

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP882-2015

Radicado N° 43874.

Aprobado acta No. 77.

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

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de Jhon Jairo Cuartas Rincón, contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Trigésimo Noveno Penal del Circuito de esta ciudad y, en su lugar, condenó al procesado a la pena principal de 110 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al declararlo autor penalmente responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años. Al sentenciado se le negaron los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES

Los hechos fueron fijados en el fallo de segundo grado, como se transcribe a

continuación:

La señora LFGB, madre de la menor de iniciales G.G.G. quien para la fecha de instauración de la denuncia (20-04-2010) contaba con dos años y medio de edad, refirió que para mediados del año 2009 comenzó a ver cambios en su bebé, ya que ella se estimulaba mucho su zona genital, asesorándose de una psicóloga quien le indicó que eso era lo normal, no obstante preocupada por la situación habló con la profesora de la niña del Jardín Infantil, quien también le dijo que el comportamiento era normal logrando tranquilizarla, pasado el tiempo esto es para el año 2010, la niña llegaba a la casa con la vagina quemada, se quejaba continuamente de que le dolía la cola y el 17 de abril, después de bañarla, al secarla para proceder a vestirla la niña volvió a quejarse de su vagina, en ese momento la progenitora le pregunta si alguien estaba tocándola, respondiendo la niña afirmativamente, al indagarle quién lo hacía, la niña manifestó que era JHON JAIRO e inmediatamente procedió a introducirse su dedo anular en la vagina, indicando la menor que ella le decía al agresor que no, poniendo cara de brava.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía 228 Seccional de Bogotá, le imputó a Jhon Jairo Cuartas Rincón, ante el Juez Vigésimo Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de la misma ciudad, el 23 de mayo de 2011, el delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo. El implicado no aceptó los cargos.

La delegada del ente investigador no solicitó la imposición de la medida de aseguramiento.

El 15 de junio de 2011, la Fiscalía presentó el escrito de acusación por el concurso de actos sexuales con menor de catorce años, definido en el artículo 209 del Código Penal.

Se le asignó el conocimiento al Juzgado Trigésimo Noveno Penal del Circuito de Bogotá,

que celebró la audiencia de formulación de acusación el 22 de agosto de 2011; la preparatoria en tuvo lugar el 26 de octubre de 2011; y, la audiencia de juicio oral y público comenzó el 14 de febrero de 2012 y culminó el 28 de febrero de 2013. En esta última fecha se anunció que el fallo sería absolutorio. La lectura de la sentencia se llevó a cabo el 24 de abril de 2013, de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia, el cual fue revocado por el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de febrero de 2014, mediante el que es objeto del recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Un cargo postula el demandante, consistente en error de derecho por falso juicio de legalidad:

...por cuanto se ordenó incorporar en la Audiencia del juicio Oral, un documento (CD) de audio y video, que se obtuvo con violación de las reglas de producción de la prueba, para que fuese tenido como ilustrativo de la declaración rendida por la testigo TATIANA ALVEAR ARAGÓN, quien habiendo actuado como Investigadora Criminalista, rindió juicios de valoración y dictó conclusiones fungiendo como EXPERTA psicóloga, cuando ese no era su rol, por cuanto no había sido autorizada en su orden de trabajo, para ejercer como perito, sino simplemente para que realizara una entrevista forense, contaminando con sus conclusiones y juicios valorativos al señor Juez Colegiado, quien en la sentencia de segundo grado, contrariamente a lo decidido por la Juez A-quo, decidió como lo había dicho la investigadora, aceptar que el tocamiento que presuntamente realizó el “enfermero” hoy procesado, a la menor G.G.G., no fue, si efectivamente lo hubo, una (sic) acto desprovisto de connotación sexual, debido a su rol de enfermero, sino un acto erótico sexual.- “...le tocó con su mano la vagina...(sic)... realizando movimientos de opresión (que no están en el video cuestionado)... y concluye la investigadora y así lo acepta el Tribunal... dicho tocamiento no se relaciona con un escenario de aseo o de higiene.

En desarrollo de la censura, señala que en segunda instancia se admitió que la menor, cuando declaró en el juicio oral, no hizo referencia al procesado ni a los hechos, lo que «...razonablemente se entiende, dado que para la ocurrencia de tales sucesos, la menor contaba con dos años y seis meses de edad y su testimonio se recepciona transcurridos dos años, circunstancia que confluente para borrar de su memoria los detalles particulares de lo acontecido.» Además, que la niña declaró no recordar los hechos de agresión sexual de los cuales fue víctima.

Igualmente –explica el actor– el Tribunal consideró que en este caso se debían valorar en conjunto la entrevista que la infante rindió ante la investigadora del C.T.I. y el testimonio que se le recibió en el juicio oral.

Entonces, cuando el Tribunal advierte, sin referencia expresa a todo lo recogido probatoriamente, que la menor no alcanza a brindar en la audiencia de juicio oral una exposición que permita advertir al procesado ejecutando algún tipo de acto libidinoso, o que ello no puede ser suplido con lo revelado por las psicólogas encargadas de entrevistarla, por considerar que fueron inducidas las respuestas...(…)”, tal como se desprende de lo transcrito de esa parte del fallo al Folio 24, entonces opta el Tribunal por valorar el registro de la entrevista psicológica, que se practicó por fuera de la Audiencia del Juicio Oral y de manera irregular por la INVESTIGADORA CRIMINALISTA del CTI, quien invadiendo la esfera pericial, emitió juicios de valoración y conclusiones, como si hubiese sido acreditada como EXPERTA, toda vez que su misión era obtener información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del presunto hecho delictivo, relacionado con la denuncia criminal, sobre la introducción de un dedo en la vagina de la menor G.G.G., como lo dijera la denuncia formulada por la progenitora de la presunta víctima, aspectos y circunstancias que no encontraron demostración alguna en el juicio oral.

Reprocha que el Tribunal admitiera que la investigadora del C.T.I. Tatiana Alvear Aragón

declaró acerca de lo que pudo observar cuando entrevistó a la víctima, conforme lo permite el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, porque –argumenta el defensor– esa norma no permite «...emitir juicios de valor o de desvalor, ni rendir personales conclusiones, por cuanto al hacerlo, invadiría la órbita del dictum del Perito en su caso, o de la óbiter dicta del Señor Juez que decide.»

Durante la audiencia preparatoria –agrega– el defensor llamó la atención de la señora juez, acerca de que el disco compacto que contiene la entrevista de la víctima recibida por la investigadora del C.T.I., no tiene audio y que, en consecuencia, el descubrimiento probatorio que hizo la fiscalía no había sido completo y éste elemento debía excluirse:

...la Defensa Pública, le advierte a la Señora Juez 39 Penal del Circuito del Conocimiento, que el CD que le fue suministrado por la Fiscalía, contentivo de la entrevista forense realizada por la Investigadora Criminalista TATIANA ALVEAR ARAGÓN no tiene Audio, y que por lo tanto el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía no fue completo, y que debe excluirse, toda vez que a esa altura procesal, no puede sorprenderse a la Defensa ya que la Fiscalía solicita a la señora Juez que con la testigo sea incorporada la entrevista y el CD como evidencia, teniendo en cuenta que el original del CD, se lo había entregado al representante de las víctimas, y éste no se había quejado, y que también se le había prestado el original para que fuera quemado por la defensa, lo cual nos demuestra, que en ningún momento dicho Elemento Material, estuvo bajo cadena de custodia, habiendo sido manipulado por muchas personas, en muchos equipos, y a la postre, el Defensor Público se quedó sin una copia fonóptica correcta del citado CD.

Censura la forma como se recibió la entrevista de la menor por parte de la investigadora del C.T.I., puesto que se llevó a cabo en cámara de Gésell, pero sin contar con la defensora de familia y, en cambio, se advierte la presencia de personas ajenas al acto. Además, aduce que se hicieron «...dos entrevistas al mismo tiempo, conforme lo averó la misma investigadora, y el registro del audio se hizo por separado

del video, lo que conllevó a que fuera de muy difícil maniobra el que pudiera ser leído por el Computador Personal de la señora Fiscal, quien en todo momento auxilia a la Investigadora del CTI, para el manejo del elemento material imperfecto, como se puede observar en el Registro de la Audiencia donde se exhibe el CD de la entrevista, a minutos 13'52 al 22'34, lo cual nos indica que el que se descubrió no es el mismo que se grabó, ni es uno, sino que se integró posteriormente en otro acto, luego, (sic) luego al no guardarse la cadena de custodia, ni autenticarse por quienes lo elaboraron, no podemos hablar de identidad ni de mismidad, en el elemento material, o el documento fonóptico.»

También, critica el defensor que después de leer el informe sobre la entrevista que le recibió a la menor G.G.G., la investigadora Tatiana Alvear fue interrogada por la fiscal acerca de las conclusiones y la testigo nuevamente leyó el informe, al que le hizo una corrección.

Pasa a reproducir, a su manera, las que asegura fueron respuestas dadas por la investigadora Tatiana Alvear al contrainterrogatorio de la defensa.

Señala que si la intervención de la testigo Tatiana Alvear Aragón se limitó a recibir la entrevista que le hizo a la niña, para establecer las circunstancias en que ocurrió la conducta punible, «...mal podía acreditarse a dicha testigo como EXPERTA PSICÓLOGA.»

A su juicio, si el Tribunal hubiese valorado únicamente las pruebas que se practicaron en el juicio oral, y no hubiese tenido en cuenta la que tacha por desconocimiento de las reglas de producción, entonces la sentencia habría sido absolutoria.

Trae a colación la cláusula de exclusión que consagra el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma que si de acuerdo con las normas constitucionales y legales las pruebas obtenidas con violación del debido proceso deben ser excluidas, entonces «...se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias.»

Advierte que al excluir esas pruebas ilegales, solo quedarán pruebas de referencia, las que no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria.

Refiriéndose a la trascendencia del yerro denunciado, explica que hay dos bienes jurídicos en contienda: «el derecho de los niños a que su formación esté precedida de la protección celosa del Estado» y la dignidad y libertad individual del procesado que niega ser el autor del delito.

Por el contrario, el elemento material probatorio redargüido de ilegal por haberse violado el artículo 205 de la Ley 906 de 2004, por no haberse cumplido en él las reglas de la cadena de custodia, el haber sido manipulado por muchas personas y en variados equipos electrónicos, y haberse obtenido no en un solo acto de grabación sino remasterizado para unir audio y video, y que no cumplió con las reglas para su descubrimiento integral, debió ser excluido del conocimiento de los jueces, y así como no fue incorporado el informe de entrevista forense por la Testigo Tatiana Alvear Aragón, Investigadora Criminalista del CTI, esos dos E.M., no podían formar parte de los elementos materiales de conocimiento ni de valoración por parte del Juez Colegiado.

De la misma forma estima que por haberse permitido que «una investigadora» actuara como perito, se contaminó al juez con sus valoraciones y apreciaciones personales.

El cargo es trascendente, por cuanto se busca que al impartir justicia, se tenga en

cuenta que en los actos de investigación, y dentro del juicio, se deben observar a cabalidad las reglas de producción de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, y al evaluarlos, tal valoración corresponda a los peritos acreditados, y siendo lícitos, se cumpla con los criterios de valoración, pero sobre todo, que el conocimiento para condenar, valla (sic) más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, conforme lo dispone el artículo 381 del C. de P.P.

Considera que se dejaron de aplicar los artículos 205, 206A, 377, 382 y 273 del Código de Procedimiento Penal y que se aplicaron indebidamente los artículos 209 del Código Penal y 5, 6, 7, 23 y 27 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita de la Corte que case la sentencia impugnada y «...convertida en Sede de Instancia, profiera la de reemplazo, que en derecho corresponda, en la que se absuelva a JHON JAIRO CUARTAS RINCÓN del cargo por el que lo condenó el Tribunal Superior de Bogotá.»

CONSIDERACIONES

Antes de examinar el cargo planteado por el defensor de Jhon Jairo Cuartas Rincón, contra la sentencia objeto de impugnación, es necesario destacar cómo con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afecten las garantías de las partes, en seguimiento del precepto consagrado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal:

«Finalidad. El recurso pretende 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.»

Precisamente, para habilitar el efectivo cumplimiento de tan caros propósitos, el artículo 184, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, le confiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, la facultad de superar los defectos que contenga la demanda, con el fin de que pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

No obstante, es posible inadmitir la demanda cuando, conforme lo expresa el inciso segundo de la norma citada, «el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.»

En atención a esos criterios, ha señalado la Corte¹:

De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;
2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;

3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas².

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia³.

c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción⁴, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que

surgen a través del falso juicio de identidad –distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio–, del falso juicio de existencia –declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso– y del falso raciocinio –fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica–.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.

Establecidas las premisas básicas de evaluación, se abordará en detalle la demanda de casación, de conformidad con el cargo formulado por el demandante.

Sin embargo, debe destacar la Sala que de conformidad con los referentes normativos y jurisprudenciales señalados, se evidencian varias deficiencias insuperables en el libelo que imponen su inadmisión.

En efecto, al iniciar las consideraciones se advirtió que la Ley 906 de 2004 amplió el ámbito material de la casación admitiendo su procedencia frente a todas las sentencias de segunda instancia, empero fijó cargas argumentativas más estrictas para el demandante.

Entonces, aparte de las exigencias propias para la postulación de los cargos que ha desarrollado suficientemente esta Corporación frente a cada una de las causales de casación, la nueva legislación procesal exige con mayor rigor la fundamentación de los fines que pretenda alcanzar el recurrente, conforme lo prevé el inciso 3° del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque el demandante argumenta que con el fallo impugnado se vulneraron «... las

garantías constitucionales y legales ...» del sentenciado y agrega que «...persigue la efectividad del derecho material y pretende el respeto y el restablecimiento de las garantías constitucionales y legales...», es claro que deja en el simple enunciado la finalidad que pretende, porque no señala, mediante una argumentación lógica, cómo por haberse declarado la responsabilidad penal del procesado, se le desconocieron derechos de tal envergadura; tampoco menciona y mucho menos demuestra por qué al procesado se le privó de sus prerrogativas fundamentales.

En síntesis, el actor omitió establecer la necesidad constitucional y legal de abordar el estudio de su pretensión casacional, a partir de alguna de las finalidades previstas en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, porque ninguna razón contiene el libelo acerca de la necesidad de lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de agravios inferidos a éstos o la unificación de la jurisprudencia.

De esa forma es indiscutible que incumplió uno de los presupuestos esenciales de la casación, precisamente el que se refiere a la fundamentación de la finalidad del recurso, sin que se advierta oficiosamente la necesidad de un fallo, lo que necesariamente genera su inadmisión.

No obstante, se abordará el examen del cargo propuesto con el objeto de advertir las demás razones que convergen en la consecuencia jurídica adversa para el censor.

Considera el demandante que la segunda instancia incurrió el falso juicio de legalidad, en relación con la entrevista que se le recibió a la menor por parte de la investigadora del C.T.I. Tatiana Alvear Aragón; que esta funcionaria al rendir su testimonio en el juicio oral actuó como perito en psicóloga, sin serlo, emitiendo juicios y conclusiones; además, porque al entrevistar a la niña no estaba presente la defensora de familia y otras personas permanecían en el recinto. Igualmente, porque no se garantizó la cadena de

custodia.

Con todo, para la Sala son inexistentes las irregularidades que denuncia el defensor, pues, lo primero que debe destacarse es que la audiencia preparatoria es la oportunidad procesal prevista por la ley (art. 359 L. 906/04) para que las partes o el Ministerio Público soliciten la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba que, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba.

Pretender ahora, valiéndose de argumentos espurios, que se excluya la entrevista que le recibió a la menor una psicóloga adscrita al C.T.I., es una actitud que deviene, cuando menos, extemporánea, si se tiene en cuenta que ese reclamo debió presentarlo en la audiencia preparatoria, en curso de la cual, en cambio, al concedérsele la palabra, no dijo el defensor que estuviera en desacuerdo con el descubrimiento probatorio hecho por la Fiscalía, ni con la solicitud encaminada a que se introdujera al juicio oral la mencionada entrevista por medio de un testigo de acreditación; únicamente se quejó avisando que el disco compacto que le entregaron carecía de audio. Empero, sí pidió la exclusión de otros elementos de convicción, y esas peticiones fueron parcialmente denegadas por la Juez de conocimiento, sin que el defensor impugnara la decisión.

No puede pasarse por alto que dentro de la sucesión ordenada de actos que conforman el proceso penal, era esa -la audiencia preparatoria- la oportunidad legalmente establecida para impedir que ese registro se introdujera al juicio oral, y como quiera que el defensor prescindió de hacerlo, lo que ahora prevalece es la salvaguarda de los principios de preclusión de los actos procesales, seguridad jurídica y lealtad.

Precisamente, en relación con este último -la lealtad- es claro que el demandante se vale de una falsa premisa para tratar de hacer prevalecer su tesis, porque no es cierto,

como lo asegura en el libelo⁵, que durante la audiencia preparatoria hubiese solicitado la exclusión de la entrevista forense que se le recibió a la menor:

Cuando se adelanta la audiencia preparatoria y se decretan las pruebas solicitadas por los intervinientes, la Defensa Pública, le advierte a la Señora Juez 39 Penal del Circuito del Conocimiento, que el CD que le fue suministrado por la Fiscalía, contentivo de la entrevista forense realizada por la Investigadora Criminalista TATIANA ALVEAR ARAGÓN no tiene Audio, y que por lo tanto el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía no fue completo, y que debe excluirse, toda vez que a esa altura procesal, no puede sorprenderse a la Defensa ya que la Fiscalía solicita a la señora Juez que con la testigo sea incorporada la entrevista y el CD como evidencia...

Es que, conforme pudo constatarlo la Sala directamente al examinar los registros correspondientes a la audiencia preparatoria, la Juez de conocimiento interrogó al defensor para que informara si el descubrimiento probatorio a cargo de la Fiscalía «...fue hecho a cabalidad o si debe hacerse algún tipo de observación.» A lo que respondió el abogado: «Su señoría, sucedió a cabalidad.»⁶

Acto seguido, al postular la solicitud de pruebas por parte de la señora Fiscal, refiriéndose a la entrevista de la menor y al registro que de tal actividad se hizo, expuso que «Desde ya esta delegada quiere... quiere indicar... desde ya esta delegada quiere indicar su señoría que será utilizado el cd que fue grabado en su momento por la psicóloga, en caso de que no sea mayor la información que podamos recaudar por parte de la testimonial de la menor.»⁷

Esa manifestación la hizo después de haber solicitado el testimonio de la víctima G.G.G., aclarando que cuando sucedieron los hechos la niña tenía 2 años y 6 meses de edad y que para ese momento -el de la audiencia preparatoria- frisaba los 4 años y era posible que no recordara lo sucedido.

De inmediato la funcionaria instructora pidió que se decretara el testimonio de Tatiana Alvear Aragón⁸, investigadora criminalística al servicio del C.T.I., profesional en psicología y que desempeñaba su función en el centro de atención integral a víctimas de abuso sexual, con amplia experiencia en psicología y especialmente en la valoración de niños y niñas víctimas de este clase de delitos, añadiendo que fue ella la profesional que entrevistó a la menor G.G.G. acerca de los hechos; así precisó que «A través de esta funcionaria no solamente se incorporará la entrevista forense realizada el 20 de abril, sino también el cd donde quedó la totalidad de la entrevista grabada y donde se puede (sic) apreciar las manifestaciones realizadas por la menor.»⁹ Más adelante reiteró la Fiscal delegada: «Finalizando su testimonio se incorporará la entrevista forense y el cd que hace parte de los elementos materiales que ella aportó.»¹⁰

Luego de que la delegada de la Fiscalía presentó sus pretensiones probatorias, la Juez le preguntó al defensor si tenía observaciones al respecto, requerimiento que respondió solicitando la exclusión del testimonio de la agente de la policía Sonia Luz Carreño Pinto, porque nada le constaba acerca de los hechos, pues su intervención se había limitado a recibir la denuncia formulada por la madre de la víctima. Asimismo, pidió que el registro civil de nacimiento de la menor G.G.G. se aportara en copia auténtica; y, en punto de lo que constituye objeto de debate en esta sede, concretamente respondió pidiendo que se verificara el sonido del cd antes de que se utilizara y se excluyera el testimonio de la investigadora del C.T.I.:

Se viene hablando por parte de la Fiscalía de la utilización de un cd realizado a la menor por una investigadora de criminalística. Le cuento señoría que revisando esta defensa el cd no tiene sonido. Entonces, desde ya para efectos de su verificación demando que el mismo se verifique antes de su utilización.¹¹

Inmediatamente, calificó de «improcedente» el testimonio de la investigadora Tatiana Alvear Aragón, argumentando que

...la señora fiscal nos dice que la misma ostenta la calidad de investigadora criminalística, por lo tanto resulta improcedente, que la misma no ostenta la calidad de perito como exige nuestra legislación, para efectos de que la misma venga aquí a sustentar una entrevista psicológica cuando de por sí nos está diciendo que la señora Tatiana Alvear Aragón, puede ser muy psicóloga y tener muchos títulos, pero no ostenta la calidad de perito que exige nuestra legislación para efectos de tener como prueba o como medio de prueba la entrevista realizada a la menor. Entonces igualmente esta declaración de la señora Tatiana Alvear Aragón se debe excluir, porque se presenta como investigadora... del... criminalística del C.T.I., más nunca se presentó como perito de esta institución para efectos de su incorporación o de aceptar su entrevista en el respectivo juicio... Estas son las objeciones que tengo en la medida que se deben de excluir las dos declaraciones solicitadas, se presente el documento auténtico del registro de la menor y con respecto al cd se efectúe verificación, porque la copia que tiene esta defensa no aparece que el mismo tenga sonido.¹²

En síntesis, no se opuso el defensor a que en curso del juicio oral y por intermedio de la testigo de acreditación Tatiana Alvear Aragón, se incorporara la entrevista que esta funcionaria le recibió a G.G.G.

La Juez se pronunció acerca de las objeciones de la defensa excluyendo el testimonio de la agente de la policía Sonia Luz Carreño Pinto; además, aclaró que el registro civil de nacimiento de la niña debía aportarse en la forma que prevé el Código de Procedimiento Penal; y, en relación con la entrevista y el testimonio de la investigadora del C.T.I., precisó que sería interrogada Tatiana Alvear Aragón, para que ella aludiera estrictamente a la valoración que hizo de la menor y para que acreditara la entrevista correspondiente a dicha valoración.¹³

Cuando la primera instancia resolvió las objeciones de las partes y decretó las pruebas que se practicarían en el juicio oral, entre las que -cabe destacar- también se

excluyeron algunas de las que solicitó el defensor, notificó la decisión, informó que procedían los recursos ordinarios y le concedió la palabra a las partes e intervinientes para que se pronunciaran al respecto. La decisión no fue impugnada por ninguno de los sujetos legitimados. El defensor específicamente manifestó: «Sin recursos, su señoría.»¹⁴ En consecuencia, la providencia quedó ejecutoriada.

La audiencia preparatoria, en fin, se desarrolló con apego a la preceptiva legal. Se inició consultando a las partes acerca del descubrimiento probatorio y la confirmación de su estricto cumplimiento; las partes descubrieron sus elementos materiales probatorios; no se hicieron estipulaciones probatorias; la Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en la audiencia de juicio oral y público; se presentaron las objeciones; y, la Juez de conocimiento decretó las pruebas acerca de las cuales consideró que se había sustentado suficientemente la pertinencia, conducencia y utilidad.

De esa forma, se agotaron las fases probatorias que se refieren al descubrimiento, enunciación, estipulación, que implican la superación de los problemas de licitud y legalidad, para dar paso a la admisión o a la inadmisión, decisión que por supuesto se contrae a verificar si las partes argumentaron acerca de la relación entre la prueba y el objeto del proceso y a señalar la necesidad de incorporarlas por reportarles algún beneficio en la sustentación de las pretensiones.

La sinopsis que viene de exponerse, permite concluir que ningún agravio le reportó al procesado y a su defensor la decisión de la señora Juez de conocimiento y especialmente en lo que se refiere a la práctica del testimonio de la investigadora del C.T.I. Tatiana Alvear Aragón, con quien, además, se dispuso acreditar e introducir la entrevista que dicha servidora le recibió a la víctima.

En esa medida, la parte que recurrió en casación carecerá de legitimidad para exigir

la revisión de la providencia.

Es que, conforme lo ha sostenido reiteradamente la Sala, es preciso que concurra la denominada legitimación sustancial, entendida como el perjuicio efectivo que una decisión produce para el inconforme y que justifica el acceso al medio de impugnación. Tal circunstancia obedece a que constituye presupuesto esencial del derecho a impugnar el interés jurídico del sujeto procesal que pretende, a través del ejercicio de los recursos, la reparación de un daño causado con una decisión judicial con el objeto de que se remueva, corrija o atempere su situación, criterio que, desde luego, es aplicable a la casación.

La jurisprudencia de la Corte de manera pacífica ha expuesto que cuando se omite la interposición del recurso de apelación respecto de la providencia que asegura lesiva de los intereses de la parte que impugna extraordinariamente, el sujeto que así procede demuestra su conformidad con el contenido de la decisión que tenía la posibilidad de censurar, razón por la cual carecerá de interés jurídico para impugnar en esta sede.

Lo anterior significa que si cualquiera de las partes se abstiene de interponer el recurso de apelación, estando en condiciones de hacerlo, se ha de entender que se muestra conforme con la decisión proferida.

No obstante, en curso de la audiencia del juicio oral¹⁵, el defensor se opuso a que se introdujera la entrevista de la menor, argumentando que había solicitado su exclusión en la audiencia preparatoria. Esa petición fue desatendida por la Juez de conocimiento. El defensor interpuso el recurso de apelación, cuya improcedencia declaró la funcionaria de primera instancia. Entonces interpuso el recurso de queja que fue denegado en providencia del 7 de junio de 2012, por el Tribunal Superior de Bogotá.

Así las cosas, adrede ha desconocido el defensor el aspecto fáctico del devenir procesal, para tratar de imponer una tesis que ya había fracasado.

Serían suficientes las anotadas razones para inadmitir el cargo planteado por el demandante. Con todo, sin que constituya una respuesta de fondo a los argumentos del defensor, la Sala considera necesario referirse a la entrevista de G.G.G., su introducción al juicio oral, su valoración conjunta con el testimonio de la menor y el de la psicóloga que la entrevistó.

En efecto, ante la ausencia de valoración del testimonio de la psicóloga en la primera instancia, el Tribunal tenía que adoptar la determinación contraria, porque constituye un mandato legal, en cuanto es deber de los jueces apreciar las pruebas en conjunto (art. 380 L. 906/2004), y además, porque se armonizó con la jurisprudencia de esta Corporación que se ha referido al tema, en cuanto tiene que ver con el testimonio de los menores víctimas de abuso sexual, especialmente aquellos que por su corta edad han olvidado lo sucedido y no pueden expresar en el juicio oral las circunstancias que sí relataron en curso de una entrevista, lo que debe conjugarse con lo dicho por la madre de la niña o del niño, a quien, generalmente, narran por primera vez los abusos de que fueron víctimas.

Es que, consideró el Tribunal que no era posible desestimar el testimonio de la menor, sólo por haber expresado que no recordaba aspectos como el nombre del implicado y los manoseos que a éste se le atribuyeron, por ser una «...cuestión que, razonablemente se entiende, dado que para el momento de la ocurrencia de tales sucesos, la ofendida contaba con tan solo dos años y seis meses de edad y el testimonio se recepciona transcurridos dos años, circunstancias que sin duda, dado su escaso desarrollo físico y mental, confluyen para borrar de su memoria los detalles particulares de lo acontecido.»

En razón de ello, explicó el Juez Colegiado que a pesar de los aspectos olvidados por G.G.G., se contaba con el testimonio de la progenitora que «...fue precisa al señalar la espontaneidad de aquella al revelar que JHON JAIRO CUARTAS RINCÓN, le hacía

tocamientos en su vagina, relato que fue reiterado por la menor a la psicóloga TATIANA ALVEAR ARAGÓN el 20 de abril de 2010, en desarrollo de una entrevista forense, actuación que cobra una especial importancia, dado que, se trata de una narración ofrecida en tiempo muy cercano a la ocurrencia de los sucesos materia de juzgamiento, cuando la víctima tenía muy vigente el recuerdo de lo acontecido.»

Para corroborar que la psicóloga no indujo a la menor a responder de determinada forma y que G.G.G. distinguía perfectamente las partes del cuerpo; que sabía diferenciar quién la aseaba y quién la manoseaba; además, que había narrado lo que le sucedió en todos sus pormenores, la segunda instancia transcribió la entrevista:

Psicóloga: Cómo se llama esto?

G.G.G.: La cola.

Psicóloga: La niña identifica la vagina con el nombre de cola.

Psicóloga: ¿Quién te baña?

G.G.G.: Mi mamá

Psicóloga: ¿Quién te limpia la cola?

G.G.G.: Mi mamá

Psicóloga: ¿tú estudias, tú vas al colegio?

G.G.G.: Sí

Psicóloga: ¿Y en el colegio quién te limpia?

G.G.G.: La profesora Alix

Psicóloga: ¿Quién te toca la cola?

G.G.G.: El señor grande

Psicóloga: ¿El señor grande?

G.G.G.: Sí

Psicóloga: ¿Sabes el nombre del señor grande?

G.G.G.: Se llama Jhon Jairo

Psicóloga: ¿Y qué hace Jhon Jairo?

G.G.G.: Así

Psicóloga: ¿A quién le hace así?

G.G.G.: A mí

Psicóloga: ¿Y ese señor dónde está?

G.G.G.: En mi colegio

Psicóloga: cuando te toca la colita ¿en qué parte del colegio están?

G.G.G.: En el colegio

Psicóloga: ¿Quién ve cuando te toca la colita Jhon Jairo?

G.G.G.: (silencio)

Psicóloga: ¿Con qué te toca la colita Jhon Jairo?

G.G.G.: Con el dedo

Psicóloga: ¿Con cuál dedo?

G.G.G.: Con el chiquito

Psicóloga: ¿Y tú a quién le contaste?

G.G.G.: Que no

Psicóloga: Jhon Jairo en el colegio te limpia la cola?

G.G.G.: La profe Alix

Psicóloga: ¿Jhon Jairo te limpia la cola?

G.G.G.: No

Psicóloga: ¿Tú a quién le contaste que Jhon Jairo te tocaba la cola?

G.G.G.: Yo decía que no

Psicóloga: ¿Tú le contaste a tu mamita lo que Jhon Jairo te hizo?

G.G.G.: Ujunhmmm

Psicóloga: ¿Y ella qué te dijo?

G.G.G.: (silencio)

Psicóloga: ¿Quién te da besos en el colegio?

G.G.G.: (silencio)

Psicóloga: ¿Juegas con Jhon Jairo

G.G.G.: Así?

Esos medios de conocimiento fueron valorados por el Tribunal, junto con el testimonio de la psicóloga Tatiana Alvear Aragón, quien se refirió específicamente a que el relato de la niña fue claro y supo diferenciar las situaciones a las que estuvo expuesta, en un lenguaje que dejaba entender lo sucedido, para colegir el Juez Colegiado «...acreditado que, JHON JAIRÓ CUARTAS RINCÓN, aprovechando la condición de enfermero del plantel educativo en el que estudiaba G.G.G., ejecutó sobre la vagina de ésta tocamientos de contenido erótico sexual; comportamiento que es constitutivo del delito de actos sexuales con menor de 14 años que describe el artículo 209 del Código Penal.»

El proceder del Tribunal, se ciñe al criterio de la Sala de Casación Penal, que en un caso de similares características, explicó por qué no debía desatenderse de forma tan elemental el testimonio del infante, víctima de delitos de esa naturaleza, sólo a partir de lo ocurrido en la audiencia del juicio oral, sin tener en cuenta todo lo que había dicho, no sólo en curso del juicio, sino ante la profesional que le hubiese entrevistado, así como lo que le confió a sus progenitores:

Ahora, con los antecedentes en cita, resulta un verdadero despropósito analizar el testimonio del infante bajo la óptica formal y material que preside la verificación de validez y consecuente valoración probatoria en tratándose de adultos. Mucho menos, si a las naturales garantías instituidas para proteger al niño víctima de delitos, se suman las previsiones establecidas cuando el ilícito penal comporta connotaciones sexuales, dado el profundo efecto nocivo que esta suerte de ilicitudes genera en el menor.

Y si a lo anotado se suma que en el caso concreto la menor apenas descontaba tres años para el momento de los hechos y un poco más cuando hubo de someterse a las

entrevistas propias del proceso penal, evidente asoma que lo dicho por ella debía ser verificado bajo el tamiz de tantas cuantas particularidades lo matizan.

No es posible, entonces, que de buenas a primeras se tome apenas lo ocurrido en curso de la audiencia de juicio oral, para colegir de ello, como si se tratara del testimonio de un adulto, que no se precisó la existencia de algún tipo de maniobra con contenido sexual ejecutada por el procesado.

Es esa una evaluación bastante elemental que elude penetrar a fondo en las distintas aristas problemáticas que encierra lo dicho por la menor, desconociendo, de paso, que la verdad sólo puede hallarse a través de la verificación contextualizada de todo lo que dijo ella, no sólo en curso de esa diligencia final, sino ante las profesionales que la entrevistaron, y lo confiado a sus padres y la encargada de su cuidado en la vivienda familiar.

Es que, sobraría anotar, no son necesarias las hondas disquisiciones que sobre el particular trajeron a colación las expertas citadas por la Fiscalía, para colegir, por simple sentido común, que a tan corta edad y soportando, como se demostró de manera inconcusa, el enorme efecto dañoso que en su desarrollo causó la situación traumática padecida, la víctima no estaba en condiciones de brindar una exposición directa, hilada y completa de los vejámenes.

Sólo a partir de un análisis adecuado de sus varias manifestaciones, todas ellas fragmentarias, verificando el contexto de lo dicho, es posible delimitar cómo ocurrieron los hechos.

Entonces, cuando el Tribunal advierte, sin referencia expresa a todo lo recogido probatoriamente, que la menor no alcanza a brindar en la audiencia de juicio oral una exposición que permita advertir al procesado ejecutando algún tipo de acto libidinoso, o sostiene que ello no puede ser suplido con lo revelado por las sicólogas encargadas

de entrevistarla, por considerar que fueron inducidas las respuestas, no sólo obvia referir la razón de sus dichos, sino que adelanta un examen simple y descontextualizado de la prueba, desconociendo esas características particulares que gobiernan el caso concreto.

Si el Tribunal hubiese tenido la previsión de escuchar los registros que contienen las varias intervenciones previas de la menor y lo explicado por las profesionales acerca de la forma de interrogarla, cuando menos se habría ocupado de explicar sus afirmaciones genéricas.¹⁶

Por lo demás, el hecho de que Tatiana Alvear Aragón hubiese respondido el interrogatorio en su condición de investigadora criminalística o desde su perspectiva profesional como psicóloga, para nada influye en la decisión adoptada por el Ad quem, máxime porque fue ella quien entrevistó a la víctima, acreditó esa entrevista y declaró acerca de lo que directamente percibió cuando interrogó a la niña G.G.G.

El demandante ni siquiera se preocupa por ilustrar a la Sala acerca de los «juicios de valor o desvalor» y las «conclusiones» que supuestamente «rindió» la investigadora y psicóloga Alvear Aragón, pues únicamente señaló que la testigo coligió que las caricias no correspondían a un escenario de aseo o higiene, empero esa no es una conclusión de la citada funcionaria, sino que corresponde a las respuestas suministradas por G.G.G. durante la entrevista, porque con absoluta espontaneidad y precisión diferenció muy bien entre quienes la aseaban y aquél que la tocaba. A las primeras las identifica como mamá y como Alix la profesora y al otro como Jhon Jairo, el señor grande.

Entonces, no fue esa una conclusión a que la hubiese llegado arbitrariamente Tatiana Alvear Aragón, cuando es evidente que se desprende de lo dicho por la niña.

Asimismo, no demuestra el demandante que al recibirle la entrevista a G.G.G., se hubiesen desconocido los requisitos formales, específicamente la ausencia de la

defensora de familia, puesto que deja esa denuncia en el simple enunciado.

Sin embargo, en caso de que así hubiese sido, lo cierto es que tal formalidad constituye una garantía consagrada a favor de los menores -niños, niñas y adolescentes- y, en consecuencia, el defensor del procesado no está legitimado para reclamar su cumplimiento porque su interés se extiende a procurar la revocatoria o la modificación de la decisión que lo afecta y nada lo habilita para agenciar derechos de terceros.

Finalmente, debe destacarse que la cadena de custodia se erige como medio efectivo -no el único- para verificar lo que algunos han denominado «mismidad» del elemento, es decir, que lo recogido corresponde en su esencia a lo presentado ante el juez, aspecto ajeno al tema de la contaminación que apenas trató de esbozar el demandante en el cargo.

Precisamente por su carácter de medio y no fin en sí mismo, ya la Sala de manera reiterada ha significado cómo la discusión atinente a la cadena de custodia no puede postularse, como lo intenta el defensor, por la vía del falso juicio de legalidad, buscando excluir la evidencia, sino a través del falso raciocinio, en atención al mayor o menor valor que comporte el medio de convicción, según se demuestre o no su «mismidad».

Así las cosas, la demanda presentada por el defensor de Jhon Jairo Cuartas Rincón se inadmite porque no satisface los requisitos formales ni materiales establecidos en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal; la Sala de Casación Penal no advierte la vulneración de ninguna garantía fundamental de las partes o intervinientes; y, no se precisa emitir un nuevo fallo de fondo; tampoco resulta necesario superar los defectos del libelo en atención a los fines de la casación, la fundamentación de los cargos, la posición del impugnante dentro del proceso, ni por la índole de la controversia planteada.

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

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de Jhon Jairo Cuartas Rincón.

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

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 CSJ AP, 2 Nov. 2006, Rad. 26089.
- 2 CSJ AP, 24 Nov. 2005, Rad. 24323.
- 3 CSJ AP, 24 Nov. 2005, Rad. 24530.
- 4 ib. Rad. 24530.
- 5 Cuaderno de segunda instancia, fol. 83 último párrafo y 84 primer párrafo.
- 6 Audiencia preparatoria, min. 2:04 a 2:06.
- 7 Audiencia preparatoria, min. 6:15 a 6:44.
- 8 Audiencia preparatoria, min. 8:11.
- 9 Audiencia preparatoria, min. 9:12 a 9:26.
- 10 Audiencia preparatoria, min. 9:48 a 9:59.
- 11 Audiencia preparatoria, min. 18:51 a 19:23.
- 12 Audiencia preparatoria, min. 19:33 a 21:38.
- 13 Audiencia preparatoria, min. 37:13 a 38:31.
- 14 Audiencia preparatoria, min. 47:43.
- 15 Sesión del 10 de mayo de 2012.
- 16 CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868.