

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP 4353-2014

Radicación n° 38379

(Aprobado Acta n° 243)

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil catorce (2014).

Con el fin de verificar si reúne los requisitos formales que condicionan su admisión, bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004, examina la Sala la demanda de casación presentada por el defensor de BJCC, contra el fallo de 28 de noviembre de 2011, mediante el cual el Tribunal Superior de (...) confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de esta ciudad, el 21 de septiembre de 2011, que lo condenó como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

En (...), a finales del 2008 y comienzos del 2009, BJCC, aprovechando la amistad y confianza que tenía con la mamá y tía de la menor L.1, quien contaba con 7 años de edad para esa época, en varias oportunidades la besó en la boca y le tocó sus genitales. Estos episodios ocurrieron en la residencia de la menor y en la de su tía, última donde el procesado vivía como arrendatario.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1.- El 15 de abril de 2010, se legalizó la captura y formuló imputación a BJCC, como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo², cargos que no aceptó. En audiencia subsecuente se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el domicilio.

2.- El 13 de mayo siguiente, la Fiscalía radicó el escrito de acusación en contra de BJCC, el que una vez repartido al Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, el 2 de agosto del año que corría, llevó a cabo la audiencia con esa finalidad por el mismo delito que le fue imputado³.

3.- El 28 de septiembre de 2010 y 11 de enero de 2011, se realizó la audiencia preparatoria⁴; el 19 de mayo y 9 de junio siguiente la audiencia del juicio oral⁵, al cabo del cual se anunció el sentido condenatorio del fallo.

4.- El 21 de septiembre siguiente, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de (...) condenó a BJCC, a la pena de 150 meses de prisión, a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo⁶.

5.- La anterior decisión fue recurrida por el defensor de BJCC y el 28 de noviembre de 2011, el Tribunal Superior de (...), la confirmó⁷.

6.- En desacuerdo con el fallo, el mismo apoderado interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cargo único

Con fundamento en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se formula un cargo por la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho.

1.- Falso juicio de existencia

1.1.- El censor afirma que el Tribunal omitió valorar el testimonio de la menor L., quien ante la cámara Gesell y la presencia de su representante legal y «demás partes que ordena la normatividad», narró lo ocurrido.

De forma contraria al planteamiento inicialmente formulado, el libelista pasa a decir, que el ad quem, sí tuvo en cuenta este medio de conocimiento y expresó, que a partir de la reseña observada en la sentencia de primera instancia la niña rindió testimonio en el juicio, evento en el que relató que el acusado le tocó los genitales y la besó en la boca.

Destaca el recurrente, que el mismo juzgador reconoce en el texto de la decisión, que no pudo verificar de manera directa lo dicho por la declarante, porque no encontró el registro de esa diligencia en la carpeta del expediente, pero que lo consignado en la decisión del a quo, sobre el contenido de esta prueba era confiable, pues, el juez que la dictó es quien estuvo a cargo de todo el juicio ante el que la víctima rindió la atestación y de ella realizó un resumen, sin que ninguna de las partes haya controvertido la apreciación del medio de conocimiento porque se haya tergiversado o distorsionado su contenido.

Para el demandante la anterior «actitud» del Tribunal es equivocada, dado que al advertir la ausencia de la grabación del testimonio de la niña, debió acudir al juzgado de instancia e indagar por el soporte documental para aportarlo al trámite, porque era claro que el

examen de esa prueba «es de vital importancia para el caso a resolver».

Agrega que como el testimonio de la menor es un asunto medular, el no traerlo «o ignorarlo» hizo que todos los juicios de valor elaborados a partir de «ese desconocimiento» resulten especulativos.

En su criterio, el juez de segundo grado no podía «suplantar» el testimonio de la menor y reemplazarlo con el dicho del juez en la sentencia, pues, con ello se rompe el principio de imparcialidad, conforme al cual ha dicho la Corte, que en el proceso penal no puede concurrir en la misma persona la calidad de juez y parte.

1.2.- El recurrente refuta que en el fallo se diga que el resumen de la declaración de la menor realizado por el juez de primer grado, corresponde al testimonio de la niña vertido en el juicio, porque el Tribunal no vio ni oyó a la víctima en la cámara de Gesell.

Para el demandante esta manifestación riñe con la lógica, porque si el ad quem, parte de aceptar que no pudo verificar lo dicho por la menor en el juicio, mal puede aseverar que el resumen que se hace de este testimonio en la sentencia de primer grado es el vertido por ella. Controvierte esta afirmación, pues, dice que constituye una contradicción al negar y afirmar al mismo tiempo la misma hipótesis.

1.3.- Refiere el libelista, que en la entrevista recibida a la menor L., aparece que la niña se expresa con los vocablos «bizcochito» y «mariposas en el estómago», palabras que en su criterio no son propias de su lenguaje e indica son producto de la imaginación de la policía judicial, porque la infante durante el tiempo que estuvo en la cámara de Gesell no utilizó esas verbalizaciones.

Agrega que estas circunstancias no las pudo verificar el Tribunal al «ignorar y omitir» la contemplación del testimonio de L., ni que examinara su dicho con lo que la declarante

expuso ante la sicóloga de la DIJIN y la médica forense.

Para finalizar la formulación del reproche, concluye que se profirió un fallo «abiertamente contrario a su real desenlace», dado que se estableció que muchas de las palabras fueron «puestas en la boca» de la niña, las que no corresponden a su lenguaje normal.

2.- Falso juicio de legalidad

2.1.- El demandante plantea que en el recaudo de la entrevista recibida a la menor L., por la sicóloga de la DIJIN, no se cumplió con el presupuesto de legalidad establecido en el artículo 145 de la Ley 1098 de 2004, consistente en que estuviera acompañada de un defensor de familia.

Señala el libelista que si bien se dice que en el momento de su práctica estuvo presente el citado profesional, en el acta no se demuestra este hecho, pues, ni siquiera se conoce su nombre ni existe firma de éste.

Alega que en el desarrollo de esa diligencia la actividad desplegada por la sicóloga fue parcializada, pero que entiende ese comportamiento de la profesional, porque sabe que ella hace parte del grupo de policía judicial que apoya a la Fiscalía en el desarrollo del plan metodológico.

En consecuencia, reclama que la entrevista no se puede «admitir» al haberse realizado por fuera de las formalidades legales; que tampoco, es válida como peritaje.

Agrega el demandante, que el fallador desconoció el contenido del artículo 206 de la Ley 906, en el que se establece, que la entrevista se realizará observando las técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto de investigación.

2.2.- En criterio del recurrente, también se incurrió en un falso juicio de legalidad al apreciar el dictamen pericial sexológico practicado a la menor L., porque la perito en su elaboración fue más allá de las facultades otorgadas para la valoración médico legal solicitada y le recibió a la niña un «extenso» relato, respecto del que luego emitió juicios de valor sobre su credibilidad.

Para el censor, la perito se extralimitó en las facultades que le otorga la Guía Abreviada de Examen Sexológico Forense, redactado por el Instituto Nacional de Medicina Legal en 2006, sin precisar a qué parámetros se refiere.

Dice que se trata de una situación grave porque se estaría «avalando» para que cualquier perito realice conclusiones sobre aspectos que no son de la competencia de su profesión.

Destaca que el ad quem en la sentencia revisó el tema y aceptó que la médica forense desbordó el ámbito de su rol, al incursionar en valoraciones relacionadas con la credibilidad de la exposición efectuada por la menor y ante el error precisó, que al revisar la decisión del juez de primer grado, observó que éste advirtió la irregularidad y acertadamente hizo abstracción de su contenido.

Solicita se case el fallo para que en su lugar se absuelva al acusado BJCC.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La demanda presentada por el defensor de BJCC, contiene plurales errores de lógica argumentativa, imprecisiones y omisiones jurídicas, motivo por el cual será inadmitida.

2. Previo a exponer los motivos para tomar esta determinación, se debe remitir la Sala al inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, en cuanto, establece que no será seleccionada la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos

de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

3.- Pues bien, bajo el concepto de cargo único, el demandante formula la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho.

3.1.- Como el recurrente parte de plantear que el Tribunal no valoró el testimonio rendido por la menor L., resulta oportuno precisar, que conforme al reiterado criterio de la Sala, el denominado error de hecho por falso juicio de existencia al que acude el libelista, tiene ocurrencia cuando el juez omite apreciar una prueba legalmente producida o incorporada al proceso, o infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte del mismo por no haber sido producido o incorporado.

Frente a esta hipótesis, el demandante tiene la carga de identificar el medio de prueba que en su criterio se omitió valorar, establecer la incidencia de esa irregularidad en la decisión que se controvierte, lo cual comporta la necesidad de acreditar que el fallo atacado no se mantiene con otros elementos de juicio y demostrar de qué forma se violó la ley sustancial con ese defecto de apreciación, ya sea por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Al confrontar estos derroteros con los planteamientos realizados por el actor, se advierte que su proposición es contradictoria y no se ajusta a la realidad procesal.

En efecto, verificado el contenido de la sentencia de segundo grado es evidente que el Tribunal sí apreció la declaración echada de menos por el censor, a la cual dedicó especial y fundamental atención para declarar con base en ella, la ocurrencia del delito y la responsabilidad de BJCC.

La insustancialidad de la censura es evidente, pues, desde la misma formulación en la demanda, paradójicamente el libelista señaló que el ad quem efectivamente había

tenido en cuenta la declaración de la infante.

Es manifiesto que desde que el censor evocó la decisión recurrida, partió de la reseña en donde el juzgador enfatizó lo que la niña había narrado. Específicamente que el acusado la besó en la boca y le tocó sus genitales.

También se corrobora con lo expresado en el libelo que la declaración de la niña L., se surtió durante el desarrollo del juicio en presencia del apoderado del acusado, de la defensora de familia y de los demás intervinientes y que fue apreciada por los juzgadores.

Estas afirmaciones del censor llegan al punto de controvertir que el Tribunal, ante la ausencia del registro, para asignarle mérito a la prueba que reclama omitida, se basó en el resumen que para el efecto realizó el juez de primer nivel.

De esta manera el recurrente acepta que el medio de prueba si fue contemplado. Con ello, niega y afirma de forma simultánea la misma premisa y convierte el cargo en una contradicción incomprensible, ausencia de claridad suficiente para inadmitirlo.

Adicionalmente y como el demandante también señala irregular la ausencia del registro que contiene este testimonio, debe precisar la Corte que esta falencia técnica desde la específica visión del error de hecho propuesto –falso juicio de existencia por omisión-, carece de toda trascendencia, dado que resulta incontestable que la prueba efectivamente sí existió, se incorporó, fue valorada y las partes no refutan su participación en la formación y aducción al juicio, actividades procesales en las que ejercieron el derecho de contradicción.

Referido a esta temática, cabe recordar que la Corte ha dicho, que en los eventos en los que los registros técnicos del trámite del juicio oral no cuenten con un buen audio que permita conocer lo debatido o no se hayan podido recuperar por fallas en el sistema, estas situaciones por sí solas no son suficientes para desechar los medios de

convicción que se recogieron en el acto, mucho más, en los eventos en los que las partes e intervinientes no ponen en duda que el evento procesal y probatorio se verificó, como aquí ocurre, donde la misma defensa en su condición de recurrente elabora la censura desde la incuestionable existencia del medio de prueba (CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 35391; 11 may. 2011, rad. 35668; y 23 ene. 2013, rad. 40421).

En este caso, no se puede perder de vista que el juzgador de primera instancia, en ejercicio de los principios de inmediación y concentración, intervino en su producción y aducción, dando fe de lo allí ocurrido y en la sentencia de esa instancia incorporó un resumen de lo declarado por la menor víctima, con base en lo percibido personalmente, siendo valorado para sustentar la decisión.

En tales condiciones, la alegación corresponde a una disertación completamente inocua, por ende, sin trascendencia, motivo suficiente para disponer su inadmisión.

En este mismo cargo el demandante guía su discurso a discutir que las expresiones «bizcochito» y «mariposas en el estómago» que aparecen en una entrevista de policía judicial no son propias del lenguaje de la edad de la víctima y que ellas son producto de la imaginación de los investigadores, circunstancia que no pudo ser apreciada por el Tribunal dada la imposibilidad de contrastarlas con el testimonio de la menor; sin embargo, encuentra la Sala que de esas frases sí se hizo alusión en la sentencia con ocasión al mismo planteamiento que aquí se propone y formulado por el censor en el recurso de apelación por él interpuesto.

Al respecto el ad quem de forma razonable consideró, que esa clase de lenguaje en nada afectaba la claridad que la niña había tenido en el juicio para indicar que los tocamientos habían sido en sus partes genitales.

Observa la Corte que a partir de estos señalamientos fue que se realizó el juicio de reproche al acusado, dado que para ello la segunda instancia dirigió su atención al

contenido del testimonio de la niña evocado por el a quo, en el que la menor indicó que BJCC, en varias oportunidades la había besado en la boca y realizado caricias de esa naturaleza. Se ratifica entonces, que la declaración si fue valorada.

3.2.- Como en la segunda parte de la censura se alegan de forma simultánea dos errores de derecho por falso juicio de legalidad, motivados en la forma como se recaudó la entrevista rendida por la menor L., y la valoración del dictamen sexológico practicado a la niña, es necesario recordarle al recurrente, que la Corte tiene suficientemente decantado que este motivo de casación, gira alrededor de la validez jurídica de la prueba, o lo que es igual, de su existencia jurídica, y suele manifestarse de dos maneras: “a) cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, le otorga validez jurídica porque considera que cumple las exigencias formales de producción, sin llenarlas (aspecto positivo); y, b) cuando se la niega porque considera que no las reúne, a pesar de cumplirlas (aspecto negativo)” (CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 26613; y 20 feb. 2001, rad. 15042).

Igualmente, que es presupuesto para la demostración de esta clase de ataques la precisa identificación del medio de conocimiento sobre el cual se dice recae el error y acreditar que el sentenciador le otorgó valor a una prueba que no cumple con los requisitos legales previstos para su formación o aducción al proceso.

Para ello es un imperativo e ineludible señalar los preceptos que gobiernan la ritualidad específica establecida para cada uno de los medios de conocimiento, demostrar con claridad y precisión cuál fue el requisito pretermitido con la exposición de los argumentos que permiten llegar a esa conclusión.

Como se advierte en el libelo, estos presupuestos no se satisfacen. Inicialmente, porque la censura no se soporta con ocasión a un medio de prueba, dado que el actor la

dirige contra un acto de investigación. A una entrevista practicada por la Fiscalía General de la Nación, previa al debate oral y rendida por la menor L.

Cabe precisar que las actividades de policía judicial no hacen parte de los medios de prueba estrictamente considerados en la ley procesal, como de forma equivocada lo entiende el libelista. La entrevista corresponde a la categoría de los actos de investigación, los cuales son recaudados de manera anterior al juicio y por cualquiera de las partes en camino a construir la teoría del caso, pues, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, ésta -la entrevista- constituye una herramienta que también puede ser utilizada en el momento del debate oral con las finalidades de refrescar la memoria o impugnar la credibilidad de los testigos, con la salvedad, de que los hechos discutidos en el juicio a partir de ella, se tienen por incorporados al testimonio que le es inherente, al haber sido sometidos a las dinámicas de contradicción y confrontación y llevada al conocimiento del juez.

El demandante no acreditó que en el recaudo del testimonio de la menor L., se hubiera incorporado la entrevista a la que alude, menos aún que haya ocurrido con alguno de los fines antes reseñados -impugnar credibilidad o refrescar memoria-, tampoco la valoración que de esta dinámica probatoria se haya realizado por parte de los falladores, dejando desprovista de sustentación la premisa enunciada.

También resulta infundado el reproche cimentado en que la médico que rindió el dictamen sexológico extralimitó sus facultades y emitió juicios de valor que no le correspondían.

De las propias afirmaciones del demandante se desprende su absoluta irrelevancia. Destacó el censor que el Tribunal en el mismo momento que advirtió en el fallo la equivocación en que incurrió la experta en el dictamen, refirió la corrección que se había realizado en la instancia con la abstracción de su contenido, comportamiento procesal

que siguió el mismo fallador de segundo grado.

Es decir, se evidenció por el ad quem, que el a quo, no las tuvo en cuenta y a su turno, obvió conforme y excluyó las manifestaciones en las que la perito emitió juicios de valor, precisamente por considerarlas contrarias al ordenamiento procesal, por no haber sido facultada para ello.

En consecuencia, resulta evidente que la censura es infundada y carece de trascendencia en la medida en que no abarca la totalidad de los medios de prueba sobre los cuales se basó la decisión del Tribunal, para declarar penalmente responsable a BJCC.

Es que el libelista dejó de lado que los falladores para emitir la decisión de condena también partieron del testimonio de NJT, madre de la menor abusada, a partir de la cual se estableció que BJCC, en la calidad de amigo de ésta y su hermana, aprovechó su cercanía para abordar a la niña, mostrarle cariño y generosidad, espacio que utilizó el encartado para realizar actos de connotación sexual.

Con ocasión a este medio de prueba, el libelista no dijo nada, declaración que para los jueces resultó ser una fuente significativa de conocimiento.

Debe destacar la Corte, que el cargo corresponde a un alegato generalizado en el que el demandante pretende imponer su criterio sobre el de los falladores de instancia, sin acreditar error con la idoneidad para enervar la sentencia, el cual llega a esta sede revestido de la doble presunción de acierto y legalidad, susceptible de remover, solo a través de la demostración de las causales de casación establecidas por la ley y desarrolladas conforme a los parámetros establecidos en la jurisprudencia, tarea que no cumple el recurrente.

Por último y adicional a lo anterior, de la revisión del expediente no se advierte la

vulneración de alguna garantía fundamental que amerite el ejercicio de las facultades oficiosas de la Corte, tampoco la necesidad de superar los defectos de la demanda para que en cumplimiento de los fines del recurso extraordinario deba pronunciarse.

4.- De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra el presente auto, procede el mecanismo especial de insistencia, dentro de los términos y parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 5 sep. 2012, rad. 36578; y 17 feb. 2013, rad. 37948, entre otros).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de BJCC, conforme a lo expuesto en precedencia.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia, según lo indicado en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria.

1 La Corte reserva la identidad de la menor en cumplimiento de lo ordenado en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 Fol. 54 de la carpeta.

3 Fol. 114 de la carpeta.

4 Fols. 125 y 155 y de la carpeta.

5 Fols. 172, 198 200 de la carpeta.

6 Fol. 219 de la carpeta.

7 Fol. 17 del cuaderno No. 1.