salirse de los cauces normales fue porque sobre la deponente pesan especiales circunstancias de vulnerabilidad que permiten advertir que aquella no es una declarante normal, sin que ello impida que sus manifestaciones puedan entrar al juicio y ser ponderadas.

En conclusión, el sustento de la nulidad deprecada no avanza mucho más allá de enunciar las especiales situaciones presentadas en el proceso, las cuales fueron advertidas por el funcionario judicial, minimizadas sus consecuencias a través de medidas que fueron convalidadas por los intervinientes, todo lo cual torna el cargo intrascendente.

7. Por carecer de una debida fundamentación la demanda será inadmitida conforme así lo

dispone el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, sin que, por otra parte, del estudio de las diligencias la Corte encuentre motivo que amerite superar sus falencias, para asegurar oficiosamente el cumplimiento de las garantías fundamentales o los fines del recurso.

Contra la determinación de inadmitir el libelo procede el recurso de insistencia, en los términos en que la jurisprudencia de esta Colegiatura lo ha decantado (CSJ SP, 12 de diciembre de 2005, Rad. 25322).

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

VI. R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación formulada por el defensor del procesado Fermín Gualberto Rodríguez Beltrán. En contra de esta determinación procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria