

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

AP5611-2021

Radicación N° 51199

(Aprobado Acta No.307)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintiuno (2.021)

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el Procurador 7 Judicial II Familia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la condena impuesta por el Juzgado 4° Penal para Adolescentes, en contra de D.B.N.O., por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- De acuerdo con lo consignado en el fallo recurrido, la denunciante informó a las autoridades competentes que el 8 de enero de 2014, en la vivienda ubicada en la (...) al sur de Bogotá, su hija L.V.L.R., de 3 años de edad, fue objeto de tocamientos en su vagina por parte del adolescente denunciado.

2.- Con base en esos hechos se le formuló imputación el 25 de septiembre de 2014 como presunto autor de actos sexuales con menor de 14 años, cargo por el cual posteriormente lo

acusó la Fiscalía en audiencia del 27 de abril de 2015.

3.- Agotado el trámite del juicio, el juzgado de conocimiento, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2016, declaró al procesado penalmente responsable del comportamiento atribuido y le impuso la sanción de internación en medio semicerrado por el término de 12 meses, determinación que revocó el Tribunal Superior de Bogotá mediante decisión del 7 de julio de 2017, recurrida en forma extraordinaria por el delegado del Ministerio Público.

DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo: Violación indirecta de la ley mediante error de hecho por falso raciocinio, que derivó en la falta de aplicación de los artículos 209 del Código Penal, 187-1 y 2 del Código de Infancia y Adolescencia. El yerro, asegura el recurrente, afecta los siguientes medios de prueba:

1.- Testimonio de Liliana Espinosa Villanueva, médica de urgencias del Hospital San Rafael que atendió a la menor y con quien la Fiscalía introdujo la historia clínica. De esta declaración, afirma el actor, el Tribunal sostuvo que la profesional no encontró hallazgos físicos de abuso sexual, de manera que no acredita la conducta punible, razonamiento que desconoce la regla de experiencia, según la cual, “casi siempre que una persona es llevada al médico es porque tiene una afección de salud”, y a la niña se le llevó al centro asistencial “porque presentaba prurito y secreción vaginal”; además, la testigo refirió en el diagnóstico abuso sexual por adolescente, según relato de la madre de la menor, quien le indicó que dos días antes la niña L.V.R.V., fue sometida a tocamientos por parte del adolescente implicado.

2.- Testimonios de BNS y WENO, padre y hermano del acusado, quienes negaron que el hecho hubiere ocurrido, pues se encontraban en la casa con los menores, los tuvieron siempre a la vista mientras observaban la televisión y no advirtieron nada parecido. El Tribunal, sostiene el actor, contempló estos testimonios en forma acrítica y les confirió

credibilidad para concluir que no vieron al adolescente realizar maniobras sexuales en el cuerpo de la infante, por lo cual desconoció la regla de experiencia conforme a la cual casi siempre que un consanguíneo acude a emitir declaración en una actuación judicial trata de favorecer a la persona en favor (sic) de quien declara.

En forma adicional, como los testigos refirieron que la menor hizo una pataleta y llamaron a la mamá quien acudió al lugar 15 minutos después, el demandante manifiesta que el sentenciador desconoció este otro dictado de experiencia: siempre que un niño o niña rompe en llanto es porque está frente a una situación molesta e indeseable. La actitud de la niña, agrega, puede ser demostrativa de que en ese momento estaba siendo sometida a un estímulo indeseado que “bien pudo ser los actos sexuales (sic) que le narró a la mamá y a esa conclusión debió arribar el Tribunal.”

De igual modo, agrega, en la valoración de esos testimonios, el juzgador de segundo grado dejó de considerar factible que los declarantes por estar mirando un telenoticiero, no advirtieron la ocurrencia del ilícito, con lo cual desconoció, además, la máxima según la cual casi siempre que una persona fija su atención en un hecho que le interesa es posible que ignore otros sucesos que sucedan (sic) a su alrededor

En cuanto a la trascendencia del error el actor estima que el Tribunal debió: i) considerar, con base en el testimonio de Lina Carolina Espinosa, que la menor fue llevada de urgencia al hospital por presentar prurito y fluido vaginal, días después de haberle relatado a la abuela “sobre los tocamientos de D. En ese sentido existe prueba complementaria, para el caso el testimonio de la médica mencionada, que ratifica lo manifestado en la entrevista forense, tenida como prueba de referencia”; y ii) explicar por qué confirió credibilidad plena a las declaraciones de B y Wilmer Ernesto Neira, sin reparar las contradicciones que, a su juicio, exhiben esos testimonios.

Si el análisis probatorio hubiere sido conforme a la sana crítica, el ad quem habría concluido

que, junto con la prueba de referencia, obran otras que valoradas en conjunto conducen a proferir decisión sancionatoria.

Segundo cargo. Por la misma senda postula un error de hecho por falso juicio de existencia “por omitir el juzgador valorar el testimonio de la defensora de familia Gloria María Calderón Villalba”, psicóloga adscrita al Centro Zonal Creer del ICBF, prueba que, agrega, no es de referencia “sino el medio a través del cual se introdujo la prueba de referencia y [es] también testigo directo de otros aspectos como la capacidad de la niña para responder a la entrevista y determinar las partes de su cuerpo, así como saber que la diferencia entre un niño y una niña estriba en que el primero tiene pene”. En resumen, sostiene, “la categoría de prueba de referencia, únicamente se puede predicar de la entrevista de la niña L.V.R.V., que no fue recibida en juicio oral, y no del testimonio de la defensora de familia, ya que fue vertida en la vista privada.”

Cargo tercero. El actor denuncia nuevamente la violación indirecta de la ley, esta vez mediante error de derecho por falso juicio de legalidad al crear el Tribunal “una tarifa legal negativa respecto del testimonio del perito forense Fideligno Pardo Sierra.”

El Tribunal, asegura el actor, manifestó en relación con esta prueba que “a las conclusiones del médico legista Fideligno Pardo Sierra consignadas en el informe médico pericial en el sentido que el relato de la menor fue espontáneo y coherente, no se le puede asignar merito probatorio, pues aquél, solo podía valorar lo relativo a su especialidad, esto es, lo concerniente a su observación directa al practicar el examen técnico médico legal sexológico a la infante, dado que no se trata de una pericia forense practicada por psicólogo y/o psiquiatra, habilitados para emitir valoraciones de credibilidad frente a lo narrado por la menor de edad L.V.R.V.”

Porfía que “el conocimiento directo obtenido a través de la prueba de referencia incorporada con el testimonio de la defensora de familia Gloria María Calderón Villanueva, y

el que por vía directa se consigue con el dictamen del perito forense Fideligno Pardo Sierra, reforzado con su exposición oral, permite superar cualquier duda acerca de la existencia de las conductas punibles (sic) y la responsabilidad de D.B.N.O.”

CONSIDERACIONES

El artículo 184-2 del Código de Procedimiento Penal establece que se inadmitirá la demanda de casación cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. De igual modo, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Como se trata de un juicio de legalidad sobre la sentencia – precisa la jurisprudencia de la Corte – la demanda de casación debe tener un contenido claro, lógico, coherente, preciso y sistemático, e incluir sólo los cuestionamientos que corresponden a las causales expresa y taxativamente establecidas en la ley enfatizando los errores, bien sea de juicio o procedimiento, en que haya podido incurrir el sentenciador. Errores cuya demostración y trascendencia imponen contrastar lo expresado en la sentencia con lo afirmado en la demanda, con el propósito de que se pueda evidenciar que la decisión no está acorde con el ordenamiento jurídico.¹

Por consiguiente, no basta con enunciar que se incurrió en un error o en una transgresión a la ley, sino que resulta imprescindible sustentarlo adecuadamente especificando en qué consistió el yerro, qué repercusiones tuvo en la decisión recurrida y qué consecuencias negativas tuvo para el impugnante. También es necesario que las razones y contenidos consignados en la demanda correspondan en un todo con la realidad procesal.²

De manera inicial, dígase que, en el presente asunto, a lo largo del trámite, la inactividad del Ministerio Público fue constante, conforme lo evidencian las actas de las diversas audiencias realizadas en la causa (acusación³, preparatoria⁴, de juicio oral⁵ y lectura de fallo⁶), a las cuales no asistió. Solo acudió a la audiencia de lectura de la sentencia de

segunda instancia, proponiendo en forma subsiguiente, dentro del término legal, el recurso extraordinario.

Puede interpretarse de lo anterior que el representante de la sociedad estuvo conforme con la condena dispuesta por el juez de conocimiento, determinación que al ser revocada habilitó su interés para recurrir de manera extraordinaria en defensa del orden jurídico, conforme puntualizó en la interposición del recurso y en el escrito que le sirve de fundamento. Sin embargo, su demanda no está llamada a ser admitida a trámite.

El actor apoya su pretensión en la causal tercera, relacionada con el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas en las que se funda la sentencia. Es decir, postula la violación indirecta de la ley sustancial, la cual, como se sabe, ocurre cuando el sentenciador se equivoca en la declaración de los hechos o la apreciación de la prueba, y por causa de este desacierto deja de seleccionar la norma sustancial correcta o aplica una equivocada.

Con los cargos que propone pretende demostrar que el Tribunal erró al revocar la sanción impuesta en primera instancia, pues, a su juicio, en la actuación obra prueba suficiente que demuestra, más allá de toda duda, la existencia del delito y la responsabilidad de D.B.N.O., de manera que transgredió indirectamente la ley, por falta de aplicación del artículo 209 del Código Penal que tipifica el delito de actos sexual con menor de 14 años atribuido al adolescente acusado.

En el desarrollo de los cargos el delegado del Ministerio Público, aun cuando cita las consideraciones del Tribunal en torno a las pruebas afectadas con los posibles errores, rehúsa contrastar la esencia de la decisión y la realidad de la actuación, por lo que fracasa en el propósito de develar los yerros que postula y la trascendencia o capacidad que tendrían para trocar el sentido de la decisión de la forma en que propone.

Con plena claridad el Tribunal estableció que el fundamento de la decisión apelada radica

en prueba de referencia, transmitida con la declaración de la abogada Gloria María Calderón Villalba, defensora de familia que entrevistó a L.V.L.R., luego de que su progenitora informara sobre el posible abuso al que fue sometida. Sobre el punto el ad quem consideró: “debe acotarse que, tanto la entrevista a la niña, como lo declarado por esa funcionaria, constituyen para el proceso verdaderas pruebas de referencia, como lo tiene consignado la jurisprudencia; la primera porque no fue practicada en juicio -art. 437 del C. de P.P.- y la segunda, porque la versión suministrada por la testigo es relevante probatoriamente en forma exclusiva sobre lo que la infante le narró en la entrevista, lo que constituye fuente cognoscitiva indirecta; por otro lado, al no ostentar la calidad de profesional especializada en psicología, sus apreciaciones adicionales vertidas en su testimonio frente a los dichos de la niña L.V.L.R. no pueden ser tenidas en cuenta en este proceso para establecer la materialidad del delito y menos para estructurar un juicio de responsabilidad penal del adolescente encartado.” A lo que agregó que la declaración referida carece en la actuación de elementos corroborativos, resultando insuficiente, por tanto, para acreditar la materialidad de la conducta.

En esa perspectiva examinó las declaraciones de BNS y WENO, en su orden padre y hermano del acusado, quienes manifestaron hallarse en el inmueble con los menores, sin perderlos de vista, y no haber observado la ejecución del comportamiento punible origen de la actuación. De igual modo, los testimonios de los médicos Linda CEV y Fideligno Pardo Sierra, quienes manifestaron, acorde con sus informes, que no encontraron hallazgos físicos de abuso sexual en la niña L.V.L.R.

Precisó de igual modo el Tribunal que las conclusiones consignadas por el médico Pardo Sierra en su informe, en el sentido de que el relato de la menor fue espontáneo y coherente “no se les puede asignar mérito probatorio, pues aquél sólo podía valorar lo relativo a su especialidad, esto es, lo concerniente a su observación directa al practicar el examen técnico médico legal sexológico a la infante, dado que no se trata de una pericia forense practicada por psicólogo y/o psiquiatra, habilitados para emitir valoraciones de credibilidad

frente a lo narrado por la menor de edad L.V.L.R.”

La situación – se observa en la actuación – es clara como el medio día: la menor L.V.L.R. no asistió al juicio oral y, para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, el juez de conocimiento acudió al relato que la infante realizó en la entrevista conducida por la defensora de familia Gloria Calderón Villalba, en la cual manifestó que D, hijo de su tía Libia, “me toca la barriga, las testas, la vagina y... me hizo así: indica movimientos hacia adelante y atrás de la cintura y hacia abajo... me hizo jueguitos, me mostró el pene, se bajó la pantaloneta hasta acá (indica las rodillas), me tocó la vagina con el pene.”

Ese relato, producido en un escenario diferente al juicio, constituía prueba de referencia admisible por disposición expresa del artículo 438, literal e, del Código de Procedimiento Penal, en tanto cumpliera, claro está, el trámite legalmente previsto para la incorporación de las declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, el cual, precisa la jurisprudencia de la sala, comprende: (i) su descubrimiento probatorio en los escenarios procesales previstos por el legislador, (ii) la solicitud y justificación de su práctica, (iii) la acreditación de la causal de admisibilidad invocada, (iv) la indicación del medio de prueba que se pretendía utilizar como vehículo para acreditar su existencia y contenido, y (v) su incorporación en el juicio oral⁷; procedimiento que atiende la necesidad de preservar los derechos del acusado.

Sin embargo, el Tribunal advirtió que el relato referido por la defensora de familia carecía de corroboración, salvo con la declaración del médico legista Fideligno Pardo Sierra quien también por vía de referencia aludió el relato que le hizo la menor L.V.L.R. (anamnesis), según el cual su papá la llevó a Medicina Legal “porque me duele acá y acá (señala el pliegue del codo izquierdo y la región glútea derecha), ¿alguien te ha tocado alguna parte de las que señalaste? Sí D., ¿dónde? Acá (la menor señala la región genital y la glútea) es que D. me mostró el pene... él me bajó los pantalones y se los bajó y me hizo un juego así

(la menor comienza a mover la cadera adelante y atrás) ¿Dónde estabas? En la cama y él me hacía así (de nevo se mueve adelante y atrás).

Ante esa situación y la deficiente gestión investigativa y probatoria de la fiscalía que “no adujo ni descubrió otros medios de convicción para reforzar la acreditación de su teoría del caso”, el ad quem concluyó que se imponía revocar el fallo condenatorio, pues la acusadora no logró demostrar que D.B.N.O. incurrió en el delito que se le imputa.

El recurrente se ubica en otro plano. Asegura que el Tribunal incurrió en error de hecho mediante falso juicio de existencia por omisión del testimonio de la defensora de familia Gloria María Calderón Villalba, el cual, viene de verse, constituye el centro de análisis de la providencia recurrida, de la cual estableció que transmite el relato que le hizo la menor de haber sido abusada por el acusado, mas no encuentra corroboración en otros medios ingresados a la actuación que de manera directa revelen la ocurrencia de los actos sexuales imputados al acusado.

Situación inconvencible con los ataques adicionales de falso raciocinio sobre los testimonios de CEV, B y WN (cargo primero), y de falso juicio de legalidad en la declaración del médico legista Fideligno Pardo Sierra (cargo tercero).

El primer cargo, por cuanto se limita a confrontar la valoración probatoria del Tribunal, e imponer su criterio en cuanto al mérito que debió asignarle a cada testigo siguiendo, claro está, las particulares máximas que enuncia a modo de reglas de experiencia, ejercicio que desarrolla al margen de la realidad procesal y del contenido de las pruebas, como quiera que la doctora Lina Espinosa Villanueva, según refiere la misma demanda, declaró que atendió en urgencias del Hospital San Rafael a L.V.R.V., a quien, además de establecer que tenía signos vitales en rangos normales, “No le hizo reconocimiento físico, atendiendo un posible abuso sexual, razón por la cual la remitió a ginecología e impartió instrucciones para que se comunicara la situación a la policía de infancia y adolescencia”, con lo cual resulta

desatinado señalar que resulta falso el razonamiento del Tribunal al referir que dicha prueba no constituía apoyo a la de referencia que se erigía en demostrativa del supuesto punible.

Igual acontece con los testimonios del padre y el hermano del acusado. El actor realiza una crítica personal con la que les niega credibilidad, según dice, por ser contrarios a la sana crítica, con lo cual pierde de vista que el análisis probatorio del Tribunal se orientó a verificar si ese acervo corroboraba la versión de los hechos referida por la defensora de familia, labor que vio frustrada, por cuanto los testigos declararon que estaban junto a los menores y no advirtieron el desarrollo del suceso y porque “en este asunto el laboreo de la Fiscalía General de la Nación fue insuficiente, por no decir precario, pues no adujo ni descubrió otros medios de convicción para reforzar la acreditación de su teoría del caso, como bien hubiera podido ser acudir a la entrevista forense con personal especializado en psicología, para explorar fundamentos probatorios de credibilidad que dieran mayor soporte a la acusación o tendientes a la acreditación de otros elementos probatorios indiciarios o periféricos que, asociados con la prueba de referencia, pudieran robustecer y, por ende, consolidar la prueba de cargo en orden a dar soporte a la materialidad de la conducta denunciada y a una atribución de responsabilidad penal al acusado.”

Y, el cargo tercero, porque la situación que expone no corresponde a un falso juicio de legalidad, en la medida que el propuesta no apunta a demostrar que el Tribunal apreció una prueba que no cumplía los requisitos legales para su producción y aducción, o la descartó a pesar de cumplirlos, sino a atribuirle el supuesto de haber creado una tarifa legal negativa respecto del testimonio del perito forense Fideligno Pardo Sierra, censura que se asemeja más a un falso juicio de convicción, relacionado con el desconocimiento de las normas que tasan el valor o la eficacia probatoria del elemento de convicción, muy restringido en la práctica, por cuanto la apreciación probatoria se rige por el método de libre formación del convencimiento.

De todos modos, el reproche no pasa de ser una expresión de inconformidad con la que el

actor pugna con el Tribunal por haber aclarado en la valoración del testimonio de ese médico, que no puede asignársele mérito probatorio al apartado de las conclusiones en las que el legista consideró espontáneo y coherente el relato de la menor, por cuanto el experto solo podía valorar lo relativo a su especialidad, esto es, lo concerniente a su observación directa al practicar el examen técnico médico legal sexológico; lo cual es una realidad patente en el informe, denominado: Pericial de clínica forense/Sexológico⁸.

En resumen, predicable de los tres cargos, el actor no persuade que la valoración probatoria del sentenciador sea errada, simplemente la confronta y sienta su propia posición, forma de argumentar que se sabe resulta insuficiente para derruir la presunción de acierto y legalidad de que goza la sentencia de segunda instancia, razón que resultaría suficiente para inadmitir la demanda.

Mas el examen de caso contiene el siguiente elemento adicional inadvertido por el Tribunal y por el recurrente. La Fiscalía en el descubrimiento probatorio no relacionó el testimonio de la víctima. Únicamente enunció: el informe de actuación del primer respondiente, copia de la historia clínica de la víctima L.V.L., denuncia de la mamá de la niña, informe pericial de clínica forense, individualización del joven D.B.N.O., y entrevista forense de fecha 31 de 2014 (sic), y precisó en el escrito de acusación que “Los documentos antes relacionados se acreditarán con cada una de las personas que los suscribieron, mediante testimonios que desde ya se ofrecen para el juicio.”

La solicitud probatoria que expuso en la audiencia preparatoria se contrajo a esos mismos elementos de demostración y fueron decretados en su integridad por el juez de conocimiento. En juicio, sin embargo, declararon como testigos de la Fiscalía únicamente: Gloria María Calderón Villalba, Linda CEV y Fideligno Pardo Sierra. La parte acusadora nunca propuso como prueba de referencia el testimonio de la víctima con base en el artículo 438-e del Código de Procedimiento Penal, tampoco justificó la razón por la cual no traía a juicio a la víctima, de manera que no le permitió a la contraparte debatir esos aspectos ni

prepararse para controvertir de la mejor manera el testimonio de referencia que acreditaba el delito y la responsabilidad del acusado, lo cual implica que ese medio de demostración no cumplió con el trámite señalado por la Corte para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, de manera que no podía ser valorado por los juzgadores.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala inadmitirá la demanda examinada, decisión frente a la cual procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal y las reglas definidas por la Sala con tal finalidad.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por el representante del Ministerio Público contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 7 de julio de 2017, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP del 20 de octubre de 2005, radicado 24026 y AP del 12 de diciembre de 2005, radicado 24610, entre otros.

2 CSJ. AP del 2 de mayo de 2012, radicado 26846 y del 22 de marzo de 2017, radicado 46523.

3 Fol. 39 carpeta

4 Fol. 70 lb.

5 Fol. 87, 116 y 117 lb.

6 Fol. 136 lb.

7 Entre otras CSJ SP de 28 de octubre de 2015 Rad. 44056

8 Ver folio 113 carpeta