

Honorables Magistrados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

La ciudad.

Ref.: 130016001128 2015 0960701 N. I. 54724

Delito: Acto sexual abusivo

Procesado. ALBERTO RAFAEL IGLESIAS DONADO

Respetuoso saludo,

ANTONIO JOAQUIN FONTALVO FERREIRA, abogado en ejercicio, debidamente reconocido como defensor del procesado IGLESIAS DONADO, encontrándonos dentro del término señalado por la Corporación, procedo a sustentar el recurso de casación interpuesto por el profesional que me antecedió en la defensa del señor IGLESIAS DONADO.

1°. Aunque la demanda presentada, desde el punto de vista formal, puede ser objeto de diversas críticas, no corresponde a esta defensa desarrollar críticas contra la misma, se repite, no obstante, las falencias que puedan encontrarse en la misma.

2°. Sin embargo, desde el punto de vista material, la demanda de casación constituye una incontrastable censura a una actuación procesal que desemboca en una inicua sanción penal, que ha sacrificado los derechos y garantías fundamentales del procesado, en aras de dar prevalencia a unos derechos, cuya importancia y trascendencia no desconocemos, pero que no pueden arrasar con otros derechos igualmente importantes.

A garantizar esos derechos apunta el auto de la Honorable Sala de Casación Penal que admite la demanda, y a ello nos referiremos en este breve espacio de sustentación:

3°. El primer cargo que contiene la demanda se formula como violación directa de la ley, en cuanto se desconoció, se inaplicó el mandato del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, según la cual, la sentencia condenatoria no puede fundarse únicamente en prueba de referencia. Igual podrían haberse citado otra cantidad de normas fundamentales, desconocidas por las decisiones de primer y segundo grado en el presente caso, como ocurre con el debido proceso, la presunción de inocencia, el in dubio pro reo.

El cargo se sustenta de la siguiente manera: La hipótesis de la Fiscalía, avalada por los juzgadores de instancia, es que el menor de doce años de edad, A.R.I.F., habría sido objeto de tocamientos y otros actos libidinosos por parte de su abuelo ALBERTO RAFAEL IGLESIAS DONADO, durante nueve (9) meses: de noviembre de 2014 al mes de julio de 2015.

Esa deshilvanada, confusa y extensa fijación de los hechos objeto de juzgamiento, que hace la Fiscalía en el Escrito de Acusación, no concuerda con la determinación de los mismos que hace el juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cartagena en la sentencia de fecha 8 de agosto de 2017, en la cual refiere que el menor referido le había comentado a su madre que el abuelo “estaba extraño”, y que al preguntarle lo que eso significaba, el menor solo contestó que le “hacía cosquillas” y tras la pregunta de la madre sobre si el abuelo le tocaba el pipi, y la parte donde hacía popó, este le contestó que sí, y que hasta ese momento indica que lo hacía desde el año 2014.

A su vez, la del Juzgado tampoco concuerda con aquella descripción que de los hechos hace el Tribunal Superior de Cartagena (ver página 2 de la sentencia del 16 de agosto de 2018).

Dentro de su teoría del caso, la Fiscalía prometió desvirtuar la presunción de inocencia de Iglesias Maldonado con los testimonios directos del menor anunciado como víctima A.R.I.F, y su hermana menor M.I.F, quienes constituían las bases probatorias fundantes de dicha teoría, sin embargo, ninguna de esas pruebas

directas prometidas por la Fiscalía fueron presentadas dentro del juicio, y pese a ello, sin que se cumplieran los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé como carga al ente persecutor para cada uno de los testimoniales, se le da valor probatorio calificándolos como testimonios directos, desconociendo el artículo 16 del C.P.P, que refiere lo atinente a la publicidad, confrontación y contradicción de la prueba frente al Juez de conocimiento.

Pero más aún, durante el juicio oral, la Fiscalía declinó el testimonio del menor, con el indemostrado argumento de que no quería someterlo a una doble victimización, igual estrategia desplegó frente al testimonio de la menor (M.I.F) hermana del menor presunta víctima, quien se negó a declarar, lo cual fue aceptado por el Fiscal, al amparo del mismo argumento de no victimizarla en segundo grado. Nótese la crítica que el mismo Tribunal hace respecto de este proceder para desestimar el presunto testimonio de M.I.F..

La Sala Penal de la H. Corte Suprema, ha indicado que la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y en tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

*«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. **Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente..** - CSJ SP, 25 ene. 2017, rad. 44950.*

Ninguna circunstancia de las antes indicadas se presentó durante el debate en el caso bajo estudio, sorprendiendo a la defensa con la renuncia intempestiva y

unilateral por parte de la Fiscalía de los testimonios directos de los menores que prometió mostrar en juicio, lo cual, lleva al Juzgador a acudir a las declaraciones de la madre del menor A.R.I.F., supuesta víctima, y a los testimonios de los psicólogos que habían tratado al menor, y con fundamento, en unos indicios que él mismo construye a partir de la misma prueba testimonial, emite el fallo de condena. Condena a la que se llega con “*altísimo grado de probabilidad de la existencia del hecho, autoría, tipicidad, su antijuridicidad y culpabilidad*”, y no con un conocimiento más allá de toda duda razonable (art. 372 Ley 906 de 2004), tampoco con un conocimiento en grado de certeza, como lo preceptúa el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

El Tribunal ad quem, trata de ocultar tamaña falencia, y en la relación del fallo que se proponía revisar indica que el juez concluyó “más allá de toda duda razonable”, lo cual no es cierto.

Está claro que, tal como se propone en la demanda, se emitió una sentencia condenatoria, con fundamento único y excluyente en la prueba de referencia, lo cual conlleva a concluir que, efectivamente se emitió una condena, con flagrante desconocimiento del artículo 381 de la Ley procesal penal, vulneración del principio de estricta legalidad, es decir, con una apreciación y valoración de algunos testimonio calificados por el juzgador primario como directos, y en especial, su calificativo como tal, para soportar la condena fundada únicamente en prueba de referencia.

Si bien es cierto, de acuerdo con la Ley 1652, la entrevista recepcionada antes del juicio, tiene valor probatorio, para que ello tenga validez, deben cumplirse varios requisitos, entre ellos, el que se haya garantizado el derecho a la contradicción del procesado, y que se encuentra debidamente justificadas por parte de la Fiscalía las razones que determinan la no comparecencia de la víctima al juicio. Además, deben cumplirse los presupuestos que perfija la ley 906 de 2004 – su artículo 438, y la jurisprudencia antes mentada para introducir la prueba de referencia. Esos requisitos se reducen a una solicitud previa para que se considere como prueba de referencia la declaración extraprocesal y la carga argumentativa por parte de la Fiscalía sobre la necesidad de la misma, conforme lo ha definido la Corte, entre

otras decisiones, las emitidas dentro de los Radicados 46153 del 30 de septiembre de 2015, 44950 del 25 de enero de 2017 y 52045 del 20 de mayo de 2020¹.

Y, sigue siendo esencial allí, que se garantice el derecho de contradicción o confrontación de la parte contra la cual se aduce, en el presente caso, la defensa², lo cual evidentemente no ocurrió. Nótese cómo el ad quem, si bien se expone en consideraciones acerca de la validez del testimonio de referencia, en momento alguno de su discurrir, se detiene a determinar o establecer por qué el menor no concurrió al juicio, si se garantizó el derecho de contradicción de la defensa de IGLESIAS DONADO. Concluye el Tribunal indicando que las declaraciones rendidas por el menor ante distintas personas constituyen prueba de referencia, y debe dársele validez. ¿Será cierto que todo lo dicho por el menor ante los psicólogos y psiquiatras que lo trataron, y replicado por estos en el juicio, constituye prueba de referencia??

Nada de lo anterior, ocurrió en el presente caso, por el contrario, se le imprime el calificativo de prueba directa aquellas frente a las cuales la defensa nunca tuvo la oportunidad de ejercer la debida contradicción y/o confrontación.

Al Fundar la condena solo en pruebas de referencia como sucedió en el presente asunto, se pretermite, se desconoce la norma aludida anteriormente y claros y vigentes precedentes jurisprudenciales, al respecto la H. Corte Suprema de Justicia sp2709-2018, rad.50637 - ha señalado:

¹ *Lo anterior por cuanto es posible que para el momento del juicio oral el niño **no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones. Todo esto hace que su disponibilidad como testigo sea relativa, razón de más para concluir que las declaraciones rendidas antes del juicio son admisibles bajo los requisitos y limitaciones propios de la prueba de referencia.***

² Sobre tal solicitud, la parte contra la cual se aduce la prueba deberá necesariamente tener la oportunidad de pronunciarse, a efectos de que se le permita controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación (incluida, desde luego, la que se invoque como fundamento de su admisibilidad excepcional) y respecto de la misma debe mediar un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial.

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia”

Además, de contera, hay que ser categóricos en postular que, de la prueba recogida no se establece de manera clara, suficiente la tipicidad o materialidad de la conducta atribuida al señor IGLESIAS DONADO. Ningún aspecto concreto reveló dentro del juicio oral el menor A.R.I.F, será que son suficientes las cosquillas que le hace el abuelo al nieto para configurar el delito de acto sexual abusivo, según relata la madre le comentó de primera mano el menor A.R.I.F. O, acaso tiene algún valor y eficacia, la respuesta a la pregunta acerca de si el abuelo le había tocado los genitales, cómo valorar el hecho de que el menor le cuente a la madre que siente a su abuelo extraño porque le hace cosquillas, y ella le insiste en preguntarle si le toca los genitales y este asiente, lo cual constituye una verdadera pregunta inductiva - sugestiva.

La regla de la experiencia, siempre nos ha indicado que cuando un menor ha sido víctima de algún tipo de delito de índole sexual, de primera mano narra lo acontecido de una manera natural, guardando el hilo conductor de su dicho en los distintos escenarios, aquí no se ha observado tal situación, por el contrario, en cada lugar dijo una cosa diferente, y además, a quien dio la supuesta revelación de manera primigenia, hizo preguntas sugestivas señalando lugares donde se creyó lo habían tocado....

De donde surge que el abuelo procesado se le montaba al menor y le restregaba los genitales sobre sus glúteos, o que se masturbaba en presencia del menor. De las entrevistas rendidas ante los múltiples profesionales de la psicología que lo atendieron o lo trataron profesionalmente, la mayoría de ellos de carácter privado, contratados por la propia madre del menor (¿por qué cambiaba tanto de sicólogo?).

Qué valor probatorio pueden tener las afirmaciones que hace el paciente a su médico, debe distinguirse aquí, como más adelante se verá que una cosa es el concepto del profesional de la medicina que atiende al menor y otra lo que este

profesional refiere que le comentó el paciente. Sin duda este último es un testimonio de referencia, para el caso, que no cumple con los presupuestos legales para ser admitido como tal.

Y es que de cada relato que de los hechos que hubiese podido hacer el menor A.R.I.F., aprovecha el Tribunal Superior de Cartagena, para darle una calificación típica, concluyendo en la existencia de por lo menos ocho hechos delictivos entre los que se destaca un acceso carnal abusivo, en cuanto el abuelo le habría introducido el pene en la boca al menor.

De la única y verdadera entrevista realizada el menor, se destaca la adelantada por servidores del C.T.I., de las que cabe interrogar si se recaudaron conforme a los protocolos legales, valga anotar, se revisó previamente, el interrogatorio por el Defensor de Familia, estuvo este presente en dicha entrevista (Art. 206 A Ley 906 de 2004, adicionado por Ley 1652 de 2013), cómo se produce la traducción de dicha entrevista, es la misma persona que interroga y a su vez traduce, quien realizó preguntas inductivas al menor, es una traductora reconocida oficialmente, la defensa contó en igualdad de armas con un traductor de su confianza para contradecir y legitimar el dicho del menor y el tipo de pregunta que se le formulara.....

Según lo antes señalado, es claro que en el presente asunto no se demostró con suficiencia la materialidad del delito imputado.

De la precedente argumentación, se impone concluir que conforme se afirma en la demanda, la condena se fundamentó únicamente en prueba de referencia, con lo cual se quebrantó la norma postulada. El cargo debe prosperar.

4°. El segundo cargo que plantea la demanda, es el de violación indirecta de la ley, ese desconocimiento tiene que ver con las faltas del juzgador en la valoración de la prueba testimonial al calificarlas en su gran mayoría como pruebas directas.

Sobre el particular diremos en cuanto este espacio lo permite que, en el presente caso, se confunden por parte de los juzgadores de primera y segunda instancia el

concepto y límites y eficacia de la prueba testimonial, particularmente las que proviene de los profesionales de la sicología que concurren como testigos. En verdad se desconoce si son valorados como testigos peritos, testigos expertos o como testigos de referencia³.

Consideramos que los juzgadores de instancia han desconocido el principio de falso juicio de legalidad al valorarlas y tenerlas como fundamento demostrativo de la sentencia atacada, sobre todo en punto a los testimonios tildados como directos dentro del juicio.

El análisis que correspondía al Juzgado de primera instancia y al Tribunal de segunda, se concreta por parte del Juzgado Séptimo al señalar que cuenta con los testimonios de GUSTAVO ADOLFO BALLESTEROS CASTAÑEDA, médico psiquiatra de Medicina Legal, CARMEN JUDITH ESCALLON GONGORA médica pediatra privada, quien trató al niño ARIF (sic) por iniciativa de su progenitora; WALTER PONTON CORTEZ médico psiquiatra infantil privado, quien trató al niño ARIF (sic), por iniciativa de su progenitora; DOLLY ESTHER ARCILLA, psicóloga del CTI; (...) CLAUDIA SOFIA SCHNURBUSCH GALLARDO, psicóloga privada, quien trató al niño por iniciativa de su progenitora y ESTHER VIVIANA PEREA CASTRO psiquiatra y neuro psicóloga del C.T.I. con dominio del inglés... De igual forma, aunque con mejor orden y más ponderación, el Tribunal Superior.

Si bien es cierto, el caso aquí investigado son aquellos denominados por la doctrina y jurisprudencia nacional como de puerta cerrada, lo cierto es que no existe una prueba directa que demuestre tal acontecimiento, por el contrario, lo que dijo el menor en el transitar de la investigación, aunado a lo señalado por los testigos de referencia, es decir, que dijo uno, y qué dijo el otro, no se establece en la sentencia del Juez Séptimo de Cartagena, a cuenta de qué actuaban, por ejemplo el psicólogo que había atendido al menor debido a los trastornos generados por el matoneo y la obesidad que padecía, se desconoce además que el menor también padecía

³ En este punto, debe reiterarse que, cuando se está en presencia de una actuación adelantada por un atentado al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de un menor de edad, la prueba pericial adquiere una doble connotación en punto a su debida valoración: se constituye en prueba directa, como quiera que el experto relata lo por él percibido directamente por los órganos de los sentidos; y, en prueba indirecta o de referencia, en cuanto a la narración que hace el perito acerca de las manifestaciones previas al juicio oral que hiciere la víctima sobre las circunstancias que rodearon los hechos. (rad. 54814 4 dic. 2019).

alteraciones por la separación de sus padres, por el traslado de los Estados Unidos a la ciudad de Cartagena.

Si se desbrozan de manera detallada cada uno de los testimonios rendidos por cada uno de los siquiátras o psicólogos a que alude la decisión del H. Tribunal se encontrará que GUSTAVO ADOLFO BALLESTEROS, médico siquiátra atendió Al procesado IGLESIAS DONADO, y no hace referencia alguna a los hechos objeto de juzgamiento, la profesional de la siquiátria CARMEN ESCALLÓN, atendió al menor A.R.I.F., en un “proceso de restablecimiento de la familia”, nada dijo esta en relación con el hecho objeto de investigación. El siquiátra infantil WALTER PONTON CORTES, atiende al menor por asuntos escolares, incluso antes de la comisión de los hechos materia de debate (11 de junio de 2015), aunque no se sabe cuándo, posteriormente, refiere el menor le confiesa que era objeto de tocamientos por su abuelo.

La profesional de la sicología DOLY STELA ARCILA, recibe entrevista asistida por una traductora, y vaya a ver lo que puede entenderse de dicha traducción según el aparte destacado por el mismo Tribunal ad quem, y se destaca cómo la traductora y la sicóloga terminan interpretando las palabras del menor, que no daba en hacerse entender en el idioma que domina que es el inglés.

Finalmente se hace referencia a la declaración de la sicóloga CLAUDIA SOFIA SCHNURBUSCH GALLARDO

Las supuestas confesiones del menor a sus médicos tratantes, no son coherentes, como ya se advirtió en un caso indica una cosa, luego esta misma es modificada, particularmente ante las profesionales ARCILA y SCHNURBUSCH GALLARDO, es evidente que, de allí, no puede colegirse con certeza la materialidad de la infracción a la ley penal, endilgada al señor IGLESIAS DONADO.

El cargo, igualmente está llamado a prosperar, en cuanto del análisis de las pruebas testimoniales, de referencia, valoradas por el Tribunal ad quem, desconoce las reglas de valoración, las reglas de la experiencia, lasaña crítica de los mismos, lo cual se erige en un sesgado juicio valorativo, que no puede llevar a la conclusión que les da dicha corporación.

De cualquier manera, todo se reduce a una flagrante violación de derechos fundamentales del

Por lo planteamientos antes expuestos, depreco de la Honorable Sala de Casación Penal, se CASE la sentencia demandada y en su lugar se ABSUELVA al procesado IGLESIAS DONADO, y consecuente a ello se restablezcan sus derechos.

Cordialmente,

ANTONIO JOAQUIN FONTALVO FERREIRA

C.C 19.129.587 de Bogotá

T.P 24.788 del C.S. de la Judicatura