

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP6907-2015

Radicación 46479

(Aprobado en acta No. 424)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015).

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de la demanda de casación presentada por la defensora de LIPB, contra la sentencia de 21 de mayo de 2015 mediante la cual el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como autor del ilícito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La señora JSTQpuso en conocimiento de la autoridad que LIPB, quien residía en la calle (...) del barrio CRP, de Cúcuta, realizaba tocamientos libidinosos a su propia hermana A.C.R.B de 9 años de edad, uno de cuyos actos fue presenciado el 23 de abril de 2012 por unos niños vecinos.

El 15 de mayo de 2012, ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cúcuta, se cumplió la audiencia de legalización de captura de LIPB, previamente ordenada por un juez homólogo. En la misma diligencia la Fiscalía le imputó la posible comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, según los artículos 209 y 211 numeral 5° (por el grado de parentesco) del Código Penal, y solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva intramural. El imputado no aceptó los cargos y se le afectó con la medida cautelar de carácter personal deprecada.

Presentado el 11 de julio de 2012 el escrito de acusación por el citado ilícito, el 30 de agosto siguiente se surtió en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá la audiencia de formulación de la misma.

Evacuadas en ese despacho judicial las audiencias preparatoria y de juicio oral, mediante sentencia de 26 de febrero de 2015 fue condenado PB como autor del delito objeto de acusación, a las penas de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria.

Contra la anterior determinación la defensora interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Cúcuta a través de sentencia de 21 de mayo de 2015 confirmó la condena, ante lo cual insiste la profesional al impugnar extraordinariamente, allegando la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Corte.

DEMANDA

Primer cargo:

Con fundamento en la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, solicita «la nulidad del juicio oral, desde la misma sentencia»,

ante la infracción del debido proceso, dada la motivación insuficiente del Tribunal.

Señala que los temas de la anulación y aplicación del principio in dubio pro reo, planteados en el recurso de apelación, no fueron respondidos cabalmente por el superior, como cuando se concluyó que el examen sexológico era suficiente para confirmar el fallo porque se anotaba allí que «no se descarta el abuso sexual», pues era una prueba incompatible ya que su naturaleza es determinar el acceso carnal.

Para la libelista, el Tribunal tomó la decisión apresurada de ratificar la condena con mínimas variaciones acudiendo a afirmaciones abstractas y genéricas, sin explicar, como era su deber, las razones que lo llevaron a persistir en la declaración de responsabilidad de su defendido y en la alta pena de prisión impuesta.

Cita como infringidos los artículos 29 de la Constitución Política, 10°, 15 y 162, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo (Subsidiario):

Dice acudir al numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y pregona «la violación indirecta de la ley por no decretarse la duda como norma sustancial medio».

En criterio de la casacionista, el procesado no es autor ni partícipe de las conductas que le enrostran en la sentencia, de ahí que estima que el Tribunal incurrió en un error de hecho «al no darse aplicación a la duda que campea a lo largo del juicio oral».

Repara en que la Fiscalía ofreció soportar su teoría del caso con trece testigos pero se quedó sólo con la declaración del menor YARV, vecino de la casa donde residía el procesado, testigo único pero mendaz.

Expone que hay tres vertientes testimoniales: i) La ofrecida por la presunta víctima con sus padres y vecinos; ii) La de los funcionarios de la Fiscalía, medicina forense y policía judicial; y iii) La vertida por los miembros de la Policía Nacional.

Para la defensora, los familiares de la niña en la audiencia del juicio oral indicaron que la conducta punible no existió y nunca haber observado algo indebido o anormal de parte PB.

Agrega que el menor YARV dijo inicialmente vivir cerca de la casa del procesado, pero luego aseveró que era al lado, además, en criterio de la libelista él no pudo observar los hechos libidinosos que narró; pues si bien indicó haber presenciado un acto por la mañana y otro por la tarde, la niña era dejada en las mañanas en casa de su abuela, además, el joven estudiaba también en la jornada matutina, en tanto que la niña iba al colegio por la tarde.

Y aunque declaró que al levantarse observó por un hueco de la pared que «...» tocaba a la hermana, no especificó algún acto delictivo, también refirió que en uno de los actos hubo penetración y que lo grabó en su teléfono celular, pero tal aseveración fue desvirtuada en el juicio oral con la prueba forense aportada conclusiva del himen íntegro de la niña, además, el aludido video nunca fue aportado al diligenciamiento.

Añade que el menor YARV aseguró que su hermana estaba a su lado cuando observó los hechos, pero ésta lo desmintió cuando dijo que lo que sabe es por comentario de su hermano.

De otro lado, la defensora denuncia que la niña fue separada de su familia y conminada a dar una declaración acomodaticia para que pudiera volver a su hogar, pues la menor afirmó «que la doctora Marta le dijo en la entrevista que dijera esas cosas no verdaderas para dejarla ir a casa».

Paralelamente, aduce que a JSTQ no le constan los hechos, y aunque dijo haber visto un

video que registraba unos piecitos, no supo de quien eran y no refirió a algún acto sexual.

Que María Esther Valencia, madre del menor testigo, lo único que conoce es por comentarios de sus hijos, y también dijo haber visto el video pero no fue allegado al diligenciamiento, incluso, refuta a su hijo cuando dijo que él se asomaba colocando una silla encima de la cama, porque el niño dijo que colocaba la silla sobre una mesa.

Respecto de las otras vertientes testimoniales, sostiene que Orlinda Rosmira Alarcón Altamar, quien atendió a la menor y da cuenta de retraso o deficiencia en el desarrollo verbal, indicó que ésta le dijo que no había sucedido nada ni había sido víctima de nadie, lo cual se confirma con el examen sexual determinante de la integridad de su himen.

Que por su parte la policial Mayerli Hernández Manosalva refirió que en el video vio a un adulto con una menor, atestación que riñe con quienes dicen se veían sólo unos piecitos, pero faltó a su deber ya que no lo guardó con cadena de custodia para que hiciera parte de la actuación.

Y que la investigadora Nidia Milena Montañez Mendoza «quien posee como profesión supuestamente la de sicóloga», fungió como policía judicial pero se inmiscuyó en la sicología forense sin poseer cargo o función para ello, pues interrogó a la niña sin observar los protocolos, y cayó en el campo de la ilegalidad al relatar palabras que supuestamente dijo la menor sin mediar autorización de sus padres para revelarlas en público, prueba que en criterio de la defensora es nula de pleno derecho.

Por último, expone que el fotógrafo Rodrigo Torres Arciniegas, no es testigo, sólo participó en la inspección judicial realizada al inmueble de la progenitora del menor YARV, y no en la casa donde residían víctima y victimario, y de la fotografía 13 que registra un mueble metálico y un televisor, se deduce la imposibilidad de observar los hechos desde la casa del único testigo, además ese profesional tomó las imágenes sin el lleno de las

formalidades legales, contra las cuales no pudo ejercer el derecho de contradicción.

Que igual sucede con el topógrafo judicial David Jesús Ortiz Contreras, pues hizo su labor sin la presencia del testigo de cargo como punto de referencia.

Concluye la libelista que de las anteriores pruebas surge dudas, en tanto que los testigos de la defensa como MYB, hermana del procesado, dijo que nunca se enteró de comportamientos delictivos de él, agregando que la madre del menor testigo «le tenía rabia» pues se refería a él de manera despectiva y lo trataba como «marihuanero».

LABL, tía de la víctima señaló que LI trabajaba en la noche y madrugada en puesto de comidas rápidas, llegaba a las dos o tres de la mañana y dormía hasta casi el medio día, de manera que si la niña no estaba en casa al permanecer donde la abuela y él estaba dormido, se estructura la mentira del testigo único.

Consecuentemente, pide casar el fallo y emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su asistido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo:

Ha sido criterio reiterado de la Sala que cuando el censor acude a la causal prevista en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 debe precisar los vicios de estructura o de garantía que denuncia con la entidad suficiente para invalidar la actuación procesal, corriendo con la carga de indicar el radio invalidante y demostrar que la anulación es el único remedio para enmendar el yerro.

Aunque en este caso la defensora radica el desafuero procesal en la deficiente motivación

del fallo del Tribunal no explica las posibles deficiencias en cuanto a los temas planteados en el recurso de apelación, que le hubieran impedido comprender los razonamientos judiciales que ratificaron la decisión de condena.

El artículo 162 de la Ley 906 de 2004 exige como requisito formal de la sentencia, entre otros aspectos, la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, la cual se constituye en pilar del debido proceso y a la par en garantía de defensa, por eso la Corte ha precisado que un reproche relativo a la omisión de tales requisitos sólo tiene la entidad de anular el trámite cuando se refleja en la carencia de argumentación o una ambivalencia del razonamiento judicial que impide entender cabalmente la forma como se arribó a la parte dispositiva del fallo, es decir, cuando hay ausencia absoluta de motivación, es incompleta o deficiente o se muestra dilógica.

El primer evento, tiene lugar cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión; el segundo, si omite analizar uno de los aspectos señalados o los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que ella se sustenta; y el tercero, cuando las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive.

Bajo esa óptica, resultará vacua la simple oposición a la valoración hecha en la sentencia o la inconformidad con las razones del juzgador porque desde la arista del opugnante se consideren desacertadas y contrarias a sus pretensiones, pues lo adecuado será demostrar la carencia de fundamentos tanto de orden probatorio, como jurídico en el fallo, la precaria motivación que imposibilite identificar el soporte de la decisión o la contradicción en los argumentos impeditiva de desentrañar su verdadero sentido.

Y aquí precisamente la demandante no clarifica cuáles fueron los tópicos que abordó en

el recurso de apelación para deprecar ante el superior de un lado la anulación procesal, y de otro, la aplicación del principio in dubio pro reo, dejando se queja huérfana de demostración. Sólo repara en el valor suasorio otorgado al examen sexológico al refutar que era incompatible porque su naturaleza es determinar el acceso carnal, desdeñando que judicialmente se especificó que el mismo examen, conclusivo de la integridad del himen de la niña, no descartaba los tocamientos lascivos dados por PB a su hermana, los cuales fueron relatados por el menor YARV vecino del lugar, así como por la propia víctima en la entrevista, pese a su retractación posterior en la audiencia de juicio oral, además de otras pruebas que soportaron la declaración de responsabilidad del enjuiciado.

Esa falta de precisión de la libelista acerca del dislate procesal le impide obviamente acreditar la trascendencia de cara a modificar las conclusiones del Tribunal, con lo cual olvida los requerimientos metodológicos necesarios que implica un ataque técnico-jurídico que como control constitucional y legal se realiza a la sentencia de segundo grado.

En tales condiciones la censura no será admitida.

Segundo cargo:

El desarrollo de reproche por violación indirecta de la ley sustancial tampoco cumple con el principio lógico de razón suficiente, que conlleva la explicación metódica del vicio judicial con una argumentación que se baste a sí misma, porque la defensora no identifica la clase de error judicial, dejando indebidamente a la Corte la tarea de su hallazgo, cuando ese aspecto demostrativo, en virtud del carácter rogado del recurso, le competía como demandante.

En efecto, a simple alegato de instancia se reduce su forma de argumentar ya que solamente esboza su discrepancia con la valoración probatoria y conclusiones de los

juzgadores, enfrentado así su criterio a la fuerza de convicción del material probatorio.

Cuando se postulan yerros de carácter probatorio, se debe identificar el elemento de convicción y la modalidad de error en que incurrió el juzgador: error de hecho en sus diversas modalidades: falso juicio de existencia por omisión o invención de la prueba; falso juicio de identidad por adición, cercenamiento, distorsión o tergiversación de su contenido fáctico; o falso raciocinio al infringir los postulados de la sana crítica y derivar conclusiones que contravienen los principios lógicos, las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia. O si se trata de error de derecho debe el impugnante explicar si consistió en un falso juicio de convicción por negarle a la prueba el valor conferido por la ley u otorgarle un mérito diverso del que le es atribuido legalmente, o por un falso juicio de legalidad por valorar el juzgador alguna probanza con defectos formativos en su incorporación o aducción procesal.

En este caso, además de no nominar los yerros, del desarrollo del cargo no es posible escindirlos en los medios probatorios que cita, ya que refunde varias de sus modalidades al atacar su legalidad y su credibilidad.

Ello es patente cuando expone que la investigadora Nidia Milena Montañez Mendoza, así como el fotógrafo Rodrigo Torres Arciniega y el Topógrafo David Jesús Ortiz Contreras no observaron los requisitos legales, pero sin identificar los protocolos legalmente dispuestos para tales pruebas.

O también cuando sin fundamento asevera que la víctima indicó que en la entrevista la Doctora Marta la indujo a decir cosas no verdaderas para dejarla ir a la casa, porque en el fallo se destacó que quien recibió la entrevista fue la investigadora Nidia Milena Montañez, cuando precisó que tal diligencia debió postergarse ante el nerviosismo y llanto de la niña, y que al momento de su recepción relató cómo su hermano le tocaba sus partes íntimas.

Igual sucede cuando la demandante estima imposible que el menor YARV hubiera presenciado los actos libidinosos en la casa de sus vecinos ya que la niña era llevada todas las mañanas a la casa de su abuela, el agresor dormía para esos momentos o el testigo estudiaba en la jornada matutina, ora porque había un televisor que impedía la visión, porque no expone si medió una distorsión de los elementos probatorios o se sacaron de ellos conclusiones que riñen con los postulados de la sana crítica, es decir, que el fallador se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, en su apreciación.

A su turno, resulta vano el esfuerzo de la casacionista al resaltar contradicciones nimias como, por ejemplo, que el menor YARV dijo inicialmente que vivía cerca de la casa del procesado y luego que residía al lado, o que la madre de ese testigo indicó que él miraba a la casa vecina donde se desarrollaban los acontecimientos colocando una silla sobre la cama, en tanto que el niño afirmaba que lo hacía al colocar la silla encima de una mesa, porque como se resaltó en el fallo, probatoriamente con el levantamiento topográfico y fotográfico del inmueble se acreditó la abertura en la pared de tabla de 21 x 7 cms, a una altura de 1,46 mts, orificio que permitía la visión.

La defensora pasa por alto que el recurso de casación no está instituido para reabrir debates ya clausurados o para construir conjeturas indemostradas, dado que es imprescindible acreditar errores trascendentes de los funcionarios judiciales y no simples discrepancias en el campo de la valoración de los medios probatorios, por virtud de la dual presunción de acierto y legalidad con la que llega amparada la providencia objeto de impugnación.

En este orden, la queja de la impugnante acerca de la incertidumbre probatoria y la ineludible aplicación del principio de resolución de duda a favor de su asistido no tiene la aptitud necesaria para admitir el reparo por no tener sustento en factores objetivos y corresponder sólo a una alegación defensiva, distante de señalar graves errores

judiciales en la apreciación de los elementos de convicción, sin que tampoco se detenga a demostrar que con los elementos probatorios abordados por los juzgadores, no se soportaría el fallo y la declaración de responsabilidad de PB.

Como se concluye que la demanda no será admitida, es necesario señalar que no se ve la necesidad de superar los defectos que exhibe para decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 que ameritaran la intervención oficiosa de la Corte, pues se advierte razonablemente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso de casación: i) la efectividad del derecho material; ii) el respeto de las garantías de los intervinientes; iii) la reparación de los agravios inferidos a estos; o iv) la unificación de la jurisprudencia.

Precisión final

Contra la decisión de no admisión de la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con las previsiones del citado artículo de la ley adjetiva.

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

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por la defensora del procesado LIPB, por las razones dadas en la anterior motivación.

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

Notifíquese y cúmplase.

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 CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria