

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP4372-2019

Radicación n.º 55464

Acta 256

Bogotá, D. C., octubre dos (2) de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por el defensor de ESTIBEN FERNANDO GUERRERO FERNÁNDEZ.

HECHOS:

En la madrugada del 22 de noviembre de 2007, cuando XXX1, de 17 años de edad, estaba en la casa de GUERRERO FERNÁNDEZ departiendo e ingiriendo licor junto con Ingrid Tatiana Niño y Andrés Marín, se sintió indispuesta y procedió a recostarse. Entonces, ESTIBEN GUERRERO comenzó a tocarle las piernas y abrazarla, motivo por el cual ella le dijo que la dejara quieta y se dirigió al baño, hasta donde la siguió y al salir de allí la empujó, cerró la puerta y comenzó a besarla en la boca, la sujetó con fuerza por los brazos y con sus piernas aprisionaba las de ella, se bajó la pantaloneta quedando en pantaloncillos y le bajó el pantalón y los interiores a la joven, para luego frotar sus genitales, además de tocarle su vagina y cola.

Como XXX gritó solicitando ayuda, hasta allí llegó Alcira Fernández, madre del procesado, de manera que este se asustó, se subió la pantaloneta y la dejó salir del baño. La víctima formuló la correspondiente denuncia.

ACTUACIÓN PROCESAL:

En audiencia realizada el 12 de marzo de 2013 en el Juzgado 40 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó a ESTIBEN GUERRERO la comisión del delito de acto sexual violento.

Presentado el escrito de acusación, el 31 de julio siguiente se realizó la correspondiente audiencia. La Fiscalía mantuvo la imputación por el referido punible.

Surtido el juicio oral, el Juzgado 21 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá profirió fallo el 2 de octubre de 2018, condenando a GUERRERO FERNÁNDEZ a 50 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso e inhabilitación para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad, como autor del delito objeto de acusación. Le fue negada la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Impugnada tal providencia por el defensor, fue confirmada por el Tribunal de Bogotá a través del fallo recurrido en casación, expedido el 25 de febrero de 2019.

LA DEMANDA:

Cargo único: Violación directa de la ley sustancial.

Con base en la causal primera de casación establecida en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante adujo que los falladores violaron el artículo 29 de la [Constitución Política](#), así como el 380 y 404 de la citada legislación procesal.

En la acreditación del reparo señaló que incurrieron en un “error de hecho por falso juicio en relación con la existencia del medio probatorio sin aparecer en el proceso y en relación con su sentido al tergiversar el hecho de la prueba que conllevó a la vulneración del debido proceso”.

Se infirió el tipo subjetivo de manera caprichosa, acrítica e irracional de hechos desligados que no guardan relación o correspondencia, por las siguientes razones:

El testimonio de la víctima no desvirtuó la presunción de inocencia, pues incurrió en contradicciones. Aunque inicialmente dijo que cuando salió del baño, ESTIBEN GUERRERO la empujó adentro del mismo, la besó, se quitó la pantaloneta quedando en bóxer y luego de bajarle el pantalón y la ropa interior a ella, le restregó sus genitales contra los suyos y le tocó la cola y la vagina, lo cierto es que en su segunda intervención dijo que le restregó el pene contra su vagina “¿Acaso no estaba en bóxer y cuando llegó la mamá se subió la pantaloneta?”.

En la tercera intervención dijo que antes de entrar al baño estaba recostada en una cama y el procesado le tocó los senos y la vagina.

El testimonio de María Isabel Gómez, madre de la víctima, es una declaración de oídas sobre lo que su hija le contó.

Lo expuesto por la médica forense Martha Rocío Barreto, quien introdujo el informe sexológico del 4 de diciembre de 2007, no deja entrever la violencia sexual, pues solo da cuenta de lesiones en los brazos, sin señalar su antigüedad ni cómo se produjeron, además de que el examen sexológico arrojó resultados negativos para violencia sexual, máxime si este informe se fundó en la anamnesis de la propia víctima.

El testimonio de Tatiana Niño tampoco aportó algún elemento sobre la responsabilidad del acusado.

A su vez, la declaración de la investigadora criminalística Martha Peña respecto de la entrevista forense, no corresponde a un dictamen pericial, pues informó lo que a su vez le narró la adolescente, sin que se hubiera practicado algún examen psicológico y sin cumplir las técnicas CBCA y SVA señaladas por la Corte (SP, 8 may. 2018. Rad. 47423), pese a lo cual el Tribunal asumió que se trataba de una valoración psicológica, la cual es inexistente.

Es sustancialmente diferente la entrevista forense de la evaluación psicológica tendiente a evaluar la credibilidad del testimonio, de modo que el relato de la psicóloga en el juicio correspondió a una prueba de referencia, además de que el Tribunal aludió a una valoración psicológica no obrante en la actuación.

Si la víctima incurrió en contradicciones, emergió duda sobre la responsabilidad del acusado, con mayor si cuanto expuso ella, su progenitora y su amiga denota “la voluntad de engañar y la razón es clara, pues todo delito perturba el ánimo del lesionado, alterando su proceso sensorio-perceptivo y facilitando los errores de los juzgadores de instancia, o bien, creando ánimo de venganza que permite la mentira consciente”.

No se arribó a la certeza más allá de toda duda para condenar, pero el Tribunal “movido, no sé por qué sentimiento, pero eso si parcial, trajo de los cabellos una valoración psicológica pericial inexistente, para aducir que la sentencia no estaba fundada únicamente en pruebas de referencia” y condenar.

El fallo se sustentó en pruebas de referencia, motivo por el cual eran insuficientes para condenar, máxime si no se presentaron algunas de las excepciones conforme a la ley y a la jurisprudencia para tener como admisibles tales medios probatorios, luego solo se trató de “alimentar el hambre de condena de la Fiscalía General de la Nación y de los juzgadores de instancia”, en quebranto de los principios de confrontación e inmediación.

En suma, expresó el defensor, como ESTIBEN GUERRERO FERNÁNDEZ fue condenado

exclusivamente con base en pruebas de referencia, se impone casar el fallo para, en su lugar, dictar sentencia absolutoria en su favor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Según el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, “si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación”, la demanda se inadmitirá.

Encuentra la Sala que el casacionista no cumplió con la exigencia dispuesta en el artículo 183 de la citada legislación, según la cual, corresponde al actor presentar “demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos”.

Acerca del cargo único propuesto por la defensa, advierte la Corte que desde la misma postulación el recurrente incurrió en serias falencias que contribuyeron con su indebida acreditación. Así pues, pese a sustentar su solicitud de casación en la causal primera reglada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, correspondiente a la violación directa de la ley sustancial que ocurre cuando los falladores yerran acerca de la existencia de la norma, la dejan de aplicar o la interpretan equivocadamente, de modo que se trata de un asunto de exclusiva raigambre jurídica, procedió en la demostración a ocuparse de la apreciación de las pruebas, gestión propia de la causal segunda de casación, esto es, de la violación indirecta de la ley sustancial, con lo cual violó el principio de autonomía de las causales, según el cual, a cada una de ellas corresponde un discurso y ámbito de protección que les son propios.

Ahora, si bien alegó que los falladores incurrieron en un “error de hecho por falso juicio en relación con la existencia del medio probatorio sin aparecer en el proceso y en relación con su sentido al tergiversar el hecho de la prueba que conllevó a la vulneración del debido proceso”, no atinó a señalar si se trató de un falso juicio de existencia por omisión o suposición, de identidad o de raciocinio, circunstancia que le impidió emprender su acreditación con un norte establecido y, por el contrario, terminó aludiendo una y otra vez la

misma observación respecto de la diferencia entre la entrevista forense y la evaluación psicológica.

Tampoco fue claro al señalar que los falladores dedujeron la conducta dolosa “de manera caprichosa, acrítica e irracional de hechos desligados que no guardan relación o correspondencia”, en cuanto no demostró que su asistido desconociera la existencia del tipo penal, hubiera errado acerca de los hechos realizados o careciera del conocimiento potencial de la antijuridicidad en su proceder.

Ahora, aunque trató de encontrar contradicciones en los relatos rendidos en diferentes momentos procesales y ante diversas personas por la adolescente, lo cierto es que puede advertirse cómo trató de potenciar en beneficio de los intereses de su asistido diferentes lecturas de un suceso que reiteró la víctima.

Por ejemplo, cuando refirió que en una exposición dijo que ESTIBEN GUERRERO se quitó la pantaloneta quedando en bóxer y bajándole el pantalón y la ropa interior a ella, le restregó sus genitales contra los suyos y le tocó la cola y la vagina, pero en una intervención posterior señaló que le restregó el pene contra su vagina. En verdad, el relato se muestra como monolítico, el procesado, estando en calzoncillos, frotó su miembro contra la vagina de la menor, hasta que cesó su proceder porque su progenitora concurrió a ver qué ocurría al escuchar gritos de auxilio en el baño.

Tampoco hay contradicción acerca de que previo al incidente en el baño, el acusado intentó tocar en sus partes íntimas a la adolescente y esta lo rechazó, se paró del sitio donde se encontraba y fue al baño, donde aquél la esperó para realizar el acto sexual violento por el cual fue acusado y condenado.

De otra parte, desconoce el defensor la valía del informe sexológico rendido por la médica forense Martha Rocío Barreto, pues da soporte al relato de la menor, acerca de que la violencia sexual recayó sobre sus brazos y piernas, y de ello dan cuenta las lesiones allí

referidas, sin que tenga importancia respecto del delito objeto de acusación que no se hayan probado lesiones genitales, pues no se trató de un acceso carnal violento, prueba que no es de referencia en cuanto corresponde a las lesiones observadas en las extremidades de la víctima.

En cuanto atañe a que la declaración de la investigadora criminalística Martha Peña, respecto de la entrevista forense, no corresponde a un dictamen pericial, en cuanto no se practicó examen psicológico y no se aplicaron las técnicas CBCA y SVA, constata la Corte, de una parte, que nada dijo acerca de la experiencia de la psicóloga y, de otra, no procedió a referir cómo se violó la legislación penal, pues tales protocolos no corresponden a elementos de validez del dictamen y tampoco así lo ha entendido la jurisprudencia, de modo que el recurrente planteó una especie de error de derecho por falso juicio de convicción, el cual tiene lugar cuando los falladores niegan a determinado medio probatorio el valor conferido por la ley o le otorgan un mérito diverso al atribuido legalmente, correspondiendo al actor demostrar la infracción de la tarifa de valoración dispuesta por el legislador, así como su injerencia en el sentido del fallo, actividad que en este asunto no asumió.

Como el censor echó de menos la evaluación psicológica tendiente a evaluar la credibilidad del testimonio de la víctima, baste señalar que la ponderación sobre la credibilidad de los declarantes corresponde únicamente al juez, sin que pueda delegar en los psicólogos la mayor o menor confiabilidad que asista a sus relatos, pues le corresponde sopesar en conjunto tales medios de convicción con los demás, de manera que la queja del demandante resulta impertinente.

Tampoco el defensor explicó sus asertos referidos a que lo expuesto por la adolescente y su progenitora denota “la voluntad de engañar y la razón es clara, pues todo delito perturba el ánimo del lesionado, alterando su proceso sensorio-perceptivo y facilitando los errores de los juzgadores de instancia, o bien, creando ánimo de venganza que permite la mentira

consciente”, o que solo se trató de “alimentar el hambre de condena de la Fiscalía General de la Nación y de los juzgadores de instancia” en quebranto de los principios de confrontación e inmediación, razones de más para advertir serias falencias en la argumentación del demandante.

Resta señalar que el actor no explicó por qué razón el informe sexológico rendido por la médica forense Martha Rocío Barreto sobre las lesiones observadas en brazos y piernas de la menor corresponde a una prueba de referencia. Tampoco dijo por qué el relato reiterado de la víctima corresponde a un medio probatorio de la misma naturaleza, circunstancia a partir de la cual queda sin piso su planteamiento central, esto es, que el fallo de condena se soportó exclusivamente en pruebas de referencia.

Las razones expuestas son suficientes para inadmitir la demanda de casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

No se observa con ocasión de la sentencia impugnada o dentro del curso de la actuación procesal, violación de derechos o garantías del acusado, como para adoptar la decisión de superar los defectos de la demanda y decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º de la norma citada.

Contra este auto procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del mencionado ordenamiento procesal y las reglas que ha definido la Sala de manera pacífica en pronunciamientos anteriores.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de ESTIBEN FERNANDO GUERRERO FERNÁNDEZ.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 No se registra el nombre de la adolescente (numeral 8º del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia).