

RV: ESCRITO DE SUSTENTACION RADICADO 76-834-60-00-187-2013-02803-01

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Jue 12/05/2022 16:22

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Sustentación

Casación 61271

De: Jhonathan Valbuena Bohorquez <juridicaycomercial@gmail.com>

Enviado: jueves, 12 de mayo de 2022 3:05 p. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ESCRITO DE SUSTENTACION RADICADO 76-834-60-00-187-2013-02803-01

HONORABLES MAGISTRADOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL

Santa fe de Bogotá D.C.

E.S.D

Condenado: Cesar Augusto Hernández Ocampo

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años

Radicación: 76-834-60-00-187-2013-02803-01

Despacho: Tribunal Superior de Cali - Sala Penal

Asunto: Presentación Demanda de Casación

Muy respetuosamente se dirige a ustedes JHONATHAN EDUARDO VALBUENA BOHÓRQUEZ, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Pereira, identificado con la Cedula de Ciudadanía No 4.585.191 de Santa Rosa de Cabal, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No 300.919 del C.S.J, obrando conforme al poder especial amplio y suficiente conferido por el señor CESAR AUGUSTO HERNANDEZ OCAMPO, mayor de edad, identificado con la Cedula de Ciudadanía No 16.227.217 de Cartago Valle, con el fin de sustentarles DEMANDA DE CASACIÓN contra la sentencia condenatoria de segunda instancia No 034, del día 06 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, en el proceso de la referencia, providencia que confirmo la sentencia condenatoria No 019 decretada por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de conocimiento de Cali, en sentencia del 06 de abril de 2021, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

JHONATHAN E. VALBUENA BOHÓRQUEZ
ABOGADO

E – mail: juridicaycomercial@gmail.com Celular 320-8263983

Calle 10 bis No 15 35 piso 2, sector Los Alpes, Pereira - Risaralda

IMPRIMIR SOLO SI ES NECESARIO... COMPROMISO CON EL MEDIO AMBIENTE

Cali Valle, jueves 12 de Mayo de 2022

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL
Santa fe de Bogotá D.C.
E.S.D

Condenado: Cesar Augusto Hernández Ocampo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años
Radicación: 76-834-60-00-187-2013-02803-01
Despacho: Tribunal Superior de Cali - Sala Penal
Asunto: Presentación Demanda de Casación

Muy respetuosamente se dirige a ustedes JHONATHAN EDUARDO VALBUENA BOHÓRQUEZ, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Pereira, identificado con la Cedula de Ciudadanía No 4.585.191 de Santa Rosa de Cabal, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No 300.919 del C.S.J, obrando conforme al poder especial amplio y suficiente conferido por el señor CESAR AUGUSTO HERNANDEZ OCAMPO, mayor de edad, identificado con la Cedula de Ciudadanía No 16.227.217 de Cartago Valle, con el fin de sustentarles DEMANDA DE CASACIÓN contra la sentencia condenatoria de segunda instancia No 034, del día 06 de diciembre de 2021, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, en el proceso de la referencia, providencia que confirmo la sentencia condenatoria No 019 decretada por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de conocimiento de Cali, en sentencia del 06 de abril de 2021, por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS

Según el escrito de acusación de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el ciudadano CESAR AUGUSTO HERNANDEZ OCAMPO, padre biológico de la menor S.H.R., de 5 años de edad (para la época de los presuntos hechos), los días 03 y 04 de agosto de 2013, al parecer estando a solas en una cama, le tocó la vagina por encima de las prendas de vestir a la menor antes referida; igual comportamiento ocurrió en uno de los muebles de la sala de un lugar cuya ubicación no se pudo determinar, no solo por la corta edad de S.H.R., sino porque no reside en la ciudad de Cali.

LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN acuso al ciudadano CESAR AUGUSTO HERNANDEZ OCAMPO como autor de la conducta punible de Actos sexuales con menor de 14 años e INCESTO; El conocimiento del asunto correspondió, por reparto, al Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali Valle; Finalmente, el 06 de abril de 2021, la Juez 11 Penal del Circuito dictó sentencia mediante la cual condenó a CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO como autor penalmente responsable del delito de Actos Sexuales con Menor de Catorce Años, a pena principal de 110 meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual periodo. De otra parte, decretó la preclusión de la investigación por el delito de Incesto y negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria al sentenciado; Contra la anterior determinación, la defensa interpuso dentro del término de ley, sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, confirmó la sentencia condenatoria No 019 decretada por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

SUSTENTACION DE LOS CARGOS FORMULADOS

Sea lo primero en advertir como apoderado del demandante en casación, que me reafirmo en la totalidad de los argumentos expuestos en las causales invocadas y sus respectivos cargos formulados en el escrito original de la demanda. A continuación pasare a profundizarlos de la siguiente manera.

El primer cargo formulado se resume de la siguiente manera:

CAPITULO ICAUSAL SEGUNDANULIDAD POR VIOLACION AL DERECHO A LA DEFENSA TECNICA QUE LE ASISTE AL SEÑOR CESAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO
Cargo único

Por resultar particularmente de interés para el asunto bajo examen, en relación a la segunda de tales características se trae a colación el fallo de casación del 11 de julio de 2007, rad. 26827, en el cual se aseveró que:

“El carácter obligatorio de la defensa técnica, sin embargo, no es suficiente para que en el proceso penal pueda reputarse como cabalmente satisfecha la respectiva garantía constitucional, pues además debe ser efectiva, es decir, no basta con que al imputado se le dé la oportunidad de contar con un abogado que lo asista y lo represente en la investigación y en el juicio, sino que debe ser real o material, esto es, traducida y perceptible en actos de gestión que la vivifique”

EL AGRAVIO QUE CONFIGURA LA CAUSAL Y LA TRASCENDENCIA DEL MISMO

Se propone este cargo al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la ley 906 de 2004 a saber: nulidad por violación al derecho a la defensa técnica que le asiste al señor Cesar Augusto Hernández Ocampo, por cuanto el abogado Jhon Jairo Marulanda Idarraga (defensor público), que lo represento durante la mayor parte del proceso, específicamente durante la audiencia preparatoria y de juicio oral, incurrió en sendos errores de asistencia defensiva, inclusive con desconocimiento de la técnica procesal al momento de afrontar un juicio oral, público y contradictorio.

Por todo lo anterior, se hace necesario observar la actuación del referido togado durante estas etapas procesales a fin de poder determinar, más que su pasividad, la falta de conocimiento de la técnica procesal penal. Veamos.

Audiencia preliminar de imputación de cargos, llevada a cabo el día 19 de febrero de 2016, ante la Juez Sexta Penal Municipal de Garantías de la ciudad de Cali Valle.

Minuto: 11:30. JUEZ: La juez pregunta al defensor que si requiere alguna aclaración por parte de la fiscalía respecto de esos cargos o minutos de receso para conversar con el señor Hernández

DEFENSOR: *No señora juez, es criterio de este defensor que la carga de la fiscalía es adecuar los hechos a una conducta típica jurídica y que esa misma deberá ser sustentada en un hipotético juicio, pos esa razón considera este defensor que no es su rol, entrar a corregir ese tipo de adecuaciones típicas*

JUEZ: Para conversar con el señor Hernández, un minuto de receso

DEFENSOR: *No señora juez*

Audiencia de acusación, llevada a cabo el día 22 de febrero de 2017, ante la Juez Once Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad de Cali Valle.

Minuto: 2:05 JUEZ: Le pregunta al defensor si usted tiene conocimiento del contenido del escrito de acusación

DEFENSOR: *Así es señora juez*

Audiencia preparatoria del juicio oral, llevada a cabo el día 11 de mayo de 2017, ante la Juez Once Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad de Cali Valle.

Minuto: 3:00 La juez le pregunto al señor defensor si la fiscalía le hizo el descubrimiento probatorio completo, a lo que el defensor manifestó que *“así es”*

seguidamente se le preguntó al defensor que, si tenía elementos materiales probatorios o evidencia física para descubrir, a lo que manifestó que *“no”*

Minuto: 5:22 La juez le pregunto nuevamente al defensor que, si tiene elementos materiales probatorios por descubrir, a lo que el defensor manifestó que *“como no tenía elementos para descubrir, tampoco tenía para anunciar”*

Minuto: 5:30 La juez le pregunta al fiscal y a la defensa sobre si van a realizar estipulaciones probatorias a lo que el fiscal responde que: algún día lo hable con el defensor sobre la identidad del acusado y la minoría de edad de la víctima, seguidamente la juez le corrió traslado de esta posibilidad al defensor a lo cual manifestó: *“estoy de acuerdo lo que dice la fiscalía, si usted considera que es necesario estipularlo lo estipulamos, sino no hay estipulaciones”*, a lo que la juez le llamo la atención al defensor y le manifestó que las estipulaciones son un acto de parte y el juez no puede allí direccionar si quiere o no hacer estipulaciones, ustedes me darán a conocer si las van hacer yo las admito.

Minuto 22:30 La juez le pregunta al defensor si va a realizar un aporte en tema de solicitudes probatorias a lo que el defensor manifestó: *“solicita se practique Claudia L Tovar Gutiérrez, esta entrevista es pertinente porque fue la que psicóloga de Caivas que valoro a la menor y no encontró ningún hallazgo que indicara abuso sexual a la menor, con ella se introducirá el concepto que ella rindió el 11 de mayo de 2012 en la ciudad de Cartago, este elemento lo descubrió y lo enuncio la fiscalía al inicio de esta audiencia”*

Minuto 23:50 La juez pregunta que, si se van a realizar solicitudes de inadmisión o rechazo o exclusión de algún elemento material probatorio, a lo que la defensa responde *“tampoco señora juez”*

Audiencia de juicio oral, llevada a cabo el día 06 de septiembre de 2017, ante la Juez Once Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad de Cali Valle.

Minuto: 11:20 JUEZ: le pregunta a la defensa si va a hacer presentación de teoría a lo cuan manifiesta *“no señora juez”*

testimonio de la señora Adriana Rosario Rivas Barragán, madre de la menor S.H.R

una situación particular ocurrió el en contrainterrogatorio a la señora Adriana Rosario, madre de la presunta víctima cuando el abogado defensor pregunto. veamos:

Minuto 33:50 DEFENSOR: *¿doña Adriana, usted ha dicho en esta audiencia que asistió a una entrevista donde la niña fue entrevistada por una psicóloga y una dra Mónica cierto?*

TESTIGO: si, la dra Mónica del instituto colombino de...

DEFENSOR: *ha dicho que usted asistió a una entrevista*

TESTIGO: de Tuluá

DEFENSOR: *¿usted rindió una entrevista ante la fiscalía el día 25 de septiembre del año 2013, sí o no?*

TESTIGO: en cual fiscalía en la de aquí de... me ha tocado ir a tantas fiscalías

DEFENSOR: *dice que, en el Cuerpo Técnico de Investigaciones de Tuluá Valle, a las 9:24.*

TESTIGO: si a mí me toco ir a la fiscalía de Tuluá

DEFENSOR: *¿pero usted si rindió la entrevista ese día, lo recuerda?*

TESTIGO: pues miro mi carpeta porque pues la verdad yo tengo todo organizado por fechas

DEFENSOR: *yo le voy a poner de presente ese documento para que se acuerde*

DEFENSOR: *¿si yo le pusiera de presente esa entrevista usted la recordaría cierto?*

TESTIGO: a mí me entrevistaron en...cuando me mandaron del ICBF, a mí me mandaron para allá

DEFENSOR: *¿por es, si yo le pusiera de presente esa entrevista usted la recordaría, sí o no?*

En ese momento interviene el señor fiscal con una objeción para lo cual manifiesta lo siguiente:

FISCALIA: *El señor defensor está haciendo uso de una declaración anterior al juicio y en ese orden hasta el momento y si se desea saber para efectos del debate si quiere impugnar credibilidad o refrescar memoria para que lo haga a través de los mecanismos adecuados*

La juez interviene y manifiesta lo siguiente:

Gracias, valida la observación señor defensor usted además tiene que sentar bases, no puede ir utilizando un documento sin tener la autorización previa

DEFENSOR: *eso es lo que estoy haciendo señora juez, pues sentando las bases probatorias, le estoy preguntando a la testigo, si recuerda esa entrevista, me dice que no, le estoy preguntando que si se la pondría de presente la recordaría y me estoy esperando la respuesta*

JUEZ: si, pero en este momento todavía no señor defensor, eso ya es prácticamente para que yo admita que se la pongamos de presente a la testigo, aun no, no me ha sentado bases señor defensor

DEFENSOR: *repito, ¿usted rindió una entrevista en la fiscalía de Tuluá sí o no?*

TESTIGO: a mí me toco ir a la fiscalía de Tuluá, remitida por el ICBF de Tuluá

DEFENSOR: *¿usted en esa entrevista dijo la verdad como la está diciendo en este juicio?*

TESTIGO: si

DEFENSOR: *¿si yo le pusiera de presente esa entrevista usted la reconocería, si o no?*

TESTIGO: pues si

DEFENSOR: *¿porque usted la firmo?*

TESTIGO: pues si esta mi firma sí.

DEFENSOR: *¿y usted antes de firmarla la leyó cierto?*

TESTIGO: si, pero yo aquí tengo mi carpeta y tengo copia de todos los documentos tengo que mirar que si sea la misma y que si sea mi firma

DEFENSOR: procedo señora juez entonces a ponerle de presente a..

En ese momento interviene el señor fiscal con una objeción para lo cual manifiesta lo siguiente:

FISCALIA: su señoría, salvo su mejor criterio hasta el momento, respetuosamente considera la fiscalía no se han sentado bases

JUEZ: de acuerdo, no se autoriza todavía señor defensor

DEFENSOR: *se me olvido la técnica señora juez, entonces me toca declinar de la intención que tenía, porque he hecho lo que la técnica señala, que fecha, donde que, si la reconoce, si se la pusiera de presente la reconocería, no sé qué más preguntar frente a las probatorias, se me olvido la técnica.*

JUEZ: eso es a interés de parte señor defensor no se la puedo recordar tampoco, usted debe saberla

DEFENSOR: *no pues no más porque pues...*

JUEZ: bueno si no hay más preguntas de su parte

DEFENSOR: *no no hay más preguntas*

Valga aclarar, que desde ese momento y en adelante, el defensor se limitó a realizar preguntas de forma muy escasa, sin que se evidenciara un esfuerzo exhaustivo que vislumbrara la actuación defensiva, consecuente con el deber que le asistía, por ello ruego a los Honorables Magistrados verificar esto en el cuerpo original de la presente demanda, en los testimonios de: **Diana Patricia Arbeláez Flórez**, Minuto: 01:03:22; igualmente el testimonio de **la psicóloga de la IPS CONFANDI, Gloria Lucerito Núñez Salazar** Minuto: 01:33:15: **Testimonio de la docente orientadora, Nubia Estela Cerón Londoño** Minuto: 02:04:55, donde el defensor no dirigió ninguna pregunta; **Testimonio de la docente, Lucy Salazar Mejía** Minuto: 02:20:50, igualmente sin preguntas.

Lo anterior, sin contar que durante el proceso asumió un defensor contractual de nombre Jader Arles González Valverde, quien, en la continuación del juicio oral, solicito aplazamiento del mismo para revisar el expediente, sin embargo, por motivos desconocidos este no asumió dicha representación, dejando al señor CESAR AUGUSTO, desprovisto nuevamente de abogado defensor y dejándolo a la suerte de una nueva defensor publica, Dra Elizabeth Ordoñez Buitrago, quien por no decir menos, tomo una actitud demasiado pasiva al fin constitucional que tiene la defensa.

Esto se dejó evidenciado al momento en que se le pregunto por parte de la juez A quo sobre la ubicación de la única testigo de la defensa, pues solo atinó a decir que no había podido ubicar a la testigo.

También al momento de interrogar a la menor presunta víctima, a quien muy escuetamente le hizo escasas tres preguntas, cuando la víctima era la testigo más importante a controvertir, pues era la única testigo presencial de unos hechos investigados.

Pero recapitulemos, la intervención del abogado defensor público Jhon Jairo Marulanda Idarraga durante la gran mayoría del proceso y en las etapas más importantes, esto es desde la audiencia de imputación, hasta casi el agotamiento del juicio oral, fue fundamental para que la balanza de la justicia se inclinará en favor de la Fiscalía.

Ante la anuencia de una juez de la república, quien en ningún momento es una convidada de piedra, pues precisamente por ser la directora del proceso, debe velar por que en el juicio se respeten las garantías procesales. Sobre el particular, la juez en su sentencia manifestó.

En otros términos, si bien CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO estuvo asesorado por profesional distinto en audiencia preparatoria, no puede ahora ello constituir fuente conculcadora del derecho de defensa; por el contrario, surge diáfano que el inculpado estuvo asistido por profesional calificado y dentro de la dinámica normal de dichas diligencias participó en términos razonables de su defensa, brindándole un acompañamiento profesional adecuado e incluso presentó solicitud probatoria, distinto es que el actual defensor, dentro de su propia teoría del caso hubiere solicitado otras adicionales, empero ello, no es fuente generadora de derechos del encartado.

Así las cosas, lo que revela la postura del censor es su propósito de imponer su propia perspectiva del caso sobre las solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, diligencia en la cual, él habría solicitado pruebas adicionales.

¿Será calificado un profesional del derecho que, en audiencia de juicio oral, claramente no pudo sentar las bases para poner de presente unas declaraciones anteriores, y así poder dejar en evidencia a un testigo?

¿Será calificado un profesional del derecho que, en plena audiencia de juicio oral, a viva voz manifiesta que se le olvido la técnica del juicio oral y que por ese motivo desistía de seguir interrogando a una testigo de la fiscalía?

Claramente aquí yerro el juez Ad quem, pues el señor CESAR AUGUSTO no estuvo representado por un profesional calificado, pues una cosa muy distinta es su pasividad y otra su incapacidad e incompetencia de sentar bases para preguntar a la testigo, situación que fue en desmedro de los intereses del hoy condenado.

La Corte ha establecido unas reglas claras para sentar las bases al momento de hacer uso de declaraciones anteriores

al juicio oral, ya sea para refrescar memoria o impugnar credibilidad a saber.

“El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su recordación, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (idem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley”.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.”. C.S.J, SP606 -2017, radicado 44950 PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

Como puede verse, la técnica para los fines antes aludidos es clara e inequívoca. Tampoco fue un capricho del defensor hacer tan desafortunada manifestación, pues tras ello, su decisión fue de desistir del contrainterrogatorio. Es decir, se perdió una gran oportunidad para dejar por sentada quizás, algunas contradicciones que seguramente hubieran hecho eco en la mente del juez.

Lo anterior, porque muy seguramente la intención del defensor de ponerle de presente a la testigo una declaración anterior, más exactamente la dada por ella por fuera del juicio oral el día 25 de septiembre del año 2013, era la de contrastar esta versión con la rendida en el juicio oral, y así poder descubrir contradicciones o vacíos en su relato. Sin embargo, la forma de preguntar nunca fue la adecuada, pues en si nunca hizo la pregunta y solo se dedicó a buscar hacer un reconocimiento en vano con la testigo del documento cuando este no estaba aún autorizado para tal efecto.

De igual forma, su pasividad fue demasiado evidente en los contrainterrogatorios de otros testigos, pues realizó preguntas que no tenían un objeto claro y en otros casos ni contrainterrogó a pesar de que los testigos dieron temas controversiales.

Como lo ha dicho la Corte de tiempo atrás (CSJ SP 26 oct. 2011, rad. 36357) ha insistido en que las pretensiones que en sede de casación postulan el quebranto del derecho de defensa técnica, a partir de censurar el desempeño de profesionales que han intervenido durante la actuación, no pueden fundarse en un juicio ex post de valoración negativa por los resultados.

Por tal motivo, al demandante en esta sede extraordinaria le compete, entonces, evidenciar que la desatención de los deberes profesionales de su predecesor, su descuido o inercia propició el resultado de condena, pues no basta con plantear una novedosa táctica defensiva al descalificar el papel de un colega, pues ello permitiría siempre a partir de los resultados replantear nuevas aristas de oposición a la pretensión punitiva del Estado.

Por tal motivo, si el juez Ad quem, hubiera analizado los yerros del abogado defensor en sede del juicio oral, aunado a la variedad de defensores que pasaron por este proceso, que de alguna forma no garantizaron una adecuada defensa técnica, hubiera tomado los correctivos necesarios inclusive, declarando la nulidad desde la audiencia preparatoria, que es lo que hoy en casación se pide.

CAPITULO II
CAUSAL TERCERA
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR DE HECHO
Falso raciocinio por error de apreciación
Cargo único

El ataque se hará bajo la causal tercera de casación, artículo 181 de la Ley 906 de 2004, respecto a la violación de la ley, modalidad vía indirecta, sentido error de hecho, motivo falso raciocinio por error de apreciación.

Dice la Honorable Corte Suprema de Justicia que: Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (Art. 380 CPP), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

“O habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo se aparta de los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria”. CSJ AP, 29 Ag 2007, Rad. 26276.

EL AGRAVIO QUE CONFIGURA LA CAUSAL Y LA TRASCENDENCIA DEL AGRAVIO

Se propone este cargo al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la ley 906 de 2004 a saber: violación indirecta

de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio por irrespeto a las reglas de la lógica y la sana crítica, por cuanto el tribunal le dio a la prueba una interpretación que no tiene, con base en presunciones que tampoco respetan el sentido común.

La violación indirecta, error de hecho por falso raciocinio por error de apreciación, se deriva de la falta absoluta de valoración de la declaración de la menor SHR y las demás pruebas allegadas al proceso y vertidas en la vista pública.

sobre el particular, el juez Ad quem manifestó:

“Visto lo anterior, acorde con los planteamientos antes esbozados, considera la Sala de decisión que no existen contradicciones o inconsistencias en el relato incriminatorio brindado por SHR ante la juez a-quo, ni ante las personas a quienes reveló el abuso sexual de que fue víctima, pues fue consistente en que el fin de semana del 04 y 05 de agosto de 2013 cuando compartió con su padre, éste la tocó en su vagina, en ello no hubo “adiciones”, como lo alegó la defensa, mientras la prueba de descargo, que pretendió desacreditar la ocurrencia del hecho, no lo logró, dado que la Psicóloga CLAUDIA LILIANA TOVAR GUTIÉRREZ no atendió a SHR en el marco de los hechos aquí investigados y juzgados; de contera no brindó información relevante para este asunto”.

“Siguiendo este orden, en lo que respecta a la declaración exculpatoria del encartado, debe tenerse en cuenta que ninguna explicación brindó para que su hija SHR lo incriminara como autor responsable de un delito sexual que no cometió; de ahí que no logró resquebrajar el relato claro, consistente y congruente de la menor”

Se equivocó el tribunal al asegurar que - *existen contradicciones o inconsistencias en el relato incriminatorio brindado por SHR ante la juez a-quo* - pues lo contrario aflora en el juicio oral, veamos.

La ley 1652 de 2013, en su artículo 2, establece unos requisitos claros e inequívocos para la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales a saber:

“Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento”:

d) <sic> La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) <sic> La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

f) <sic> El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

La sentencia se fundamentó en forma exclusiva en prueba de referencia, si bien la menor compareció a audiencia a través del mecanismo de Cámara Gesell, considera este defensor que la entrevista rendida por la menor SHR, debe ser apreciada conforme los criterios de la sana crítica y de la objetividad de la prueba y fundada en los principios de la concentración y de la inmediación, los cuales por las especiales circunstancias en los que la menor se presenta, debieron haberse mantenido de forma ininterrumpida y no como se aprecia en la grabación de la Audiencia, en la cual luego de haber mostrado alteración y duda al momento de responder, se interrumpe por solicitud de la defensora de familia obrante en la entrevista, ahora bien, la interrupción por sí misma no es motivo de incertidumbre, pero si lo es el corte en el registro video gráfico, que con el fin de mantener incólume la credibilidad del menor y la preservación de la prueba debió permanecer grabando, hasta que la menor retomara el testimonio, esto con el fin de evitar la duda y la suspicacia que se cierne con la interrupción, pues luego de la pausa la menor reanuda con respuesta más fluidas, más claras y directas, las cuales se contraponen a su actitud dudosa y retraída al inicio de la entrevista. Valga la pena aclarar que no es la intención de este apoderado insinuar irregularidad sobre el actuar del despacho o de sus delegados, pero si deja clara dicha interrupción propicia oportunidad para que un tercero interesado con fines maliciosos pudiese influir en el testimonio del menor, hecho que no puede desvirtuarse con la mera manifestación del funcionario, pues escapa a su control lo que con la menor hubiese pasado durante dicha interrupción. Así mismo se hace incorporación de causal de nulidad la forma en que se realizó la entrevista, pues las delegadas para procurar los derechos y comprensión de la menor, sin embargo, la formulación de las preguntas fue inductiva, orientada siempre a repuestas afirmativas lo cual está prohibido por expresa manifestación de la ley procedimental.

Existieron múltiples contradicciones en el relato de la menor SHR, pues para tal efecto se tiene que contrapuesto a los hechos jurídicamente relevantes expuestos por la fiscalía y relatados supuestamente por la menor, se habla de un concurso homogéneo de delitos en el entendido que dicha conducta delictual, supuestamente se dio en dos oportunidades, hecho que no se pudo corroborar en el testimonio de la menor pues en todo su relato solo hizo alusión a una ocasión y lo hace en forma dudosa pues habla de un estado de sueño profundo y luego de ello ver a su papa a su lado y sentir con ello un tocamiento. Es dudosa por varias razones que omitió el juzgador en su apreciación, y las cuales procedo a poner en conocimiento de los señores magistrados. En primer lugar y como ya se dijo no coincide con el dicho de la fiscalía en cuanto el número de veces que ocurrió el supuesto tocamiento, en segundo lugar la menor manifiesta agregaciones y contradicciones entre lo narrado y los presentados en los informes ingresados mediante el testimonio de los testigos de acreditación, así por ejemplo manifestado ante delegada del ICBF que dichos tocamientos se realizaron dos veces, una en un mueble y otra en la cama y en la práctica del testimonio manifiesta

que solo fue una vez, así mismo en otro relatos dice que llamo a su madre para contarle, alguna veces manifiesta en que vi a su padre haciendo estos catos cuando se iba a levantar para ir al baño y en otros refiere que el tocamiento mismo fue el que la despertó, pero las disonancias no se quedan es este punto, difiere en contar sobre las personas que la acompañaron, sobre las actividades que realizaban estos acompañantes, difiera en la ubicación y descripción de los lugares en que se dieron los supuestos tocamientos y hasta en la forma en que se adelantaron, nótese esto, en que manifiesta haber sido tocada en forma específica durante las entrevistas de la ruta de atención dando detalladamente la orientación de cómo y en qué punto fue tocada y ya en cámara Gesell afirma que no sabe bien que ella sintió como cuando lo tocan a uno pero que ella no recuerda bien porque estaba dormida. Escapa a la valoración objetiva del testimonio de juez, el hecho que la simple contradicción es motivo de duda y que esa duda debe ser evacuada por completo en la práctica de la prueba y no concluir por medio de premisas que, si un hecho es consonante y coherente, entonces es precisamente cierto.

En si misma porque como él mismo dictamen lo refiere en su relato, el examen practicado a la menor no le permitía confirmar si los hechos narrados realmente ocurrieron, entre otras razones, porque este no era el objeto de la pericia, sino solo “encontrar signos clínicos de abuso sexual” Además, no desconoce la ley 1652 de 12 de julio de 2013 por medio de la cual se dicta disposiciones acerca de la entrevista y testimonios en los procesos penales en donde se involucran niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, donde se presentan derroteros que para valoración de entrevistas realizadas a menor víctimas de esta clase de delitos, ley en la que se recomienda primordialmente, realizar estas entrevistas por profesional entrenado y especializado en este tipo de delito y en entrevistas a menores, además exhorta con vital importancia para que dicha entrevista sea gravada o fijada en medio audiovisual con el propósito de conservar fidedigna la información y de resguardar al menor de una posible revictimización, hecho que no solo es garantía para el menor, si no, que asegura conservar en cadena de custodia lo relatado por el menor, garantizando así el mínimo de dudas sobre su testimonio, esto último fue ocluido en el caso del procesado, pues la entrevista no se conserva en medio audiovisual, y se aprecia en las entrevistas entregadas como pruebas de corroboración, que el relato varía en forma sospechosa, pues la parte relevante parece estar copiada y pegada por el entrevistador, sin embargo en lo referente a lo dicho por la menor, la trama de sus memorias se hace más compleja agregando situaciones o hechos tales como el lugar de los hechos, (que no fueron probados), el número de veces de la ocurrencia del hecho, afirma y luego se desmiente sobre la forma en que se dieron los supuestos tocamientos, tal es el ejemplo que finalmente a condena fue residual y no como la fiscalía lo solicitó, y esto es así, por que las pruebas no fueron más allá de toda duda sino que se dieron como acto de repetición de los testimonios, amen que la última valoración de medicina legal se da casi de un año posterior a los supuestos hechos, el 10 de junio de 2014, como se aprecia en el informe Pericial No DRSOCCDTE-GRCOPPF-0183-2014 RADICACION No CAL-2014 000366 suscrito por la Doctora ANDRA SANCHEZ PARRA , informe que fuera introducido por testimonio de la profesional y en este orden de ideas, dicho testimonio resulta ser igualmente una prueba de referencia, además de inconducente.

Contraria a esta labor, el a quo dice que la menor es consistente en hechos generales, ampara su decisión basada en que la menor mínimamente repite hechos como los tocamientos, como el reconocer a su padre como el autor, en decir que fue en la casa de sus familiares, y en decir que siendo esto reiterado es suficiente para entender como cierto el hecho generador del daño, desconociendo las múltiples inconsistencias y agregaciones. Así mismo dice que los profesionales tratantes e intervinientes identificaron un hecho dañino que sin duda cometió el acusado, cuando ello a pesar de haber sido enunciado no quedo plenamente demostrarte y menos si se toma como inepta la entrevista rendida por la menor, olvida la judicatura que la decisión no puede basarse únicamente en pruebas de referencia y procede a condenar.

La falta y deficiente corroboración del relato de la menor SHR.

Tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

En el caso sub examine, existieron diversas contradicciones de gran entidad y no de poca monta, que, al contrastarlos con los demás testigos de cargo, permitían detallar una línea argumentativa mendaz, deshilvanada, que no guardaba una relación interna o externa del relato de la menor. Veamos.

En el testimonio presentado por la menor y el de las señoras NUBIA STELLA CERÓN y LUCY SALAZAR, (ambas funcionarias del colegio en que estudiaba la menor) en los reportes y entrevistas de la ruta de atención se expresa que la menor se queja de un dolor en el area vaginal producto de un tocamiento muy fuerte que supuestamente le realizo su padre en un paseo familiar realizado el fin de semana del 3 y 4 de agosto del año 2013, sin embargo en informe de medicina legal adelantado por la profesional universitario forense YAKELIN RAMIREZ MEJIA adscrita al Instituto Nacional de Medicina Leal y ciencias Forenses de la unidad Básica de Tuluá Valle Informe Pericial No UBTL-DSVLLC-01016-C-2013, fechado del 5 de agosto de 2013 en Tuluá Valle, a folio 2 de 2 se manifiesta en forma clara expresa y contundente que: al EXAMEN FÍSICO “Estabilidad hemodinámica y neurológica, sin compromiso osteomuscular al momento, No tiene huellas de lesiones traumáticas recientes” Al examen de genitales femeninos externos: Himen anular integro no desflorado, no desgarrado, aspecto infantil, aparentemente sano. No laceración, no fisura, no hematomas, coloración de mucosa vaginal rosada, se evidencia discreto mal aseo de genitales externos (no baño desde el día de ayer) (negrillas y subrayado intencional) Señores magistrados, hago énfasis en este punto por considerar que se violó la apreciación objetiva de la prueba, pues contraponiendo lo manifestado por la testigo de acreditación sobre lo manifestado en mencionado informe, se omite el hecho de que un dolor insistente, fuerte o continuo, diferente al de un malestar por higiene y más aún si se supone que es producido por un tocamiento fuerte o una invasión a la intimidad de la menor, tendría que arreciarse al momento del examen físico, por lo menos en enrojecimiento, un moretón o un mínimo nivel de hinchazón o eritema, máximo si se tiene en cuenta que la valoración de medicina legal se practicó el día 5 de agosto de 2013 al segundo día después de supuesto tocamiento. Entonces es inconsistente a la luz de la razón o del entendimiento, pues no coinciden ni la forma del aparente tocamiento, ni el testimonio o relato de la menor, ni los hallazgos hechos al examen con la forma en que la menor manifiesta la supuesta agresión al momento de ser entrevistada en cámara Gesell, hecho que al momento de ser manifestado por la defensa calificándolo como testimonio sospechoso e incongruente, la juez descalifica el actuar de la defensa y vierte su credibilidad sobre la orientación punitiva, sin mayor análisis que el dibujado por la fiscalía.

La violación indirecta, error de hecho por falso raciocinio por error de apreciación, se deriva de la falta absoluta de valoración de las declaraciones y el testimonio de la menor S.H.R, tal como lo establece el artículo 404 del estatuto de procedimiento penal sobre la apreciación del testimonio.

Por lo anterior, si el tribunal hubiera valorado en detalle el testimonio de la menor y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar antes, durante y después del supuesto acto sexual, la decisión hubiera sido favorable a los intereses de mí representado, pues hubiera aflorado la situación fáctica de un hecho inexistente o por lo menos muy dudoso que daría lugar a invocar el derecho de *in dubio pro reo*.

Esta falta de valoración del testimonio de la menor S.H.R por parte del juez Ad quem, es la que considera el censor, fue determinante en decisión de instancia.

De igual forma, no tuvo en cuenta el juez colegiado de los numerables fallos de la corte suprema de justicia donde ha hecho un amplio recuento de que los menores puedan mentir dentro de un proceso penal. Por citar un ejemplo: sentencia del veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), radicado 41948 lo siguiente:

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, que:

«El dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales». Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.

Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.

Se indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

También en sentencia CSJ SP, 11 may. de 2011, rad. 35080, se advirtió que en ciertas ocasiones, al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversar o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien, pero «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

De otro lado, el tribunal no solo descarto totalmente el acervo probatorio ofrecido por la defensa, sino que además tomo una sola vía de interpretación de las pruebas de cargo y en consecuencia no analizo otras posibilidades muchas más claras y más lógicas con lo cual violento no solo las reglas primarias de la argumentación, sino que de paso arraso con la norma constitucional que dice que no se puede presumir en contra del procesado.

En conclusión, el tribunal incurrió en un manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se fundó la sentencia de primera instancia, sin la observancia plena de las garantías fundamentales y del debido proceso, además sin la apreciación plena de todos los elementos materiales probatorios y prueba testimonial allegada a juicio oral.

Con todo lo anterior, desconoció la juez Ad quem, el derecho al debido proceso, inclusive la línea jurisprudencial contenida en la sentencia C-537 de 2006 a saber:

El artículo 29 de la Constitución Política establece que “quien sea sindicado tiene derecho (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”.

En la sentencia C-537 de 2006 la Corte Constitucional hizo un recorrido sobre su propia línea jurisprudencial en torno al sentido y alcance de este derecho:

El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando “se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso”; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, “por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador” y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas. Cobra el mismo sentido la sentencia T-1099 de 2003 la Corte, reagrupando sus líneas jurisprudenciales en materia del derecho a presentar y controvertir las pruebas.


CONCLUSIONES Y PETICIÓN FINAL

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en su Sala Penal, incurrió en violación al derecho a la defensa técnica que le asiste al señor CESAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO, y en violación indirecta, en errores de hecho en la modalidad de falso raciocinio por error de apreciación consagrados en la causal segunda y tercera de casación. En consecuencia, con base en esas censuras, la petición a la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, consiste en que case íntegramente el recurso de casación y en su lugar se ABSUELVA al señor CESAR AUGUSTO HERNANDEZ OCAMPO por la conducta punible de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.

NOTIFICACIONES

Al suscrito: En la Calle 10 bis No 15-35 Los Alpes Circunvalar Pereira Risaralda, celular 3208263983, E – mail: juridicaycomercial@gmail.com.

De los Honorables Magistrados,



JHONATHAN EDUARDO VALBUENA B.
C.C. 4.585.191
T.P. 300.919 del C.S.J.