

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP935-2015

Radicación 44083

(Aprobado en acta N° 77)

Bogotá. D.C, veinticinco (25) de febrero 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 el defensor de EPG, contra la sentencia de 4 de abril de 2014 mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de Honda-Tolima, que lo condenó como autor del concurso de delitos homogéneo, heterogéneo y sucesivo de acceso carnal violento y acto sexual violento, ambos agravados e incesto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A raíz de la denuncia que en la ciudad de Bogotá por violencia intrafamiliar formuló el 19 de diciembre de 2010 la progenitora del niño J.M.P.D., de nueve años de edad, en contra del padre de éste, EPG por haberle causado unas lesiones en las extremidades inferiores tras castigarlo, al indagar al menor, narró que con anterioridad cuando tenía ocho

años, aquél unas veces bajo el influjo del alcohol y en otras ocasiones sobrio, lo había obligado a practicarle sexo oral al introducirle el miembro viril en su boca, mientras le tocaba sus partes íntimas, con la amenaza de que si contaba a alguien mataba a su señora madre o la mandaba a un reformatorio, hechos acaecidos en Falan-Tolima.

Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Honda-Tolima el 24 de abril de 2011 se cumplió la audiencia concentrada en la cual se legalizó la captura de EPG, ordenada previamente por un juez homólogo. En la misma diligencia el ente investigador le formuló imputación por la posible comisión del concurso de delitos de acceso carnal violento y acto sexual violento, ambos agravados e incesto, al tiempo que pidió la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad intramural. El imputado no aceptó los cargos y se le afectó con la detención preventiva solicitada, decisión que confirmó el Juez Penal del Circuito de Fresno-Tolima al conocer del recurso de apelación.

Presentado el 14 de octubre de 2011 el escrito de acusación por los citados ilícitos, el 1° de diciembre siguiente se cumplió en el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Honda la audiencia de formulación de la misma.

En ese despacho judicial se surtieron las audiencias preparatoria y la de juicio oral, en esta última diligencia se anunció sentido de fallo de carácter condenatorio, y finalmente, por sentencia de 8 de octubre de 2012 se declaró la responsabilidad penal de PG como autor del concurso delictual objeto de acusación, imponiéndole la pena principal de doscientos sesenta (260) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Contra la anterior determinación el defensor del enjuiciado interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Ibagué a través de sentencia de 4 de abril de 2014

confirmó la condena, razón por la cual insiste un nuevo profesional con la impugnación extraordinaria, allegando la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Corte.

DEMANDA

Propone tres cargos en orden jerárquico bajo el marco de las causales previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de

2004:

Primer cargo (Principal): Nulidad.

Denuncia el desconocimiento del debido proceso, según los artículos 29, 116, 228, 229 y 230 de la Constitución Política, 6° y 8° del Código Penal; 6°, 19, 20, 37, 36-1 y 456 del Código de Procedimiento Penal; 1° y 2° de la Ley 270 de 1996.

Destaca que la audiencia concentrada de legalización de captura y formulación de imputación se hizo ante el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Honda-Tolima, despacho que para resolver el recurso de apelación elevado contra la imposición de medida de aseguramiento remitió la actuación al Juez Penal del Circuito de Fresno, despojando así del conocimiento al funcionario de Honda.

Que de esa manera, se infringió lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 36 de la Ley 906 de 2004 acerca de la competencia de los jueces penales del circuito de conocimiento, pese a que el municipio de Falan-Tolima hace parte del Circuito Judicial de Honda y éste a su vez del Distrito Judicial de Ibagué.

Por lo tanto, solicita la anulación del diligenciamiento desde la audiencia concentrada

en la que se concedió el recurso de apelación de la medida de aseguramiento.

Segundo cargo (subsidiario): Nulidad.

Solicita la anulación procesal a partir de la audiencia de formulación de acusación ante la aplicación indebida de los artículos 205 y 206 del Código Penal, porque los mismos hechos fueron tipificados dos veces.

Explica que como a nadie se le puede imputar más de una vez la misma conducta punible, en este caso, mediando unidad de realización, los comportamientos sólo se podían adecuar bajo la conducta de acceso carnal, en la cual quedaban incluidos los actos sexuales.

Tercer cargo (Subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial.

Postula el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas conforme con los artículos 29 de la Constitución Política; 5°, 7°, 8°, 15, 27, 372 a 282 —sic—, 402, 404, 417-6 y 455 del Código de Procedimiento Penal y 150 de la Ley 1098 de 2006.

Explica que las valoraciones médico-legales hechas al menor el 10 y 13 de diciembre de 2010 no se ajustaron a las previsiones del artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia, lo cual apareja la ilegalidad de la prueba, según el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

Que a su turno, en el examen realizado al niño el 17 de diciembre siguiente no se le encontró señal indicativa de haber sido sometido a «vejámenes sexuales», tampoco la valoración de psicología forense de 5 de mayo de 2011 arrojó conclusiones significativas desde el punto de vista probatorio y en la de psiquiatría forense pese a que no se evidenció mitomanía, si se advirtieron remanentes de agresividad del niño a

«nivel de ideas y conductas heterodirigidas a evento traumático», sin que precisara el profesional la época de tal trauma.

Que así, la única fuente de información es el mismo menor, pero en la primera valoración médica guardó silencio, fue su progenitora la que refirió que había sido víctima de «vejámenes sexuales», y contradictoriamente el niño dijo luego que la denuncia era porque tenía unos «morenotes» en las piernas.

Expone que del testimonio de oídas de la madre de la víctima no se desprende que hubiera tenido conocimiento directo de los hechos, pues sólo le consta el lesionamiento físico del menor, prueba que por lo tanto, no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 202 y 204 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, señala que en ninguno de los dictámenes periciales se afirmó que lo narrado por el menor fuera cierto, al punto que la psicóloga judicial al final de su experticia anotó que le correspondería al juez establecer si las denuncias de abuso sexual eran creíbles.

Concluye que la Fiscalía no quebró la presunción de inocencia, surgiendo así duda que debió arrojar una decisión absolutoria, y en ese sentido solicita la emisión de sentencia, una vez la Corporación case el fallo de segundo grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala ha insistido en que para acceder a la sede extraordinaria es deber del demandante justificar la impugnación según las finalidades legales establecidas en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004: Si se trata del interés personal en aras de la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por estos, o por el interés general de la unificación de la jurisprudencia.

Por ello, como la pretensión del recurrente debe estar demarcada por el carácter teleológico de la casación, deben concurrir como presupuestos procesales de la impugnación no sólo los aspectos objetivos, esto es, que se trate de sentencias de segundo grado y se haga dentro del término establecido, sino que los elementos subjetivos relativos al interés y legitimidad para acceder al recurso adquieren un plus ya que necesitará la acreditación de la afectación de derechos o garantías fundamentales, además de señalar la causal por la que opta con el desarrollo adecuado de los cargos que le dan sustento, demostrando en todo caso la necesidad del fallo de casación, so pena que por su incumplimiento el libelo no sea admitido, tal y como lo dispone el artículo 184 de la ley en comento.

Las anteriores precisiones conceptuales le permiten a la Sala advertir que en este caso las críticas que formula el defensor no logran motivar la atención para aprehender el estudio de la legalidad de la sentencia, por no estar conforme los cargos a los fundamentos propios de las causales de casación que anuncia, sin que tampoco se advierta razonablemente que se requiere de decisión de fondo para cumplir alguna de las finalidades de la impugnación extraordinaria.

Primer cargo (principal): Nulidad.

Tratándose de la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la Corporación ha señalado que el demandante debe observar reglas de claridad y precisión sobre el vicio in procedendo denunciado, por ello, ha de acatar los principios que orientan la declaración y convalidación de las nulidades al tener que advertir la entidad del yerro, las normas que estima conculcadas, especificar el momento de la actuación en que se produjo y demarcar su radio invalidante, así como también, acreditar la injerencia desfavorable que tuvo tal anomalía en el fallo para

demostrar cabalmente que al no existir otra manera diversa de restaurar el derecho afectado, se impone la anulación.

Aquí el defensor, por razón del territorio, pone en cuestión la competencia del Juez Penal del Circuito de Conocimiento de Fresno-Tolima para conocer del recurso de apelación que se surtió contra la decisión adoptada por el Juez Penal Municipal de Control de Garantías de Honda de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva a POSADA GÓMEZ, pero se queda el simple enunciado, en cuanto no dedica espacio a fundamentar y demostrar cómo dicha irregularidad afectó de manera trascendente el debido proceso.

Corroborar la no admisión del reproche al ataque a un acto al interior del diligenciamiento que no tiene el carácter de ser presupuesto de alguna actuación subsiguiente, de manera que un eventual desafuero en sede del recurso de apelación de la medida de aseguramiento no tendría efectos directos y automáticos en la validez del proceso penal, es decir, no tendría la potencialidad para anular el diligenciamiento, al no afectar o contaminar la actuación posterior.

Además de que en su momento no fue cuestionada la competencia para resolver la impugnación de la restricción de la libertad impuesta, ni planteada la nulidad por ese aspecto, en virtud del principio de trascendencia carecería de sentido tener que anular ahora lo actuado.

Y como lo destacó el Tribunal:

«No sobra además recordar que la captura, así como la medida de aseguramiento no hacen parte de aquellos actos que conforman la estructura lógica del proceso penal. Dicho de otra manera, con medida de aseguramiento o sin ella el proceso puede surtirse hasta su culminación, pues no se trata de un presupuesto para ello, de tal manera que ningún beneficio reportaría retrotraer la actuación...».

Finalmente, si bien por el factor territorial se entiende que será competente el juez del lugar donde ocurrieron los hechos, es decir, en el área en la que ejerce jurisdicción, como lo contempla el artículo 43 de la Ley 906 de 2004, el mismo precepto establece que cuando no sea posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho o si fue realizado en varios sitios, es incierto o acaeció en el extranjero, la competencia se fija por el lugar donde se formula la acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación y precisamente por ello, si bien las autoridades que tuvieron noticia de los hechos fueron las de Bogotá, el ente acusador, radicó el escrito de acusación ante los jueces penales del circuito de Honda, ya que los hechos acaecieron en Falan-Tolima, aspecto este que es el vinculante no sólo para las partes, sino para el director del proceso.

Segundo cargo (subsidiario): Nulidad.

Con precaria demostración el defensor se opone al fallo

por la estructuración de un concurso efectivo de delitos de acceso carnal violento y acto sexual violento al simplemente indicar que éste último quedaba incluido en aquél, pero sin explicar en concreto cuál criterio interpretativo dirimiría la figura concursal real.

Para el concurso aparente de conductas punibles se requiere: (i) unidad de acción, esto es, una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero realmente sólo encaja en una de ellas; (ii) una única finalidad perseguida por el agente; y (iii) lesión o puesta en peligro de un solo bien jurídico, pero el libelista no aclara que en aras de no infringir el principio de non bis in ídem se debía acudir aquí a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, y cómo podía entenderse integrante del delito de acceso carnal los actos diversos de contenido sexual, para predicar así la existencia de un único comportamiento punible.

No explica si para dirimir el concurso delictual se debía acudir a los citados principios en caso de considerar que una misma situación se ajustaba a varios tipos penales o cómo se trataba de un solo dolo erótico o único fin lascivo, para integrar los varios tocamientos que se dieron a las partes íntimas del menor por parte de su padre en los actos de felación a que lo obligó, esto es, que las realizaciones de contenido erótico-sexual diferentes al acceso carnal propiamente dicho quedaban comprendidas en éste.

Pasa por alto el análisis que le permitió a los juzgadores evidenciar la independencia objetiva de las conductas, esto es, la pluralidad de resultados típicos, pues además de la penetración del miembro viril por vía bucal del menor, como lo relató la víctima, tuvieron ocurrencia tocamientos libidinosos, al tiempo que el adulto se masturbaba en presencia del niño.

Tercer cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial.

La censura que postula el recurrente por violación indirecta de la ley sustancial tampoco tiene la aptitud suficiente para su admisión, ya que su desarrollo no se ajusta a los fundamentos propios de esa vía.

En primer lugar, no identifica o nomina los yerros en el proceso de aprehensión o valoración probatoria, esto es, la modalidad de falso juicio que los determinó, si el juez plural ignoró, desconoció u omitió una prueba pese a obrar en el diligenciamiento o si la supuso o imaginó (falso juicio de existencia); o si aun de haber sido legal y oportunamente recaudada, al momento de fijar su contenido la distorsionó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecían de ella (falso juicio de identidad); o si ya en el momento de su apreciación al asignarle mérito persuasivo contrarió los principios lógicos, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (falso raciocinio).

También, en relación con la contemplación ya no fáctica, sino jurídica de las pruebas, si el fallador apreció una que no cumplía con las reglas normativas para su aducción o producción al interior del proceso o le negó validez al suponer que no reunía los requisitos legales, pese a que sí los llenaba (falso juicio de legalidad), o si tratándose de medios probatorios a los cuales el legislador expresamente les ha asignado un específico valor demostrativo, el juzgador se apartó de tales parámetros, bien por asignarles un alcance diferente o por negarles el mérito que expresa y normativamente se les ha señalado (falso juicio de convicción).

Solo a manera de epígrafe el impugnante anuncia un falso juicio de legalidad, porque en su parecer las valoraciones médico legales hechas al menor no cumplieron con las previsiones del artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia sin desarrollar adecuadamente como le correspondía esa clase de error de derecho, al no precisar cuáles fueron las formalidades omitidas.

Desdeña que el Tribunal analizó cuidadosamente los procedimientos realizados por los profesionales de la medicina, psicología y psiquiatría que valoraron al menor para concluir no solo su legalidad, su conformidad con los protocolos existentes para su práctica, sino idoneidad para «obtener información mediante procedimientos éticamente aceptables, válidos, lícitos y respetuosos de los derechos humanos del menor JMPD».

En ese sentido, se destacó en el fallo que no solo se cumplió con el consentimiento informado de su progenitora, sino que, por ejemplo para la valoración psicológica se contó con la asistencia de la defensora de familia, se realizó en la cámara Gesell, utilizando el procedimiento SATAC (Simpatía, Anatomía, Tocamientos, Abuso y Cierre).

Pero además, en el testimonio que rindió el menor en desarrollo del juicio oral, también se contó con la asistencia del defensor de familia por medio de quien el representante de la

Fiscalía le formuló las preguntas y la defensa pudo contrainterrogar, ajustándose así su recepción al citado artículo 150 de la Ley 1098 de 2006¹

De otro lado, la queja que funda el recurrente en que el examen médico del menor no advirtió alguna señal indicativa de haber sido objeto de abuso sexual, fue explicada en los fallos no sólo porque la penetración oral generalmente no deja vestigios, sino porque al momento de tal valoración ya había pasado suficiente tiempo de los hechos, de ahí que era obvio que no se encontraran lesiones apreciables.

También se muestra vacuo el reparo por no haber precisado el profesional de psiquiatría forense la época de los eventos traumáticos, porque es palmario que están asociados a las conductas sexuales de las que fue víctima el niño, «Los detalles de vivencias sexuales no apropiadas a la edad y la condición que era de normalidad para ese entonces, corresponden a un evento traumático», de ahí que denotara la presencia de temor y rabia del niño hacia el padre y la familia paterna, y como lo concluyó el Tribunal:

«Asombraría además, que de ser falsa la versión del menor, los profesionales en psicología, medicina y psiquiatría forense, que tuvieron la oportunidad de valorarlo, encontraran, como en efecto ocurrió, tantos indicadores de trastorno por estrés postraumático, conocimientos sexuales inapropiados del niño y otras circunstancias que los llevaron a creer en su relato».

Es claro que el defensor asume una simple oposición a los criterios judiciales sin la contundencia necesaria para advertir que una adecuada apreciación probatoria habría permitido arribar a un fallo absolutorio a favor de EPG, cuando afirma que con el solo testimonio del menor no es posible acreditar la ocurrencia de los hechos, sin detenerse a explicar las razones por las cuales no merece crédito su relato.

Sólo anota que a manera de contradicción en un principio el menor guardó silencio y luego dijo que la denuncia era por las lesiones que presentaba en sus piernas, pero la fluidez y claridad que se evidenció con las narraciones de los sucesos que hizo en su entrevista y ante los profesionales de la salud que lo valoraron y, principalmente, en su testimonio en la audiencia del juicio oral permitió a los juzgadores otorgarle valor suasorio, porque a pesar de que los exámenes médico y de psicología fueron hechos en el año 2010 y el de psiquiatría un año después, en tanto que su testimonio fue recepcionado el 4 de junio de 2012 el niño mantuvo coherencia acerca de la forma como su padre tras insultarlo lo obligaba a practicarle sexo oral, «cuando llegaba borracho a mí ni me gustaba dormir solo, me bajaba los pantalones y me hacía chuparle el pene, es asqueroso más feo que la cebolla o el ajo....me cogía el pene con la mano y un día casi me lo espichaba» —sic—.

Por último, se destacó que el testimonio de la madre del menor soportaba tal relato, porque pese a que no presencié los hechos, como lo anota el casacionista, si dio cuenta de la extraña actitud de su hijo cuando llegaba de visitar a su padre en el Tolima, al no querer volver con él, así como el cambio significativo en su comportamiento escolar y social al volverse agresivo y violento con los demás niños, tener pesadillas, no querer dormir, orinarse en la cama, tener miedo de salir a la calle o ir al colegio, al punto que debió llevarlo a tratamiento psicológico en la fundación «Creemos en ti».

Así las cosas, deviene diáfano que el demandante presenta su oposición a la valoración probatoria judicial sin demostrar errores manifiestos y esenciales con incidencia en el sentido de la decisión en que hayan incurrido los funcionarios en su labor juzgadora.

Como se concluye que el libelo no será admitido, es necesario señalar que no se observa con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación violación de derechos o garantías de las partes, tampoco se ve la necesidad de superar los defectos del libelo 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.

Precisión final

Contra la decisión de no admisión de la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia de conformidad con las previsiones del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

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

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de EPG por las razones expuestas 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 en los términos precisados por la Sala en la presente decisión.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

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 CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de

audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente.