

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP4730-2015

Radicación N°. 46312

(Aprobado Acta N°. 283)

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina las demandas de casación presentadas por los defensores de Hugo Buitrago Adrada y Misael de Jesús Agudelo Moncada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, el 14 de abril del año en curso, en virtud de la cual confirmó parcialmente la dictada por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Sevilla (Valle) y condenó a los nombrados como coautores del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, absolvió a Agudelo Moncada del injusto de estímulo a la prostitución de menores y absolvió a José Pompilio Vinazco Chiquito de los cargos por los que fue acusado.

HECHOS

En el año 2010, algunas madres de familia y otros habitantes del municipio de

Sevilla pusieron en conocimiento de la Coordinadora de la Policía de Infancia y Adolescencia, Violedys Labrada Díaz, que las niñas¹ L.F.M.C., A.A.R.M., A.C.S.E., S.T.Z., A.M.H.S. y V.G.E., con edades de 12 y 13 años, eran objeto de actos libidinosos por parte de adultos, a cambio de dinero y dádivas.

El periodo en el que aquellos ocurrieron se concretó entre los meses de septiembre de 2009 y marzo de 2010, y como autores se señalaron a Hugo Buitrago Adrada, Misael de Jesús Agudelo Moncada y José Pompilio Vinazco Chiquito.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencias preliminares del 20 de marzo² y 23 de abril³ de 2010, realizadas ante el Juzgado 3º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Sevilla, se legalizó la captura de Misael de Jesús Agudelo Moncada, José Pompilio Vinazco Chiquito y Hugo Buitrago Adrada, oportunidad en la que la Fiscalía les imputó, a los dos primeros, la coautoría en los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo, inducción a la prostitución y estímulo a la prostitución de menores, conforme a los artículos 208, 211 -numeral 1-, 213 y 217 del Código Penal; y, al segundo, los de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo, y pornografía con menores de 18 años, según los preceptos 208, 211 -numeral 4- y 218 ejusdem. Se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. La Fiscalía 7ª Seccional de ese municipio radicó escrito de acusación el 11 de mayo siguiente, cobijando a los tres imputados⁴, en el que modificó el numeral de la agravante para encuadrarla en el 4 del artículo 211; y el 16 de junio posterior les formuló cargos, bajo la dirección del Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Sevilla, cuando retiró la agravación referida⁵.

3. La audiencia del juicio oral inició el 10 de octubre de 2011⁶ y finalizó el

30 de julio de 2013⁷.

4. El 28 de diciembre de ese año se profirió sentencia en la que la Juez declaró penalmente responsables a Misael de Jesús Agudelo Moncada, por «ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, en concurso heterogéneo con ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES», y a Hugo Buitrago Adrada por «ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS».

En consecuencia, impuso, a Agudelo Moncada, 240 meses de prisión y multa de 237 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.) y, a Buitrago Adrada, 14 años de prisión; y, a ambos, la «accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de 20 años».

Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Absolvió a José Pompilio Vinazco Chiquito por los cargos endilgados.

Compulsó copias a la Fiscalía Seccional para que investigara a Hugo Buitrago Adrada y a Misael de Jesús Agudelo Moncada por la presunta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, así como a Tager Galviz Navia por el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años⁸.

5. Los defensores de los condenados recurrieron la decisión y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en fallo del 14 de abril de 2015, la revocó parcialmente para absolver, por duda, a Misael de Jesús Agudelo Moncada del injusto de estímulo a la prostitución de menores. Por consiguiente, modificó la pena, relativa al acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y la fijó en 168 meses de prisión o 14 años. Así mismo, revocó la pena de multa impuesta.

Confirmó en lo demás⁹.

LAS DEMANDAS

1. A favor de Hugo Buitrago Adrada.

El jurista identifica los procesados y la sentencia impugnada, sintetiza los hechos materia de juzgamiento y la actuación surtida y formula un cargo único por violación indirecta de la ley sustancial «por falso juicio de identidad»¹⁰, toda vez que, al valorar las pruebas, se desconocieron los artículos 403 y 404 del Código de Procedimiento Penal.

Estos son sus fundamentos –la Corte debe indicar desde ahora que sus exposiciones son confusas y de difícil comprensión–:

El error recayó al examinar el testimonio de la menor L.F.M.C. «vicio de raciocinio»¹¹, puesto que no se hizo de manera juiciosa y en «conjunto con sus tres entrevistas y lo declarado en el juicio oral»¹². De su narración se evidencia parcialidad al exculpar a Agudelo Moncada y recriminar a Buitrago Adrada.

Ese elemento se debe contrastar con lo dicho por la niña A.A.R.M. y su madre GE. La equivocada apreciación conduce a absolver a su representado porque A.A.R.M. nunca estuvo en la casa de éste (cita algo de lo contado por ella).

El falso juicio denunciado se presentó cuando el Tribunal analizó las manifestaciones de A.A.R.M. y las del taxista Carlos Arley Cardona Gómez, pues este último, en la entrevista del 29 de mayo de 2010, aclaró que no recogió a A.A.R.M. y solo la identificó como la amiga de las dos jovencitas que llevó a una casa en Puyana. Luego, a diferencia de lo afirmado por el ad quem, no la trasportó. Tampoco es cierto que Cardona Gómez hubiese visto a Buitrago Adrada en esa residencia (transcribe apartes de lo expuesto por él).

El juez plural no tuvo en cuenta la personalidad mitómana de L.F.M.C. y la enemistad que existía entre ella y A.A.R.M. (copia un fragmento de lo dicho por una de las menores, sin identificarla¹³), por lo que la animadversión que la primera sentía hacia la segunda la condujo a decir mentiras sobre el acceso carnal por parte de su representado en la persona de A.A.R.M.

En la denuncia presentada por la madre de A.A.R.M. ante la policial Violedy Labrda Díaz, no mencionó a su prohijado (reproduce una fracción de lo atestiguado por la uniformada). Es más, se equivocó el sentenciador cuando aseveró que A.A.R.M. estuvo en el habitáculo de Buitrago Adrada, puesto que tal acontecer no fue exhibido por A.A.R.M. ni por su progenitora (copia segmentos, sin comillas, del testimonio de la niña y de su madre).

El desacierto de la colegiatura se hace mayor al evaluar las evidencias 4 y 5 de la fiscalía porque ellas se refieren solamente a la relación de Agudelo Moncada con A.A.R.M. y L.F.M.C., así mismo, de ellas surge la componenda de L.F.M.C. para excusar a Agudelo Moncada y responsabilizar a Buitrago Adrada.

2. A favor de Misael de Jesús Agudelo Moncada.

El abogado inicia manifestando, en punto de la finalidad del recurso, que la decisión impugnada violó el debido proceso porque dio cabida a las entrevistas rendidas por las menores ante el I.C.B.F., las que, a pesar de haber sido descubiertas en la audiencia de acusación, «no fueron anunciadas ni muchos (sic) ofrecidas, como tampoco decretadas para permitir su uso en términos de impugnación de credibilidad o refrescamiento de memoria»¹⁴. Lo mismo ocurrió con los dictámenes médico legales. Las irregularidades –dice– las alegará por la vía de la nulidad, en tanto se afectaron las garantías del debido proceso y el derecho de defensa, y por un vicio de legalidad.

Seguidamente, identifica los sujetos procesales y la sentencia impugnada, relata la situación fáctica y la actuación surtida y enuncia así los cargos propuestos en casación:

Primero.

Con apoyo en la causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, denuncia violación de las formas propias del juicio y, por ende, del debido proceso. Se «deja al descubierto la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación»¹⁵ de los artículos 29 de la Carta Política, 1, 4, 6 -inciso 1-, 8 -literales j) y k)B-, 10, 11, 18 y 10 del Código Penal, con la trasgresión medio de los preceptos «360, 374, 412, 413, 414, 415, 437 y ss. 29 del C. de P. Penal»¹⁶.

Después de recordar las exigencias jurisprudenciales para proponer una crítica por la vía directa, refiere que la falla radicó al excluir el ad quem el canon 29 superior.

En el juicio, cuando se dio comienzo a los testimonios de las menores, la Juez, con apoyo en el artículo 194 del Código de la Infancia y la Adolescencia, hizo retirar del recinto a los procesados, supuestamente para que no se enfrentaran con aquellas, no obstante, se vieron afuera del lugar. Tal proceder atentó contra el derecho de defensa de los acusados y desequilibró la balanza; se han debido adoptar medidas tecnológicas.

Las jóvenes fueron revictimizadas, no solo cuando la fiscalía impugnó su credibilidad, sino en el momento en que la Juez y la defensora de familia les formularon preguntas. Se lesionaron sus derechos y se les sometió al paredón con interrogantes desobligantes.

Se desatendió lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013, puesto que las entrevistas iniciales se practicaron en el I.C.B.F., sin la presencia de un psicólogo, y

luego se utilizaron por el ente acusador de manera indiscriminada, revelando datos íntimos. Adicionalmente, su incorporación, sin que previamente se decretaran, riñe con la legalidad (cita los preceptos 360 y 374 del Código de Procedimiento Penal).

En ese orden, la prueba está «plagada de irregularidades»¹⁷ insubsanables, cuya única salvación es la nulidad, en acatamiento del artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Solicita se case el fallo cuestionado y se decrete la nulidad a partir del inicio del juicio para que se restablezcan las garantías y los derechos vulnerados.

Segundo.

Tras invocar la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, acusa el fallo por violación indirecta, al recaer el Tribunal en un falso juicio de legalidad.

Trae a colación el último inciso del canon 29 de la Constitución y los preceptos 23, 360 y 374 del Código de Procedimiento Penal y refiere que el yerro se materializó al utilizar e introducir las entrevistas de las niñas.

La fiscalía omitió anunciarlas y solicitar su incorporación para luego sí poderlas utilizar con el propósito de impugnar credibilidad. Su empleo en el juicio fue ilegal. En su formación no se tuvieron en cuenta las previsiones de la Ley 1652 de 2013, disposiciones que tampoco se verificaron al aducirlas en el juicio (transcribe de nuevo el artículo 206A del Código de Procedimiento Penal de 2004).

Durante su recepción en el I.C.B.F. no estuvieron presentes expertos, la psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia no asistió y tampoco se utilizó tecnología para su registro (insiste en los argumentos expuestos en el cargo anterior).

También erró el juez al incorporar «bases de opiniones periciales por perito que no las

realizó» porque, a pesar de lo expuesto en la audiencia preparatoria, la fiscalía solo llevó al juicio al galeno Héctor Fabio Cabrera Arana, con quien introdujo los dictámenes sexológicos practicados por el médico Julián Osorio Cárdenas a A.A.R.M., V.G.E., A.C.S. y uno de los realizados a L.F.M.C.

Era necesaria la presencia de Osorio Cárdenas, en tanto elaboró el informe, no de otro, por lo que la aducción fue ilegal, en los términos del artículo 360 del estatuto procesal penal, en concordancia con el 405, 408, 412, 413, 415, 417, 418 y 419 ibidem. El juez debió trasladarse hasta el sitio en donde se encontraba aquél.

Si bien la fiscalía justificó tal ausencia y pidió que, siguiendo la sentencia de la Corte Suprema del 17 de septiembre de 2008, rad. 30214, se permitiera su incorporación y la defensa no se opuso, no se cumplen los presupuestos excepcionales referidos en esa providencia, puesto que no se aportaron constancias sobre los esfuerzos adelantados para lograr la comparecencia del perito y, además, se está ante una sola decisión del alto tribunal al respecto.

Así las cosas, por haberse allegado ilegalmente al proceso, se deben excluir los dictámenes de A.A.R.M., V.G.E., A.C.S.E y L.F.M.C., así como el testimonio de Héctor Fabio Cabrera Arana. Los restantes elementos, esto es, la segunda valoración de L.F.M.C. y de S.T.Z. no consolidan la materialización de la conducta punible endilgada.

Solicita se case el fallo impugnado y, en su lugar, se absuelva a su prohijado del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión inicial.

El recurso de casación, tal como fue concebido por el legislador, no busca crear un nuevo

espacio para continuar con el debate probatorio agotado en las instancias, ni un escenario para discutir cómo, bajo una mejor visión, propia del sujeto interesado, ha debido resolverse el asunto. Su esencia es la de ser un medio de control legal y constitucional a la sentencia de segunda instancia, con miras a hacer efectivos los derechos, lograr el respeto de garantías, reparar los agravios inferidos y unificar la jurisprudencia. Por ello, para que se dé curso a una demanda, no resulta suficiente la propuesta adecuada de los cargos, al amparo de una de las causales que prevé el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sino, atado a ello, es preciso enseñar cómo es forzoso que la Corte intervenga en orden a cumplir con alguno de los fines de la casación.

Obsérvese que todos los motivos de procedencia del medio extraordinario apuntan a los propósitos referidos. Así, la falta de aplicación, la interpretación errónea o la aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso, se vincula con la correcta aplicación del derecho sustancial; el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de las garantías debidas a las partes, se halla íntimamente atado al respeto de las prerrogativas de los sujetos procesales, y, el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, lleva consigo el método de aproximación a la verdad.

Por consiguiente, al impugnante le corresponde exponer en forma ordenada y clara cuál es la falencia en la que incurrió el juez colegiado; desarrollar y sustentar con suficiencia, respetando los principios de prioridad y no exclusión, los cargos que propone, revelar la trascendencia de las falencias denunciadas, esto es, cómo de no haber incurrido en ellas, la decisión sería totalmente diversa y favorable al sujeto que representa, y explicar cómo pretende la efectividad del derecho material, cuáles garantías procesales deben ser desagraviadas, cómo se quebrantaron los derechos fundamentales y por qué es necesario unificar la jurisprudencia sobre un determinado tema jurídico, ya sea para su beneficio o para casos futuros similares.

2. Las demandas presentadas.

La Corte constata que los actores inobservaron las exigencias expuestas, motivo por el cual sus libelos serán inadmitidos.

2.1. A favor de Hugo Buitrago Adrada.

2.1.1. De entrada se muestra insatisfecha la exigencia relativa a enseñar el propósito que se pretende alcanzar con este mecanismo de impugnación. El jurista olvidó por completo ocuparse sobre el punto.

Importa recordarle que si su deseo era restablecer un derecho o garantía constitucional, ha debido indicar cuál, y señalar cómo tuvo lugar su afectación por razón de la decisión impugnada. Y, si buscaba la unificación de jurisprudencia, le correspondía indicar el tema específico sobre el cual descansaba su interés y cómo las decisiones existentes resultaban insuficientes para resolver el caso concreto.

2.1.2. El único cargo propuesto, por la senda de la violación indirecta, es no solo ambiguo, al punto que imposibilita su comprensión por la Corte, sino que desatiende los requisitos mínimos para una adecuada postulación.

Inicialmente, adujo que el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad, pero, al exhibir sus fundamentos, refirió tratarse de un falso raciocinio, modalidades de error de hecho que son disímiles y resulta inapropiado confundirlas por acaecer en momentos distintos.

En efecto, la segunda se diferencia de la primera «por ser de valoración crítica, porque dentro del proceso lógico de apreciación probatoria surge en un momento posterior al de su contemplación material, porque supone el respeto por su contenido fáctico, y porque su demostración impone acreditar no que los juzgadores distorsionaron su

contenido, sino que se apartaron de las reglas de la sana crítica.» (Cfr. CSJ SP, 18 ene. 2001, 13265).

Así, el yerro de identidad tiene lugar cuando al momento de valorar el elemento de convicción el fallador distorsiona su contenido, lo desfigura, lo tergiversa, haciéndole decir algo que no dice, le cercena una parte o le agrega algo de lo que carece. Como surge en el instante de la contemplación de la prueba, es eminentemente objetivo. Por manera que al censor le incumbe demostrar cómo tuvo lugar esa falta de correspondencia, esto es, cómo el juzgador, al valorarla, varió su contenido, su literalidad, indicando con exactitud qué fue lo parcelado, lo tergiversado, lo cercenado, o lo adicionado¹⁸, y, adicionalmente, exponer cómo ese desacierto condujo indefectiblemente a proferir una decisión contraria al ordenamiento y lesiva de sus derechos o garantías.

Y, el de falso raciocinio se presenta cuando al realizar la evaluación racional del mérito de la prueba o hacer la inferencia lógica el sentenciador se aparta de las reglas de la sana crítica y, como consecuencia, declara una verdad fáctica diversa de la que revela el proceso. Al impugnante le corresponde señalar (i) el medio sobre el que recayó el error; (ii) en qué consistió el equívoco del fallador al hacer la valoración crítica, señalando qué fue lo que infirió o dedujo, cuál fue el mérito persuasivo otorgado y la regla de la lógica, la ley de la ciencia o la máxima de experiencia que se desconoció; (iii) cuál es el postulado lógico, el aporte científico correctos o la regla de la experiencia que se debió tener en cuenta para la adecuada apreciación, y (iv) demostrar la trascendencia del yerro -cómo de haber sido examinado correctamente el elemento de convicción, frente al resto, el sentido de la determinación habría sido sustancialmente opuesto-. De manera, pues, que surge en un momento posterior al de su contemplación.

Por ende, si lo que quería atacar el letrado era el contenido de una prueba por las dos vías, debió hacerlo en capítulos separados y en forma subsidiaria.

Ahora, la Corte no puede desentrañar por cuál de ellas se inclinó, toda vez que sus críticas no se acomodan siquiera a alguno de los tipos de equívoco señalados, pues, de entender que fue por falencias de identidad, pasó por alto determinar si ocurrió por tergiversación, parcelación o agregación; y, si fue un error en el juicio lógico, no indicó la regla de la sana crítica desconocida.

Adicionalmente, tampoco especificó con claridad el medio probatorio sobre el cual recayó el yerro, pues inicialmente aludió al testimonio de L.F.M.C., luego mencionó el de A.A.R.M. y el de su madre GE, más adelante, reparó en la declaración del taxista Carlos Arley Cardona Gómez y, por último, en las evidencias 4 y 5.

A la manera de un simple alegato, hace una multiplicidad de cuestionamientos desordenados, sin fundamento lógico y jurídico, con la única pretensión de que se realice una nueva valoración de las pruebas a su acomodo, en beneficio de su cliente y para desfavorecer a Agudelo Moncada.

2.1.3. Con todo, importa destacar que, pese a las retractaciones de algunos testigos, entre ellos menores de edad y sus madres, las que fueron atribuidas por los sentenciadores a las «amenazas para que no declararan en su contra»¹⁹ y a la «condición económica y poderosa de los procesados con respecto a los humildes y desamparados menores, y en algunas ocasiones dado a que en el caso particular del señor MISAEL DE JESÚS AGUDELO MONCADA este resultó ser empleador y patrocinador de algunos testigos», los falladores, acudiendo a las iniciales entrevistas ofrecidas por la casi totalidad de los deponentes, examinadas con el resto de elementos probatorios, lograron determinar que L.F.M.C. fue «testigo directa de la introducción que aquél [Hugo Buitrago Adrada] hiciera de su órgano genital en el de la menor de catorce años A.A.[R.M.] quien aceptó una vida sexual activa pese a que el perito médico dictaminó que tiene himen elástico»²⁰.

De otra parte, en lo que toca con lo aseverado por Carlos Arley Cardona Gómez, cabe acotar que, no obstante haber señalado que en su condición de taxista «transportó a unas menores hasta el barrio “puyana” a altas horas de la noche a quienes se les percibía olor a licor, conociendo posteriormente que se trataba de la hija de un taxista, esto es [A.A.R.M.] y otra MONITA que por sus características físicas se veían que eran menores de edad e ingresaron en la vivienda del señor HUGO BUITRAGO ADRADA»²¹, lo cierto es que, como bien lo reconocieron los funcionarios de instancia, resultó ser un testigo a quien no le constan directamente los hechos. Por manera, que, aun de apartarlo del caudal probatorio o de entender que no se refirió a A.A.R.M., el soporte de condena del fallo no sufriría variación alguna.

2.2. A favor de Misael de Jesús Agudelo Moncada.

2.2.1. Si bien el jurista hizo mención a los propósitos del medio extraordinario, no logró persuadir a la Sala sobre la necesidad de intervenir.

Reveló la presunta violación del debido proceso y del derecho de defensa por dar cabida a las entrevistas rendidas por las menores y por supuestas irregularidades en la introducción de dictámenes médico legales, no obstante, pasó por alto exhibir los fundamentos de soporte para tal recriminación y dejó su demostración a la prosperidad de los cargos, cuestión que deviene inapropiada, máxime cuando, al proponerlos, tampoco cumplió tal tarea argumentativa. Así mismo, olvidó detallar cómo, pese a lo dispuesto por la normatividad vigente y con apoyo en la jurisprudencia de la Corte, la incorporación de esas versiones al juicio, a través del testigo que las rindió, se muestra desatinado e ilegal y cómo, atendiendo las varias decisiones de la Sala, era imposible llevar un perito distinto al que realizó el examen médico respectivo.

2.2.2. Invocó el censor la causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, esto es, el «desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial

de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes» pero sin explicación razonable alguna indicó, al tiempo, que era ostensible la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de disposiciones de la Carta Política y de los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Ese diseño resulta desacertado por tratarse de dos motivos de casación distintos, que si bien en algunos eventos se pueden aproximar, para efectos de desarrollar el cargo, lo cierto es que aquí no tiene cabida esa opción.

Si el jurista intentaba controvertir la sentencia por infracción directa, le era inexcusable acatar los hechos y la valoración probatoria tal y como allí fueron consignados y demostrar cómo, sin desatender la realidad en ella contenida, se equivocó el Tribunal al aplicar las normas que regulan lo atinente a las entrevistas como medio para impugnar credibilidad.

De otra parte, lesionó el letrado el principio de corrección material, puesto que, en contravía con lo afirmado en el libelo, todas las versiones iniciales ofrecidas por las niñas ofendidas y sus madres, fueron no solo anunciadas por la fiscalía de manera puntual en el escrito de acusación²², sino descubiertas en la correspondiente audiencia de formulación de cargos.

El actor soportó su discurso, en esencia, en que las menores de edad fueron revictimizadas cuando en el juicio se impugnó su credibilidad, acudiendo para ello a las entrevistas que rindieran en el año 2010. Sin embargo, no demostró cómo ello en efecto acaeció, pues el hecho de exhibir las versiones iniciales no comporta, per se, tal estigma. Adicionalmente, no demostró cómo, de ser cierta su afirmación, resultaron lesionados los derechos de su prohijado.

Será tal su incoherencia que concretó su pretensión en que la Corte declare la nulidad desde el inicio del juicio oral, lo que conllevaría a que el mismo se repitiera, cuestión que

conduciría, por obvias razones, a llamarlas de nuevo y exponerlas, otra vez, a las preguntas y a evocar recuerdos que, ahí sí, las afectaría hasta el punto de causarles un mayor perjuicio.

Adicional a lo expuesto, resulta importante recordarle que las entrevistas constituyen, justamente, un medio para impugnar credibilidad, en los términos del artículo 403 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y que si bien no son prueba autónoma, sí tienen efectos probatorios bajo la condición de que sean utilizadas para tales efectos, caso en el cual se incorporan al testimonio.

Al respecto, la Sala debe insistir en que:

...el testimonio está conformado por lo dicho por el deponente en el juicio oral, por aquello que se incorpora por razón de la entrevista y que se trae para impugnar la credibilidad del testigo, y por lo que se responde por razón de la impugnación, todo lo cual, es de obviedad decirlo, se entiende vertido bajo la gravedad del juramento al entenderse, conforme se recordó y lo ha dicho la Sala, que se integra al testimonio. (CSJ AP2783-201523).

Ahora bien, que los procesados no hubiesen estado presentes para el momento en que las menores declararon en juicio, no atenta contra el derecho de defensa, puesto que, como lo aceptó el actor, la asistencia letrada asistió a las sesiones, no pasivamente sino de forma activa, tanto así que se pudo verificar, y así lo dejaron consignado los juzgadores, que hizo uso, ampliamente, de su facultad de contrainterrogar.

De manera, pues, que no hubo lesión alguna a esa garantía fundamental; al tiempo que se garantizó el interés superior del menor impidiendo que las niñas rindieran su declaración en presencia de los encartados y pudieran tener un contacto visual durante la diligencia.

El jurista hizo alusión a un artículo de la Ley 1652 de 2013, pero, al respecto, basta decir que para la época en que tuvieron lugar las tan aludidas entrevistas, esa disposición no se había expedido, pues, tal como se evidencia en el escrito de acusación, en el juicio y en el expediente²⁴, ellas datan del año 2010.

En todo caso, tampoco se observa irregularidad alguna en su recepción, toda vez que fueron rendidas ante el Defensor de Familia en compañía de la trabajadora social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y su legalidad no fue motivo de objeción alguna por parte de la defensa, ni en el descubrimiento probatorio hecho por la fiscalía y menos en el juicio oral.

Adicionalmente, vale acotar que la presencia del psicólogo constituye una garantía para los menores de edad a efectos de avalar y proteger sus derechos, empero, no es un requisito de validez, por lo que el ataque carece de fundamento.

2.2.3. En el segundo cargo -violación indirecta-, hay que decir, en primer término, que no fue formulado como subsidiario, lo que, en estricto rigor jurídico correspondía, atendiendo que, conforme se expuso, en el reproche anterior el actor intentó, aunque equívocamente, controvertir el fallo por la senda de la infracción directa.

De otro lado, su objetivo, en lo que toca con las mentadas entrevistas, es procurar excluirlas del conjunto probatorio. No obstante, igual designio planteó en el reparo anterior, lo que denota una estrategia inadmisible en sede casacional, en cuanto no se propuso en forma suplementaria.

Ahora, si de reclamar aplicación del último inciso del artículo 29 se trataba, según el cual, es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, el jurista tenía la carga de diferenciar si se estaba ante una prueba ilícita o ilegal. Y a pesar de que vagamente hizo una descripción de ellas, pasó por alto que, dependiendo de cuál se trate, y las consecuencias adversas que ella genere, la vía de ataque varía.

Así, en el primer caso, si el vicio afectó la totalidad de los medios de convicción (teoría del fruto del árbol envenenado), lo correcto es denunciar el vicio por la causal segunda -nulidad-, y, en los demás casos, como lo que se busca es excluir el elemento, el reproche se ha de elevar por la senda de la causal tercera, por falso juicio de legalidad.

El defensor, sin mayor precisión, eligió esta última, respecto de la cual cabe señalar que es una modalidad de error de derecho, que pretende hacer efectivo el principio de legalidad de la prueba. Por su conducto se garantiza que las providencias judiciales estén soportadas en medios obtenidos y aportados al proceso según los parámetros fijados en el ordenamiento procesal penal.

De manera que se incurre en el yerro cuando el fallador (i) otorga valor a una prueba que no cumple con los ritos legales exigidos para su formación o aducción al proceso, o (ii) niega valor a la que fue allegada con el lleno de los presupuestos necesarios para ese efecto.

En el primer evento, el censor tiene la carga de identificar el elemento probatorio que tacha de ilegal y de indicar las normas legales o constitucionales que por resultar desatendidas determinan su ilegalidad; además, debe demostrar que la falla efectivamente ocurrió, en cuanto el reproche no puede basarse en suposiciones o invenciones. En la segunda hipótesis, debe comprobar la legalidad de la prueba desechada por el juzgador.

En uno y otro caso le corresponde justificar la trascendencia del error judicial, es decir, expresar cómo de excluir ese medio de convicción los restantes conducen inexorablemente a una decisión totalmente opuesta a la que reprocha.

Como el demandante hizo reparos a las entrevistas de las niñas ofendidas por motivos similares a los exhibidos en el cargo anterior, la Sala se remite a lo expuesto en el acápite precedente. Empero, insiste en que ninguna irregularidad se advierte por el hecho

de que las mismas hubiesen sido valoradas por los falladores, dado que se incorporaron al testimonio rendido por ellas en el juicio oral, a través del mecanismo de impugnación de credibilidad.

Ahora, en lo que toca con la presunta irregularidad por la ausencia en el juicio del galeno Julián Osorio Cárdenas, quien elaboró los dictámenes sexológicos a algunas de las niñas, hay que subrayar que no se constata anomalía alguna, puesto que, ante la obstáculo de lograr la asistencia del médico Osorio Cárdenas y a la contingencia de que lo supliera, para los efectos pertinente, el doctor Héctor Fabio Cabrera Arana, ninguna oposición hizo la bancada defensiva en ese instante procesal. Recuérdese -así se verifica en el registro-, que el fiscal explicó la imposibilidad de que Osorio Cárdenas acudiera, pero también exhibió las razones por las cuales Cabrera Arana podía reemplazarlo. La Juez, entonces, preguntó si existían reparos para atender esa petición, y el representante judicial de Agudelo Moncada manifestó no tener alguno²⁵.

Por consiguiente, si en ese momento procesal no se exhibió inconformidad, se muestra abiertamente desatinado y desleal hacerlo ahora, pasando por alto que, dentro del proceso penal, las etapas son preclusivas, máxime cuando fue claro el representante de la fiscalía en exteriorizar las razones para tal ausencia.

Adicionalmente, en la sentencia en la cual se apoyó el fiscal, se admitió tal eventualidad excepcional así:

Para la Corte, acorde con lo examinado en precedencia de lo que el texto legal contiene y lo que el derecho comparado informa sobre la materia, en términos generales, es necesario que la base pericial sea soportada exclusivamente con el testimonio de la persona que realizó el examen y elaboró el correspondiente informe.

Empero, si bien, el peritaje como prueba reclama siempre de la presencia de un experto

en la audiencia de juicio oral –por regla general el mismo que realizó el informe, porque así lo demanda la ley y la naturaleza misma de lo obligado referir ante el juez y las partes-, para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega, resultando inane la sola presentación del informe, es posible, por vía excepcional, que el perito no sea necesariamente aquel encargado de ejecutar directamente el examen y elaborar el consecuente informe, pues, en determinados eventos, como lo expone Chiesa, cuando se advierte que lo consignado en el documento hace parte del tipo de información que el experto utiliza para su trabajo, nada obsta para que persona distinta acuda a la audiencia de juicio oral en aras de soportar conclusiones pertinentes para el objeto del proceso.

Y ello, cabe anotar, no opera exclusivamente para la práctica o el conocimiento médico, sino respecto de cualquier arte o ciencia interesante al derecho penal.

Estima la Sala, bajo estos mismos presupuestos argumentales, que en casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública –ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, solo por vía enunciativa en el ánimo de citar ejemplos pertinentes-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia, es posible que acuda a rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe.

Al efecto, debe destacarse que en el común de los casos la ley habilita mecanismos para que aún en la lejanía o bajo padecimientos de salud que le impidan desplazarse, el perito pueda rendir su versión oral, conforme lo establecido por el artículo 419 del C. P.P., arriba transcrito.

Pero si ello no es posible, se ofrece otra alternativa, referida a la posibilidad de que aún en curso de la audiencia de juicio oral, desde luego, durante la etapa de práctica de pruebas,

dada la imposibilidad de que ese perito inicial brinde el testimonio requerido, se pueda presentar otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez, a instancia de las partes, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes “o para que los rindan en la audiencia”.

Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concurra a la audiencia del juicio oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible -no se halla disponible el perito para rendir su dictamen y no es posible efectuar otro examen al objeto o fenómeno-, estima la Corte que por el camino de la excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes -recuérdese, dentro del presupuesto adversarial y de igualdad de armas, tanto la fiscalía como la defensa pueden, y deben, presentar este tipo de pruebas para favorecer su teoría del caso- y la esencia misma del proceso penal, representada por la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”), debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.

Por lo demás, esta facultad excepcional otorgada a las partes no afecta profundamente los principios de inmediación, contradicción y oralidad, tan caros a la sistemática acusatoria, dado que el experto acude a la audiencia pública, ante el juez, a exponer su particular visión, acorde con sus conocimientos, de lo que el examen del anterior experto arroja, pudiendo interrogársele y contrainterrogársele al respecto.

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar.

(...)

De esta forma, es factible, se repite, excepcionalmente (porque la ley señala la exigencia de que sea el mismo experto quien concorra a sostener lo evaluado), en los casos en los cuales la persona que realizó el informe esté imposibilitada de acudir al juicio o testificar de la forma postulada en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, y se haga imposible volver a realizar el examen, acudir a otro experto, quien tendrá como base de su opinión, acorde con la ley, ese documento. (CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 30214).

Esa determinación, contrario al pensar del libelista, fue reiterada en CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ AP, 26 feb. 2014, rad. 36624.

Es que, tratándose de valoraciones sexológicas a menores de edad, resulta desproporcionado y aquí sí revictimizante, volver a realizar una prueba de esa naturaleza, cuando con la evaluación existente es posible determinar los elementos descriptivos suficientes que permitan a un nuevo especialista disponer de las bases

informativas sólidas, los métodos y técnicas utilizadas para explicar los hechos y situaciones verificadas.

Es más, el actor no indicó por qué en esta ocasión no se contaba con la información y elementos suficientes que impidieran sustentar la experticia con otro profesional y menos explicó cómo, de verificarse una causal de exclusión, la decisión sería abiertamente contraria y, por ende, favorable a los intereses del acusado.

Las precedentes consideraciones son suficientes para inadmitir las demandas y la Sala ha revisado íntegramente la actuación y, salvo lo expuesto en el numeral 4° de esta providencia, no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual no puede penetrar al fondo del asunto oficiosamente.

3. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201426.

4. La admisión oficiosa del recurso.

Atendiendo los fines de la casación, a iniciativa de la Sala y con el específico fin de garantizar los derechos fundamentales de los procesados condenados, se habilitará el recurso, con el propósito de analizar la posible afectación del principio de legalidad de la pena al imponer la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en tanto el numeral quinto de la parte resolutive del fallo de primera instancia, que impuso 20 años a cada uno de los acusados, no sufrió modificación con el fallo de segundo grado.

No se convocará a audiencia de sustentación porque, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia (CSJ SP, 25 jul. 2007, rad. 27383), ella es improcedente cuando el censor

no advierte la presunta irregularidad evidenciada por la Corte y que constituye la razón para entrar en el fondo del asunto.

Por consiguiente, una vez cumplido el plazo para la presentación del recurso de insistencia, el asunto pasará al despacho para la elaboración del proyecto de sentencia.

5. Cuestión final.

Con los registros obrantes en el expediente, se constata que la congruencia entre la acusación y la sentencia, como parte del debido proceso, que implica armonía entre los aspectos fáctico y jurídico, no se verifica en esta ocasión, puesto que los juzgadores dejaron de pronunciarse sobre la totalidad de las conductas imputadas en el pliego acusatorio.

En efecto, la fiscalía formuló acusación en contra de Misael de Jesús Agudelo Moncada por los injustos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208), inducción a la prostitución (artículo 213) y estímulo a la prostitución de menores (artículo 217), y a Hugo Buitrago Adrada por acceso carnal abusivo con menor de 14 años y pornografía con menores de 18 años (artículo 218).

No obstante, respecto de Misael de Jesús Agudelo Moncada, los falladores emitieron condena por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, al tiempo que el Tribunal lo absolvió por estímulo a la prostitución de menores. Nada dijeron en relación con el delito de inducción a la prostitución.

En lo que toca con Hugo Buitrago Adrada, fue condenado por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y nada expresaron los jueces sobre el punible de pornografía con menores de 18 años.

En ese orden, tal como se procedió en ocasión anterior (CSJ AP2289-201527), ante esa omisión y toda vez que no existe fallo alguno sobre tales delitos, se

dispondrá, no la nulidad, sino la ruptura de la unidad procesal. En consecuencia, se expedirán copias de las carpetas y de los registros que contienen la actuación para que, por separado, el Juzgado de primera instancia profiera la sentencia que corresponda por razón de las conductas punibles endilgadas y que no obtuvieron decisión de fondo, esto es, inducción a la prostitución y pornografía con menores de 18 años, según lo expuesto en precedencia.

En la providencia aludida, esta Corporación sostuvo:

La congruencia entre la acusación y la acusación y la sentencia hace parte del debido proceso; ésta comporta la armonía que entre dichos actos debe existir en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, último que se afecta en los eventos en que deja de considerar uno o varios delitos imputados en el pliego de cargos (incongruencia omisiva).

(...)

La evidente ausencia de pronunciamiento en las sentencias de primera y segunda instancia acerca del concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, por el que también fue acusado (...), lleva a la conclusión de que efectivamente se quebrantó, por omisión, el principio de congruencia.

El artículo 10 de la ley 906 de 2004, rector del presente trámite, establece que las actuaciones procesales se deben desarrollar teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia y que los funcionarios judiciales hagan prevalecer el derecho sustancial.

Igualmente, determina el inciso quinto de la citada disposición, que los jueces de control de garantías y conocimiento están en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los

intervinientes.

Ahora bien, advertido que la sentencia dejó de pronunciarse sobre algunos de los delitos imputados en la acusación –el concurso homogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado-, el yerro debe ser corregido.

Como por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, sí existe adecuado pronunciamiento judicial, no se hace necesario decretar la nulidad de lo actuado.

Tampoco resulta viable que esta Corporación emita decisión complementaria, porque limitaría a las partes en el ejercicio de los derechos de contradicción, a la segunda instancia y a la interposición del recurso extraordinario de casación.

Entonces, para la corrección de la irregularidad advertida, se acudirá a la ruptura de la unidad procesal y se expedirán copias de la carpeta y los registros que contienen la actuación, para que por ser separado el Juzgado de primera instancia profiera el fallo referido al concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado.

Este criterio ya fue aplicado por la jurisprudencia de la Sala en eventos similares al que ahora ocupa su atención, en trámites regidos por la Ley 600 de 2000, razonamientos que guardan coherencia conceptual y normativa con las disposiciones propias del sistema regido por la Ley 906 de 2004, el que aquí se reitera (CSJ SP 20 nov. 2001, rad. 15664; y 12 ago. 2009, 32189).

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR las demandas de casación presentadas por los defensores de Hugo Buitrago Adrada y Misael de Jesús Agudelo Moncada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Vencido dicho término, el expediente debe regresar al despacho para proferir sentencia, según el punto 4 de las consideraciones de esta providencia.

Tercero. Disponer la ruptura de la unidad procesal para que se remitan copias de la actuación al Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Sevilla (Valle), a efecto de proferirse allí, si a ello hubiese lugar, la sentencia relacionada con los delitos de inducción a la prostitución, atribuido a Misael de Jesús Agudelo Moncada, y pornografía con menores de 18 años, endilgado a Hugo Buitrago Adrada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Se omiten sus nombres para garantizar su derecho a la intimidad.
- 2 Respecto de Misael de Jesús Agudelo Moncada y José Pompilio Vinazco Chiquito (folio 14 del cuaderno 1).
- 3 En relación con Hugo Buitrago Adrada (folio 31 del cuaderno 1).
- 4 Folios 112 a 122 del cuaderno 1.
- 5 Folios 134 a 136 Id y disco compacto correspondiente.
- 6 Folios 327 y 328 Id.
- 7 Folios 846 a 855 del cuaderno 3.
- 8 Folios 881 a 954 del cuaderno 4.
- 9 Folios 1060 a 1166 Id.
- 10 Folio 1199 Id.
- 11 Id.

12 Id.

13 Folio 1207 Id.

14 Folios 1240 y 1241 Id.

15 Folio 1253 Id.

16 Id.

17 Folio 1269 Id.

18 Ver auto del 23 de febrero de 2006 (radicado 24.101).

19 Folios 64 del fallo de primera instancia, 43 del cuaderno 4.

20 Folios 101 del fallo de segunda instancia, 1160 del cuaderno 4.

21 Folios 54 del fallo de primer grado, 936 del cuaderno 4.

22 Ver folios 120 y 121 del cuaderno 1.

23 Radicado 44367 del 25 de mayo.

24 Cuaderno 1.

25 Disco compacto contentivo de la sesión del juicio oral del 27 de junio de 2012, minuto 27:15.

26 Radicado 42597.

27 Del 29 de abril de 2015, radicado 43170.