

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP5746-2015

Radicación n°.45435

(Aprobado Acta N°. 350)

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de LMHT, contra la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2014 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá y condenó al procesado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

HECHOS

El A quo resumió la cuestión fáctica en estos términos:

El pasado 15 de julio de 2012, aproximadamente a la (sic) 2:00 A.M., en el bien inmueble ubicado en la (...) Barrio (...) de (...) (Cund), el señor LMHT, luego de ingerir varias cervezas en un bar cercano a la vivienda referida, mediante actos libidinosos tocó los senos y la vagina de la menor víctima de iniciales D.M.P.C., quien

se encontraba sola en una habitación.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 15 de julio de 2012, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo, con funciones de control de garantías para el Circuito de Judicial de Funza (Cundinamarca), se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación contra LMHT por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario¹.

2. La Fiscalía presentó el escrito de acusación el 3 de septiembre de ese año por la misma conducta punible, prevista en el artículo 209 del Código Penal² y la audiencia respectiva se llevó a cabo el día 25 siguiente, bajo la dirección del Juzgado Penal del Circuito Adjunto de Funza (Cundinamarca)³.

3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 13 de noviembre posterior⁴.

Una vez surtido el trámite pertinente, el despacho dictó sentencia el 26 de febrero de 2013⁵, pero el Tribunal, en providencia del 1º de noviembre de ese año, al desatar el recurso de apelación propuesto por la defensa, declaró la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia del 18 de diciembre de 2012, inclusive, en la cual se instaló el juicio oral, al encontrar vulnerados los principios de inmediación y concentración, al tiempo que ordenó la libertad provisional del enjuiciado. Por lo tanto, dispuso remitir las diligencias al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Facatativá para la realización de la diligencia, conforme a lo allí precisado⁶.

En cumplimiento de lo anterior, el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa localidad, avocó el conocimiento del asunto el 19 de noviembre de 2013⁷ y llevó a cabo la audiencia de juicio oral en sesiones que iniciaron el 9 de diciembre del mismo año⁸ y culminaron el 10 de febrero de 2014, fecha en que se anunció sentido de

fallo condenatorio⁹.

4. Por consiguiente, en sentencia del 4 de marzo posterior, el juez condenó a HT como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años. Le impuso la pena de ciento ocho (108) meses de prisión y, por tiempo igual, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria.

Así mismo, ordenó librar orden de captura contra el procesado, una vez ejecutoriada la determinación¹⁰.

5. El Tribunal Superior de Cundinamarca, en providencia del 9 de septiembre de la referida anualidad, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, confirmó en su integridad la decisión del A quo¹¹.

LA DEMANDA

Una vez identifica los sujetos procesales, los fallos de instancia y la actuación surtida, apunta el censor que la finalidad del recurso es la efectividad del derecho material y el respeto a las garantías de su defendido, toda vez que «los jueces de instancia se preocuparon por ocultar la verdad histórica, generando una sentencia injusta».

Anuncia que frente al principio de prioridad que rige las causales, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que no es absoluto y, por esa razón, comenzará por los cargos que pretenden la absolució de su defendido y, por último, se referirá a la propuesta de nulidad.

A continuación, formula cuatro cargos, en el marco de una extensa y reiterativa argumentación, los cuales se pueden resumir así:

Primero: Falso juicio de legalidad.

Acusa la violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 29, 33, 74 de la Carta Política, 2, 5 y 26 de la Ley 1090 de 2006, 385 y 405 del Código de Procedimiento Penal, y 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, así como la Ley 1652 de 2013.

Ilustra el casacionista sobre la regla de exclusión probatoria consagrada en el inciso final del artículo 29 Superior y el concepto de prueba ilícita, y señala que en este caso particular no se practicó a la menor una entrevista forense, sino una valoración psicológica, por lo cual se imponía el previo consentimiento de ésta o de su representante legal, para hacerla valer en juicio.

Concreta que el yerro recae en el testimonio de la psicóloga Claudia Liliana Agudelo Ulloa, con quien se introdujo la versión de la menor, pues aun cuando se decretó su práctica en la audiencia preparatoria, lo cierto es que se incorporó sin atender lo previsto en la Ley 1090 de 2006, pues la autorización concedida por la abuela de D.M.P.C., fue solo para los efectos aludidos.

Precisa que la ilicitud deriva de la forma como fue recogida la versión de la infante, con miras a buscar un presunto abuso sexual, sin que se allegara el resultado de la misma.

Reitera que la entrevista psicológica no se puede llevar al debate oral, si no se ha calificado la idoneidad del experto, como aquí ocurrió, y si ese es el propósito, se requiere la previa autorización de la menor o de su representante legal, dada la obligación de confidencialidad intrínseca que la caracteriza, aserto que enseguida respalda con doctrina y jurisprudencia.

Dado que a D.M.P.C. no se le dijo que iba a declarar contra el procesado y sólo en la audiencia pública «es cuando espontáneamente y libremente» decide no hacerlo, no

se puede argüir, como lo hicieron los jueces de instancia, que no se desconoció el artículo 33 de la Carta Magna.

Advierte, más adelante, que como se sabía que no era una prueba forense y se esperaba que en el juicio apareciera la autorización de la menor o de su representante legal, no se hizo oposición alguna a su práctica en la audiencia preparatoria, pues se suponía que la Fiscalía y la testigo allegarían la entrevista dando cumplimiento a la ley.

No obstante, en los alegatos de conclusión, la instructora solicitó tener en cuenta la entrevista o peritazgo practicado por la citada psicóloga, y el juez de primera instancia la denominó entrevista forense. Lo cierto es que si se examina el testimonio de la «perito», se concluye que se trataba de una entrevista con fines de valoración y así lo corrobora la tutora al señalar que a D.M.P.C. la sometieron a dicho proceso en la Comisaría de Familia, pero sin su autorización o, por lo menos, sin explicarle de qué se trataba.

En ese sentido, la prueba practicada no tenía como fin el análisis de las manifestaciones y comportamientos de la examinada bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, porque dicho estudio corresponde a un diagnóstico.

Una vez ilustra sobre el objetivo de la entrevista forense en investigaciones de delitos sexuales y de la técnica legalmente prevista cuando se trata de un menor de edad, conforme a lo dispuesto en la Ley 1652 de 2013 y en los artículos 206 A y 146, numeral 7º, del Código de Procedimiento Penal de 2004, concreta que, en este caso, el objetivo era someter a la infante a un proceso dentro del cual se llegaría a un diagnóstico que nunca se conoció porque la fiscalía incumplió dicha carga.

Agrega que la psicóloga de la Comisaría de Familia 2 de (...) -Cundinamarca, con dos años de graduada y sin experiencia en estos asuntos, permite señalar que no es policía

judicial con funciones forenses y que previo a divulgar la entrevista con fines terapéuticos dentro del juicio oral, debió obtener consentimiento de la menor o su representante legal para no violentarle el derecho a la intimidad.

En punto de la trascendencia, aduce que, de no haberse valorado la versión de la menor, «introducida en el testimonio de la psicóloga forense», la sentencia hubiera sido absolutoria, pues, excluida esa prueba ilícita, queda la versión rendida en el juicio oral, que es completamente distinta a la inicialmente suministrada, sin que evidencie algún indicio contra el procesado o «una falsa retractación».

La misma tutora, LCC, refiere que la menor siempre ha dicho que fue su tía ABCC, «quien la conminó a decir semejantes cosas», sin que sea argumento para desechar su dicho, el que haga una calificación valorativa, pues lo que interesa son los hechos y no las manifestaciones subjetivas.

Concluye que si los jueces hubieran excluido la prueba ilícita, ante la violación a los derechos a la intimidad de la menor y al debido proceso, la decisión habría sido absolutoria.

Segundo: Falso juicio de legalidad.

Nuevamente, bajo la regla de exclusión probatoria contenida en el artículo 29 Superior, acusa de ilícito el testimonio rendido en el juicio por la psicóloga Claudia Liliana Agudelo Ulloa, porque a la evaluación que realizó le hacía falta una hoja y no aplicó el protocolo de Michigan, el que incluso no conoce.

Concreta el censor, que dicho yerro deriva de la violación al deber legal que tenía la testigo de aducir el contenido de la entrevista en su totalidad «y no tergiversarlo y guardar notas idénticas a las entregadas al delegado de la fiscalía, pues mientras no exista una claridad entre la hoja perdida, la ausencia de realizar correctamente el protocolo de

Michigan y suponer o inferir situaciones de la entrevista, existirá la duda de si efectivamente se examinó a la presunta víctima conforme lo adujo en su discurso no solo el fiscal, sino la misma examinadora en la valoración psicológica».

Una vez transcribe parte del interrogatorio formulado a la profesional, por el representante del Ministerio Público, apunta que, en defensa de los intereses de la menor, a la Fiscalía le correspondía «al llegar (sic) los documentos adicionales, haber efectuado una valoración con perito idóneo, pare (sic) no incurrir en tales yerros».

Enseguida, se refiere a las disposiciones que regulan la cadena de custodia y, con ese soporte, recaba en la obligación del instructor de velar porque las pruebas lleguen al juicio precedidas de autenticidad para no sembrar dudas como la evidenciada.

Al ocuparse de la trascendencia, apunta que se debe prescindir de la entrevista y el testimonio de la psicóloga, por virtud del principio de exclusión, previsto en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal y, como la última tiene especial trascendencia en la sentencia, en la medida que informa sobre el relato de la menor, una vez sometidos los restantes medios de persuasión al escrutinio del juez, no existirá prueba científica que respalde su dicho.

Añade que las irregularidades advertidas, impiden concluir que D.M.P.C. fue víctima de unos actos sexuales, pues tan sólo se trata de una entrevista-valoración psicológica que clama por un diagnóstico final que en la audiencia preparatoria prometió la fiscalía, pero no cumplió.

Acota el censor, que la testigo adopta una posición parcializada en la entrevista, fruto de la aplicación de la experiencia y visión que tiene la entidad estatal, además que no siguió el protocolo de Michigan, supuso unas cosas y las dejó fuera del informe, al que le faltaba una hoja.

En contraposición, la infante entrega una versión por completo distinta a la de la psicóloga, en cuanto asegura que todo lo hizo por presión de su tía (esposa del procesado), y así lo reafirma su tutora en declaración extrajuicio y en su testimonio.

Concluye que al excluir el examen psicológico, la sentencia sería absolutoria porque los restantes elementos no tienen la suficiencia para determinar una certeza más allá de la duda razonable.

Tercero (subsidiario): Falso juicio de identidad.

Afirma el actor, que si bien el Tribunal omitió analizar el testimonio de la menor D.M.P.C., dislate que daría lugar a un falso juicio de existencia, el juez de primera instancia sí reconoce que obra en el proceso y lo utiliza esporádicamente para impugnar la credibilidad del procesado, pero «incurrir en el error de darle la espalda a la prueba cuando de verificar las contradicciones con la versión de la menor se trata».

En ese sentido, el yerro por tergiversación recae en los apartes trascendentes de dicho relato, en los cuales indicó que el procesado no realizó ninguno de los actos imputados.

Tras reproducir algunos apartes, señala que esa versión resulta ser una de las pruebas más importantes, porque aparece como testigo directa de una serie de hechos que, de no ser ciertos, demostrarían la inexistencia material de la conducta punible.

Además, la abuela y tutora de la niña, LCC, afirma que ésta nunca dijo nada de los tocamientos y que la tía, Aura BC, la obligó a decir eso.

Apunta, más adelante, que la verdad histórica permanece en el dicho de D.M.P.C. y en el de su tutora, sin que se pueda decir que una miente y la otra no se puede retractar.

Y si no hay posibilidad de emitir un juicio al respecto, cobra vigencia el in dubio pro reo

y se debe optar por el fallo absolutorio.

Enfatiza que el falso juicio de identidad por tergiversación se configura al dejarse «de valorar la expresión material y objetiva de refutación al dicho de la menor contenida en la versión de DMPC».

En punto de la trascendencia, expresa que la señalada distorsión «impidió conocer todas las aristas que mostraban los hechos aducidos en el juicio oral y así poder determinar con claridad la verdad histórica», e igualmente condujo al juez a darle apoyo a la versión de la menor sin confrontarla «con aquellos dichos que argüían una realidad diferente».

De lo contrario, no se habría concluido, falsamente, en la responsabilidad de su asistido, toda vez que, la evaluación en conjunto con los restantes medios de prueba, evidencia su trascendencia y el agravio que conlleva para el procesado, al no haberse valorado en toda su expresión material y objetiva.

Agrega que, aun cuando no es objeto de la censura acudir a un falso raciocinio, en virtud del principio de no contradicción, «no pueden convivir en una sentencia dos versiones que se oponen entre sí», y no se sabe «quien (sic) dice aquí la verdad y quien (sic) miente».

Tras ilustrar, con doctrina constitucional, lo referente al testimonio del menor, e ilustrar la temática con extractos que, según dice, corresponden a un estudio realizado por profesionales de la psicología y docentes universitarios, afirma, de cara al contenido inicial de la entrevista psicológica, que no es posible saber si la víctima miente y «tampoco hay un psicólogo que deforme el dicho de la menor», y que frente al relato de ésta, en el juicio, que coincide con el de su tutora, no existe prueba que lo desacredite.

Esos aspectos y el concepto «precario» de la psicóloga, evidencian dudas con entidad

suficiente para crear incertidumbre sobre la realización de la conducta punible y la responsabilidad del sentenciado.

Concreta que el falso juicio de identidad recayó en el análisis de las declaraciones de la psicóloga Claudia Liliana Agudelo Ulloa, de LCC y de la víctima, «pues en todos ellos se evidenció una duda que los jueces de instancia callaron en su debate probatorio; haciendo ver dichas pruebas como si corroboraran en forma concluyente los hechos aducidos en la versión de la menor».

Luego de transcribir algunos contenidos de las mencionadas exponentes, afirma que como las dos primeras no presenciaron los hechos, la abuela de la menor es testigo de referencia, y la segunda allega con su testimonio hechos indicadores, sobre los cuales aplica su criterio científico para establecer la ocurrencia del injusto, por lo cual, «su dicho debe valorarse a partir de esa naturaleza indiciaria».

Luego de sustentar, in extenso, aspectos relacionados con la naturaleza del indicio y su exclusión como medio de prueba en la Ley 906 de 2004, expresa que cuando la psicóloga señala que ella solo hace unas recomendaciones y concluye que la niña fue víctima del acto abusivo, solo hace «un reporte de conductas que se ajustan a una presunta situación de violencia sexual», pero ese hallazgo no guarda relación causa-efecto con la versión de la menor, sólo es un hecho indicador de algo que pudo ser, como no ser, porque se requería de otras pruebas para llegar a la verdad, como el diagnóstico.

Se dedica, enseguida, a examinar diversos conceptos relacionados con la entrevista, el rol del psicólogo y del médico forense para concluir que, en este caso, los hechos indicadores aportados por los profesionales de la salud no son necesarios, sino contingentes.

Agrega, a todo lo anterior, que HT negó haber efectuado los tocamientos a D.M.P.C., aspecto que en el campo del derecho se constituye en una negación indefinida

que invierte la carga de la prueba y el juzgador vulnera flagrantemente sus garantías al expresar que no se puede tener en cuenta su retractación.

En el acápite que denomina confrontación de la literalidad de la prueba con la lectura de los jueces de instancia, reitera los argumentos expuestos en los cargos precedentes, y otros más, relacionados con el contenido de la Ley 1652 de 2013, trae a colación aspectos que, asegura, fueron tratados en el foro realizado en el Instituto de Medicina Legal acerca de papel del psicólogo en el sistema judicial, en aras de recabar que, en el sub judice, a la menor no se le practicó una entrevista forense.

En cuanto a la trascendencia del yerro, aduce que el desacierto de los juzgadores repercute en la declaración de justicia contenida en el fallo, porque vulnera las garantías legales y constitucionales de HT, en cuanto fundaron su sentencia en la versión de D.M.P.C., que consideran corroborada por el testimonio de la psicóloga, desatendiendo en esa valoración lineamientos de la sana crítica.

Concluye que no hay opción diferente a la de absolver al procesado, ante la duda que se evidencia sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del mismo.

En lo restante del discurso, trae variadas notas ilustrativas de la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

Cuarto cargo (subsidiario): nulidad.

Comenta el censor, que el Tribunal, al desatar el recurso de apelación, omitió responder los reparos planteados contra la decisión del juez de primera instancia que acusaba un defecto de valoración probatoria y la omisión de la regla de exclusión probatoria.

Tampoco se pronunció sobre las alegaciones del representante del Ministerio Público quien acusó la sentencia de no adecuar los testigos de referencia y los presenciales, así como de presentarse duda razonable y sobre la falta de idoneidad de la profesional que hizo la entrevista psicológica.

Si el Ad quem hubiese tenido en cuenta todas las irregularidades de la entrevista psicológica que se destacaban, se habría consolidado, al menos, la duda probatoria, cuya materialidad se establece al confrontar la versión de la menor con las diversas pruebas aducidas en juicio, que no arrojan claridad sobre la verdad histórica.

De esa manera, se desconoció el derecho de defensa del procesado, porque solo se estudió el dicho de la infante vertido en la entrevista inicial.

Luego, expresa que dentro del recurso de apelación, el representante de la sociedad manifestó su inconformidad aduciendo un defecto fáctico que concretó en una valoración defectuosa del material probatorio y en la omisión de la regla de exclusión, última esta que el juez plural estudió de manera parcial, sin entrar en el análisis del primer reparo.

Tras enseñar su opinión frente a las temáticas en comento, subraya que dicho ataque se encaminó a resaltar la prueba favorable al procesado, la cual no se examinó por el juez de primera instancia.

Aparte de justificar que el defecto atiende a los principios de las nulidades, concreta que afecta la actuación desde el momento de proferirse la sentencia de segunda instancia, que no existe otro medio para subsanarla y que es trascendente porque no hay pronunciamiento sobre los puntos alegados en el recurso de apelación incoado por la defensa material y está relacionado con la valoración del material probatorio favorable al procesado.

Y en cuanto a la omisión de la regla de exclusión, tan solo analizó la entrevista psicológica como prueba directa, donde la versión de D.M.P.C., era parte de su estructura, sin tener en cuenta que una de las causales aducidas tenía como fundamento la violación al deber de confidencialidad, consagrado en la Ley 1090 de 2006.

Los argumentos presentados por el procurador en la sustentación oral de apelación, se orientaban a cuestionar el defecto fáctico en que había incurrido el juez de primera instancia, pero no se atendió a esa petición, vulnerando el debido proceso, en su componente de contradicción, al tiempo que solo se valoró lo desfavorable, incurriendo en una motivación incompleta.

Solicita casar la sentencia impugnada y, en su lugar, se profiera la de reemplazo en la que se realice un nuevo examen del plexo probatorio, sin desatender pruebas trascendentales para establecer la verdad histórica, como es el testimonio de la menor D.M.P.C. estableciendo, desde un comienzo, la naturaleza de indicio contingente que tiene la entrevista psicológica inicial, practicada, no por una forense, sino por una terapeuta, sin desatender el deber de confidencialidad.

CONSIDERACIONES

1. La admisión de una demanda de casación, en el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004, está condicionada al cumplimiento de los requisitos consagrados en los artículos 183, atinentes al preciso y conciso señalamiento de la causal invocada y el desarrollo de sus fundamentos, por lo cual, debe contener un mínimo de coherencia y rigor conceptual que permita establecer, con facilidad, cuál es el error que se atribuye al sentenciador y su efecto determinante en la decisión recurrida.

A su turno, el canon 184-2 ejusdem preceptúa que no será seleccionado el libelo cuando i) el demandante no tenga interés, ii) prescinda de señalar la causal, iii) no

desarrolle los cargos de sustentación o iv) cuando se advierta que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia.

El defensor del procesado se marginó por completo de las reglas que rigen la impugnación extraordinaria, porque no comprobó que el asunto requiere alcanzar alguno de tales propósitos y tampoco se ciñó a los parámetros lógicos, argumentativos y de postulación, atinentes a los motivos invocados.

2. Dígase, para comenzar, que en la formulación de las distintas censuras desatiende el principio de prioridad que rige en casación, en cuanto ha debido proponer de manera principal el cargo de nulidad y no como subsidiario de la violación indirecta.

En efecto, si busca que se invalide lo actuado a partir del momento en que se dictó la sentencia de segunda instancia, resulta contrario a la lógica que primero se someta a consideración de la Corte los cargos destinados a obtener una sentencia de reemplazo, por defectos de apreciación probatoria, porque en este supuesto se parte de la base que el impugnante no tiene reparos frente a la legalidad de lo actuado.

Y si bien el demandante se anticipó a expresar que iniciaría con los reproches que procuran la absolución, porque conforme al criterio de la Corte, ésta prevalece frente a la nulidad, es preciso reiterar, como se dijo en CSJ AP 11 dic.2013, rad. 42481, que «ello acontece cuando habiéndose postulado censura diversa a la que comporta la invalidación de la actuación, aquella está llamada a prosperar, frente a lo cual se impone la decisión que mayor beneficio reporta al acusado, que en un tal caso no sería otra que la absolución, por erigirse como la mejor garantía de protección del derecho de defensa».

Por manera que, como igual se procedió en el asunto que se invoca, la Sala iniciará con

el análisis de la nulidad, porque del contenido de la demanda no se advierte la necesidad de adoptar una decisión absolutoria a favor del procesado.

3. Bien se sabe que en materia de nulidades, es preciso agotar una carga argumentativa que involucre las normas que resultaron vulneradas con la supuesta actuación irregular, así como los motivos que la originaron y la demostración ineludible de que no existe otra manera de restablecer el derecho afectado, así como el efecto dañino que irradia en la declaración de justicia, porque no se trata de hacer valer cualquier anomalía o hipótesis sin sustento.

En el caso de la especie, el libelista aduce, en el cuarto cargo, que se incurrió en un defecto de motivación incompleta y lo hace consistir en que el Tribunal omitió responder los reparos planteados contra la decisión del A quo, pero en verdad, su molestia radica en la manera como fueron resueltos.

Basta revisar el contenido del fallo de segunda instancia, para advertir que los aspectos cuestionados en el escrito de apelación¹², encuentran respuesta en la decisión, pues al tiempo que obra el examen concerniente al testimonio de la menor víctima, tanto en la entrevista como en el juicio, así como las declaraciones de LCC, abuela y tutora de la infante, y de la psicóloga Claudia Liliana Agudelo, también se verifica el estudio concerniente a la valoración efectuada por ésta, con cita jurisprudencial, y los cuestionamientos contra la Fiscalía por no haber practicado pruebas como el examen al cuchillo, para comprobar si tenía huellas digitales de HT, y los estudios de alcoholemia y psiquiátricos al procesado, según se reclamaba por la defensa.

Lo anterior pone de presente, la falta de razón en las réplicas del libelista, quien, en todo caso, se sustrae de acreditar lo cierto de sus aseveraciones y, a cambio de ello, en una amalgama argumentativa, ajena a las exigencias de coherencia y precisión del recurso extraordinario, como es la constante de su prolongado escrito, indistintamente,

formula una serie de denuncias que no corresponden a la causal aducida, pues sugiere que, en ausencia de las supuestas irregularidades, se habría consolidado una duda probatoria, porque al confrontar la versión de la menor con los medios de convicción aducidos en el juicio, se concluye que no arrojan claridad sobre la verdad histórica y que, entonces, se desconoció el derecho de defensa de su prohijado.

De esa manera, incurre en evidente contradicción, porque a la crítica por nulidad le involucra un problema de estimación probatoria, susceptible de ser cuestionado y demostrado de manera independiente, en el marco de la causal tercera.

Lo único que se verifica es la intención de afianzar el reproche en la percepción subjetiva y fraccionada de los fundamentos de la sentencia para, simplemente, revelar una opinión distinta y opuesta a la del sentenciador, la cual pretende hacer valer aún a costa de desdibujar la realidad contenida en el expediente, pues también critica al Ad quem porque no se pronunció sobre las alegaciones del representante del Ministerio Público, siendo que este sujeto procesal no impugnó el fallo de primer grado.

Y, aun así, no tendría legitimidad para elevar tal reclamo, pues si bien la postulación de una nulidad exime de acreditar que lo discutido hubiese sido planteado en sede del recurso de apelación, lo cierto es que el defensor no puede hacer eco de las pretensiones del Ministerio Público, con la finalidad de darle consistencia a su reclamo invalidante.

Dejó de considerar que la proposición de nulidades en sede de casación no constituye un espacio abierto en el que se pueda postular cualquier situación a manera de irregularidad. Se trata de un remedio extremo del proceso, que no procede por la simple enunciación del vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento jurídico, pues su declaratoria opera por las causales expresamente consagradas en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal y se rige por los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia y residualidad, previstos en el artículo 310 de la misma

normativa.

En esas condiciones, la censura no puede ser admitida.

En los restantes reproches, también incumple con los presupuestos de lógica y debida argumentación, por lo cual, no demuestra los desaciertos de apreciación probatoria que atribuye a los juzgadores.

4. En el cargo primero propone un error de derecho por falso juicio de legalidad, que se configura cuando el juez le confiere validez a un medio probatorio que no cumple los requisitos formales en su producción (aspecto positivo), o cuando excluye uno que sí los reúne (aspecto negativo).

Además de identificar la prueba censurada, el demandante tiene la carga de especificar la formalidad legal omitida, con señalamiento de la norma que la contiene, y su incidencia en la decisión, haciendo ver, según el caso, que la exclusión o inclusión del medio probatorio cuestionado tendría la capacidad de cambiar el sentido del fallo.

También es posible atacar, por la misma senda de error de derecho, la apreciación de una prueba ilícita, esto es, la que ha sido allegada con violación de los derechos fundamentales, caso en el cual, es preciso concretar la garantía esencial vulnerada y cómo, a pesar de ello, el juzgador le confirió valor suasorio.

El censor plantea la regla de exclusión probatoria consagrada en el último inciso del artículo 29 de la Carta Política, con la finalidad de acreditar que se debe prescindir del testimonio de la psicóloga Claudia Liliana Agudelo Ulloa, con el que se introdujo la versión de la menor, pero lo cierto es, que en todo su discurso, atiborrado de conceptos sobre distintos temas, citas jurisprudenciales e ideas repetitivas, no consigue evidenciar la ocurrencia del desatino, por cuanto se margina de enfrentar el juicio valorativo de los juzgadores, requisito de ineludible confrontación, para comprobar la ilicitud que pregonaba.

En efecto, hace consistir el disenso en que la declaración de marras se incorporó sin el debido consentimiento de la menor o de su representante legal, en desconocimiento de lo previsto en la Ley 1090 de 2006 (por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Psicología), pues la autorización de la abuela de D.M.P.C. fue solo para entrevista y valoración psicológica, pero no para ser usada como prueba en un potencial juicio.

Bajo ese indemostrado supuesto, concreta que la ilicitud derivó de la forma como fue recogida la versión de la infante, esto es, a través de una entrevista psicológica, con miras a buscar un presunto abuso sexual, sin que se allegara el resultado de la misma.

La propuesta merece varias precisiones.

En primer lugar, bien se sabe que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 906 de 2004, están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, presupuesto que no sólo deriva de la legitimidad, oportunidad y procedencia de la impugnación, sino de haber recurrido el fallo de primera instancia, porque lo contrario, esto es guardar silencio, se considera actitud de plena conformidad con lo allí decidido.

Así mismo, no basta que el sujeto procesal haya apelado la decisión, sino que debe existir identidad temática entre los motivos que dieron origen a la alzada y los que se aducen en sede de casación.

Esta última premisa es la que se avizora como incumplida en este caso, porque el defensor del procesado, aquí recurrente, no planteó ante el Tribunal, que la entrevista psicológica de la menor víctima se incorporó al juicio sin el debido consentimiento de ésta o de su representante legal, en desconocimiento de los artículos 2, 5 y 26 de la Ley 1090 de 2006.

Resulta, por tanto, inconsistente que si el Tribunal no tuvo oportunidad de pronunciarse

al respecto, se acuda a la casación para endilgarle yerros de apreciación que no pudo cometer.

De otra parte, el reclamo, como todos los demás, no pasa de ser una muestra de su inconformidad con los juicios valorativos del sentenciador, al momento de analizar el testimonio de la psicóloga de la Comisaría 2 de Familia, Claudia Liliana Agudelo Ulloa, con el cual se incorporó la entrevista que le realizó a D.M.P.C., previa solicitud de la URI de (...) -Cundinamarca, una vez las autoridades tuvieron conocimiento de los vejámenes a los que el procesado sometió a la menor.

Esa reseña, impide colegir, como lo hace el demandante, que la citada entrevista no sería utilizada para fines judiciales.

De otra parte, la lectura íntegra de los fallos de primera y segunda instancia, que en este caso confirman una unidad jurídica inescindible, en cuanto confluyen de manera armónica a determinar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del procesado, permiten advertir la falta de fundamento en las quejas del libelista, quien acude al recurso pretextando inconsistencias que en últimas no demuestra.

Lo anterior, es así, porque, como bien lo precisó el Ad quem, y se constata en la foliatura, la abuela de la menor, LCC, dio autorización «para entrevistar y hacer valoración psicológica a la niña (...), por los presuntos actos abusivos de que fue víctima»¹³.

De allí que resulten desatinados los cuestionamientos orientados a demostrar la omisión de requisitos legales en la aducción de la entrevista, mediante la testigo de acreditación, porque las razones que suministra el demandante son el producto de su percepción personal que poco o nada coincide con la realidad procesal.

Con ese propósito, afirma que una entrevista no se puede llevar al juicio cuando no se

ha calificado la idoneidad del experto, sin mencionar que el Tribunal, en sede del recurso de apelación, desechó una propuesta similar afianzada en que la única entidad competente para efectuarla es el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En estos términos se pronunció el Ad quem:

...debe la Sala recordarle al impugnante que el Código de Procedimiento Penal establece que ejercen función permanente de Policía Judicial los servidores públicos investidos de esa función, pertenecientes al CTI de la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las autoridades de tránsito, las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con (sic) lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario, los alcaldes, los Inspectores de Policía y, transitoriamente los entes públicos que por resolución del Fiscal General de la Nación hayan sido autorizados para ello. En consecuencia, deberán actuar conforme con (sic) las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.

En este sentido, el Fiscal General de la Nación, mediante la Resolución No 918 del 15 de junio de 2012, otorgó transitoriamente por el término de 5 años a los Comisarios de Familia, psicólogos, trabajadores sociales y médicos que integran las Comisarías de Familia, en todo el territorio nacional, dentro de su respectiva jurisdicción, la facultad para ejercer las funciones de policía judicial.

La mencionada resolución facultó a dichos funcionarios para recibir denuncias, querellas e informes, realizar entrevistas, efectuar inspecciones en el lugar (sic) de los hechos y en lugares distintos al hecho y recaudar todas las evidencias y elementos materiales probatorios cuyo hallazgo se efectúe como consecuencia de tales inspecciones y recaudar

los elementos y demás evidencias y elementos materiales probatorios que requiera el Fiscal Director de la indagación o investigación, de acuerdo con el programa metodológico y órdenes que emita para tal fin.

En este orden de ideas es claro que no media irregularidad alguna en que la entrevista haya sido llevada a cabo en la Comisaría Segunda de Familia de (...), por la profesional en psicología de la entidad. De igual forma, también se le pone de presente al defensor que las Comisarías de Familia son una dependencia de las Alcaldías Municipales, siendo coherente que se haya plasmado la entrevista en hojas de dicho ente, siendo que tanto éste, como la objeción relativa a la redacción de ésta son críticas al trámite, que no afectan lo sustancial del documento en el que consta la entrevista referida¹⁴ (subrayas originales).

Si la intención del impugnante, era controvertir ese discernimiento, equivocó la ruta de ataque, pues debió acudir al error de hecho por falso raciocinio y demostrar, conforme a las pautas que le son inherentes, que el sentenciador arribó a conclusiones ilógicas o irrazonables que contradicen las reglas de la sana crítica.

Contrario a esa metodología, se da a la tarea de formular un punto de vista diverso y tardío, para insistir que un psicólogo no puede revelar la información obtenida de su paciente, causando así un daño a la intimidad de la niña, dando por demostrado, sin estarlo, que en este caso se practicó una valoración psicológica, no una entrevista forense, incurriendo de esa manera en clara petición de principio.

Además, a sabiendas que no es este momento procesal oportuno para cuestionar la idoneidad de la psicóloga, intenta justificarlo diciendo que al respecto no se hizo oposición alguna en el juicio, porque se esperaba que allí apareciera la referida autorización.

Y, como si en materia de casación bastara con las simples afirmaciones del recurrente,

quien asume que la carga demostrativa de los yerros se suple con extensas argumentaciones que nada concretan, se escuda en la corta experiencia de la profesional para deducir que no es policía judicial, marginándose, nuevamente, de las amplios y consistentes razonamientos, algunos ya transcritos, que condujeron al juez plural a rechazar el mismo planteamiento defensivo.

5. Similar falencia argumentativa es reiterada en el segundo cargo el que también direcciona a refutar, por la vía del falso juicio de legalidad, la entrevista psicológica porque, según dice, se omitió el deber de aducirla en su totalidad y además la profesional no atendió al protocolo de Michigan.

El reproche, bien se observa, no refiere algún error en la incorporación de la entrevista al proceso por desconocimiento de cierto requisito legal o violación de derechos fundamentales, sino a la intención de prolongar el debate que culminó en las instancias, pues, enseguida razona que mientras no exista claridad en esos aspectos, permanecerá la duda de si efectivamente se examinó a la presunta víctima.

Para reforzar esa tesis, acude a diferentes alternativas orientadas a obtener la exclusión de la entrevista en comento, sugiriendo, por ejemplo, que el instructor se apartó de la obligación de velar que las pruebas recaudadas lleguen al juicio precedidas de autenticidad, para no sembrar dudas, como la evidenciada.

Esa obstinada postura del letrado, de desconocer la realidad procesal, reduce su escrito a un simple alegato de instancia, incapaz de alterar la doble presunción de acierto y legalidad que cobija el fallo de mérito, donde no se aprecian argumentos que sugieran, mínimamente, la presencia de alguna duda probatoria que deba ser resuelta a favor del procesado.

Valga apuntar que el Tribunal no fue ajeno a la poca experiencia de la citada profesional y a la falta de conocimiento frente a los procedimientos a realizar, concretamente, el

protocolo de Michigan, lo cual, según apuntó «no es óbice para desacreditar lo expresado por la menor y que fue consignado en la entrevista»¹⁵

6. Los desaciertos no son menores en la postulación del tercer cargo, por falso juicio de identidad, porque si bien es cierto que dicha falencia se puede estructurar cuando el fallador cercena o recorta el contenido objetivo de una prueba, el censor no evidencia tal desatino, ni su trascendencia en la decisión confutada, sino su inconformidad por no habersele dado credibilidad a la versión de la menor en el juicio, donde negó que el procesado le hubiese realizado los actos imputados.

Así se constata, pues, sin entrar a comparar el contenido de ese relato y lo que al respecto dijo el juzgador para demostrar el aparte textual mutilado, en aras de verificar su ocurrencia y su consiguiente trascendencia, se propone a exaltar su importancia para acreditar la inexistencia de la conducta punible.

Con el mismo interés, destaca lo expuesto por la abuela y tutora de la infante, LCC, para hacer ver la armonía entre ambas versiones, en cuanto a la no ocurrencia de los tocamientos, subrayando que, como ABCC, esposa del procesado, obligó a D.M.P.C, a decir lo expuesto en la entrevista, se hacía necesaria la versión de la menor en el juicio, para conocer la verdad.

La demostración de esa hipótesis se desenvuelve en el marco de una exposición fundamentada en apreciaciones netamente personales, fruto de la exclusiva percepción del libelista, y por tanto inidónea para concretar algún error judicial ostensible, máxime cuando los falladores negaron credibilidad al dicho de la infante en el juicio, y al de la tutora de ésta, con razonamientos que el demandante ni siquiera cuestionó.

En efecto, dijo el sentenciador que la versión de la menor, en el juicio oral, donde negó la ocurrencia de los actos lascivos por parte del procesado y adujo que mintió por petición de su tía Aura BC, no merece credibilidad porque «no refulge concreta,

espontánea, ni mucho menos fluida»¹⁶, y como es característico de un testigo que ha sido preparado, «se limitó a contestar preguntas que le fueron formuladas con monosílabos (sí o no) y frases cortas y tajantes (“yo no dije eso”)¹⁷, simplemente, indicó que acusó al procesado porque así se lo pidió su tía, pero sin explicar la razón para acceder a ello.

Además, según se consignó en la valoración psicológica, la menor no tenía buena relación con la aludida pariente, quien la obligaba a hacerse cargo de su hijo y a asumir roles que no le correspondían.

Tampoco –prosigue el fallador– emerge motivo que explique la variación trascendental de sus iniciales manifestaciones durante la entrevista, donde se mostró «espontánea, concatenada y congruente con su estado anímico y emocional»¹⁸, según lo refirió la misma psicóloga.

Todo lo anterior, sumado a la ausencia de algún argumento tendiente a esclarecer el motivo por el cual la menor, supuestamente, faltó a la verdad ante distintas personas y funcionarios y solo decidió hablar hasta el juicio oral, permite advertir «que dicho señalamiento, además de anómalo, resulta injustificado y, por ende, inverosímil»¹⁹.

Lo expuesto hasta este momento, deja sin piso las aseveraciones del casacionista y permite advertir que su queja no radica, realmente, en la supuesta mutilación al relato de la menor en el juicio, sino en que el juez plural no le dio credibilidad, como igual aconteció con LCC, abuela y tutora de D.M.P.C., quien en su testimonio pretendió favorecer al procesado, pero el fallador calificó su relato como «una simple especulación desvirtuada por el material probatorio»²⁰.

Bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Sala, que cualquier reproche dirigido a disentir de la evaluación probatoria cumplida en las instancias, no habilita una

revisión de fondo en sede de casación, porque el sistema de valoración vigente en nuestro ordenamiento jurídico, confiere al juzgador cierta libertad para la apreciación de los elementos de juicio, limitado únicamente por los postulados de la sana crítica, cuyo desconocimiento se debe atacar por la vía del error de hecho por falso raciocinio.

En ese supuesto, le corresponde al demandante identificar el postulado lógico, la ley científica o la máxima de la experiencia que resultó desconocida, luego de precisar qué dice en concreto el medio probatorio y aquella deducción ilógica o absurda que infirió el fallador; cuál el mérito que le otorgó y cómo, ese dislate, trascendió en el resultado de la sentencia impugnada.

No obstante, como ya se había anticipado, el censor acudió a esta sede con el único propósito de sobreponer una particular postura interpretativa, que, en momentos, soporta en conceptos infundados, como cuando asevera que la tutora de la infante es testigo de referencia -pese a que renglones atrás promovió su fuerza de convicción- y que la psicóloga, con su testimonio, solo allegó hechos indicadores, cuando la jurisprudencia de la Sala ha sido consistente en precisar que tanto lo dicho por los niños a sus familiares como a los profesionales que los atienden, son prueba directa de lo que perciben de ellos.

Así, en CSJ, SP, 30 feb. 2010, rad. 30612, se dijo:

No obstante, si, como lo ha fijado la Corporación y según lo visto en precedencia, el testimonio de los peritos y las atestaciones de la madre del menor abusado no son pruebas de referencia, entonces en sana lógica, el argumento que sustenta el cargo surge viciado, porque parte de supuestos inexistentes pues no cumple con demostrar que los aludidos medios de convicción constituyen pruebas de referencia, razón por la cual, ninguna irregularidad existe en que, al lado de otros elementos de juicio, aquellos hubiesen contribuido a construir el juicio de condena.

Otro sustancial desatino, consiste en asegurar que la prueba indiciaria fue excluida de la Ley 906 de 2004, mientras que en reiterada jurisprudencia se ha concluido que mantiene su existencia, pese a que no se encuentre dentro de la lista que, a modo de medios de conocimiento, trae el artículo 382 ejusdem, pero «ello no significa que empero, las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas²¹.

Se concluye, en la absoluta falta de fundamento de la censura.

7. En definitiva, el sustento de los reproches no alcanza a desvirtuar la doble presunción que se predica de la sentencia de segunda instancia porque no se acredita, conforme a la lógica y la técnica que gobiernan el recurso extraordinario, la existencia de un defecto sustancial a partir de una concreta situación ocurrida dentro de la actuación, con capacidad de cambiar el sentido del fallo.

En virtud del principio de limitación, la Corte no puede aceptar causales distintas, ni examinar ninguna diferente a las alegadas, como tampoco está facultada para corregir, complementar o modificar los argumentos plasmados en la demanda.

8. Para finalizar, como no se encuentran causales ostensibles de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, no es procedente admitir la demanda para un pronunciamiento de mayor fondo.

9. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Corte desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic.2005, rad. 24322 y precisadas en AP-3481-201422.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda formulada a nombre de LMHT.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, de conformidad con el artículo 184, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

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

CASACIÓN 45584 (LEY 906) – INADMISIÓN

Fiscal 1º Seccional de Funza: Miguel Antonio Hernández

Procesado: LMHT

Defensor: Edwin Segura Escobar

Juez 1º Penal del Circuito de Facatativá: Carlos Armando Linares Bejarano

Tribunal Superior de Cundinamarca: Augusto Enrique Brunal Olarte (ponente), Joselyn Gómez Granados e Israel Guerrero Hernández

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

Formulación de imputación 15 de julio de 2012

Sentencia de segunda instancia 9 de septiembre de 2014

Tiempo en Corte 9 de septiembre de 2019

Impedimentos: No

Decisión:

La Corte inadmite la demanda presentada por el defensor del procesado, porque no demostró la ocurrencia de alguna irregularidad sustancial con capacidad de invalidar el trámite, ni los yerros de apreciación probatoria que menciono en los distintos reproches.

Limitó su disenso a oponerse a los razonamientos judiciales.

Temas examinados:

Requisitos formales de la demanda de casación.

Técnica para acudir a las causales de nulidad y violación indirecta de la ley por errores de hecho y de derecho.

Magistrado Ponente

Dr. Eyder Patiño Cabrera

Proyectó:

Laura Prieto R.

Septiembre de 2015

- 1 Folios 3 a 7 de la carpeta anexa.
- 2 Folios 21 a 25 lb.
- 3 Folios 29 y 30 lb.
- 4 Folios 35 a 41 lb.
- 5 Folios 48 a 67 lb.
- 6 Folios 14 a 32 primer cuaderno del Tribunal.
- 7 Folio 93 de la carpeta anexa.
- 8 Folio 103 lb.
- 9 Folios 118 lb.
- 10 Folios 145 a 183 lb.

11 Folios 11 a 43 segundo cuaderno del Tribunal.

12 Folios 189 a 203 carpeta anexa.

13 Folio 134 de la carpeta anexa.

14 Folios 34 y 35 Cuaderno del Tribunal.

15 Folio 36 lb.

16 Folio 28 lb.

17 Folio 29 lb.

18 lb.

19 Folio 30 lb.

20 Folio 32 lb.

21 Cfr, entre otras, CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, AP 24 ene. 2007, rad. 26618 y AP 27 jul.2011, rad. 36144.

22 Radicado 42597.