

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Aprobado acta N° 239

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012)

VISTOS

Procede la Sala a verificar los requisitos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de **ANDRÉS CHINDOY JAMIOY**.

HECHOS

Fueron expuestos por el *ad quem* en estos términos:

“Dan cuenta los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogida y las diligencias, que en el municipio de Sibundoy reside LINA ANGELA TRIVIÑO DORADO, conocida por la comunidad como una mujer de aproximadamente 31 años de edad, que padece de episodios de ataques de

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

*epilepsia desde los 8 meses de edad y presenta retardo mental leve; que el día 8 de julio de 2009, aproximadamente a las dos de la tarde se hizo presente en las oficinas de Selvasalud EPS-S en el municipio de Sibundoy a reclamar el carné de salud de su hermano SNEIDER TRIVIÑO DORADO, siendo atendida por el señor **ANDRÉS CHINDOY JAMIOY** quien la saludó amablemente, la invitó a tomar gaseosa a una tienda cercana donde le propuso que fueran novios y que sacaran un tiempito para ir a un hotel pero que ella se negó porque era enferma y su mamá no lo permitía, y que al regresar a las oficinas de Selvasalud, la hizo seguir, cerró la puerta y tomándola de la mano la empujó quedando acostada en el piso, que él se agachó y empezó a bajarle la cremallera del pantalón y que ella se puso nerviosa pero que él le dijo que se tranquilizara, que le bajó la cremallera de la chaqueta, le abrió la blusa, le quitó el brasier y comenzó a tocarle los senos, la besó y luego le bajó el pantalón y el interior y siguió acariciándole todo el cuerpo, le hizo coger el pene y luego le tapó la boca y la penetró, que luego cuando terminó **ANDRÉS CHINDOY JAMIOY** se subió el pantalón y le advirtió que no fuera a contarle a su mamá porque podía pasarle algo, le entregó el carné y le abrió la puerta para que se fuera. Informa la agredida que al llegar a su casa se sintió mal, empezó a sangrar y no le contó nada a su mamá por temor, asumiendo una actitud agresiva y desconfiada, que **ANDRÉS CHINDOY JAMIOY** la siguió llamando y en ese estado en una oportunidad que estuvo cerca de la señora **MARÍA ROSARIO CHINDOY DEJOY** le contó a ella lo sucedido y ésta a su vez le contó a la señora **AMPARO** madre de la víctima.”*

ANTECEDENTES

1. El 25 de noviembre de 2009 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Sibundoy (Putumayo) se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento en contra de **ANDRÉS CHINDOY JAMIOY** por el delito de acceso carnal violento (artículo 205 del Código Penal). El citado no aceptó los cargos por lo que la Fiscalía 49 Seccional de esa localidad, el 18 de diciembre del mismo año, radicó escrito de acusación

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

por la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado (artículos 210 y 211, numeral 2, ibídem) “...ya que la víctima... sufre de epilepsia convulsiva desde los ocho meses de edad amen de que se trata de una retardada mental”.

2. Correspondieron las diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sibundoy que luego de celebrar las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, anunció el 23 de junio de 2011 sentido del fallo condenatorio al cual dio lectura el 26 de julio siguiente, imponiendo a **CHINDOY JAMIOY** la pena principal de ciento cincuenta (150) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término al hallarlo autor responsable del delito contemplado en el artículo 210 del Código Penal. Negó los subrogados penales, revocó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria y dispuso el confinamiento intramural¹.

3. Apelada esta determinación por la defensa, fue confirmada en su integridad el 13 de diciembre de 2011 por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa².

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del sentenciado interpuso el recurso extraordinario postulando un **cargo único** contra la determinación de segunda instancia,

¹ Folio 268 cuaderno actuación 2

² Fl. 5 cuaderno Tribunal

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

denunciando la violación indirecta de la ley sustancial “*por el manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia*”. Invoca para el efecto la existencia de un error de hecho por falso juicio de identidad que condujo a la aplicación indebida del artículo 210 del Código Penal.

Asevera que de la contemplación material del contenido probatorio, no era viable deducir la condición especial prevista en el tipo relativa a que la víctima no fuera capaz de comprender la relación sexual y determinarse de acuerdo a esa comprensión. Retoma las pruebas recaudadas durante el juicio oral, concernientes a los dictámenes periciales contentivos de la valoración de psiquiatría forense, valoración psiquiátrica e informe de psicología clínica introducidos con las declaraciones de LEONIDAS FONSECA GALINDO, ELIANA PATRICIA GARCÍA BOSIGA, profesionales adscritos al Hospital Pío XII de Colón, FERNANDO ALFONSO JURADO, vinculado con el Instituto Nacional de Medicina Legal, y JOSÉ FRANCISCO VELA, perito de la defensa en enfermedades y trastornos mentales, para aludir que el juzgador los tergiversó y cercenó.

Se tergiversaron, dice, porque aún cuando los experticios acreditan que la agraviada se encuentra afectada de trastorno mental leve y aquejada por un cuadro de epilepsia, ello no implica que hubiese estado en incapacidad de resistir o comprender el ataque sexual del que fuera víctima. Destaca el censor que en el presente asunto era necesario agotar otras pruebas diversas a dichas valoraciones, como pruebas sicométricas, para arribar a un diagnóstico conclusivo de retardo, resultando insuficiente predicar tal condición a partir de una entrevista semi-estructurada.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Se refiere a los asertos del perito de la defensa, quien indicó cómo la ofendida tenía capacidad de discernimiento específica, lo que explica que hubiese recordado los hechos investigados de manera detallada, al punto que *“no mira al agresor como un objeto fóbico o aversivo, conductas típicas de una persona violada”*, para traer a colación un pronunciamiento de la Sala en el que se estableció que tratándose de la modalidad delictiva por la que se procede, la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de culpabilidad, lo que no tuvo presente el Tribunal cuando calificó la situación de la víctima únicamente como la de una persona pueril, inmadura. Hace mención de su declaración durante el juicio para reforzar tal premisa y concluye, que en el proceso no hay medio de prueba ni motivo razonable para inferir que LINA ANGELA TRIVIÑO DORADO carecía del apetito sexual propio de una persona de su edad, siendo así evidente, en criterio del demandante, que la conducta es atípica.

En cuanto al cercenamiento probatorio, lo funda particularmente en el dictamen relativo al examen físico de la ofendida, pues si bien es cierto que se hizo referencia al hallazgo de un desgarramiento himeneal antiguo, no hay mención a la ausencia de lesiones en la región púbica, labios mayores, menores, horquilla vulvar y clítoris.

Estas falencias llevaron al *ad quem* a establecer que la víctima era *“ininmutable”* cuando no es así, siendo este un requisito *sine qua non* para la configuración de la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir; por tanto, solicita se case la

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

sentencia de segunda instancia y se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de imputación, ordenando la libertad de su acudido, *“para que el Juzgado Promiscuo Municipal en función de Control de garantías continúe con el trámite ordinario del proceso y adopte la decisión que en derecho corresponda”*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Ante todo es imperioso recordar que la casación es un recurso de naturaleza extraordinaria y rogada, motivo por el cual el legislador de manera taxativa fijó las causales por las que resulta procedente atacar la presunción de acierto y legalidad que cobija la sentencia de segunda instancia. En ese orden, la demanda no es un escrito de libre formulación en el cual tiene cabida cualquier clase de cuestionamiento sino que ha de ser un texto lógico y sistemático en el que sólo es viable denunciar errores trascendentes del fallo, al tenor de la metodología que de antaño ha decantado la jurisprudencia³.

No se trata, entonces, el recurso extraordinario de un espacio propicio para prolongar la controversia que feneció con la emisión de la sentencia, ni la Corte es escenario de una tercera instancia, razón por la cual es premisa fundamental que la simple discrepancia de criterios no constituye un aspecto susceptible de ser auscultado en esta sede.

³ Sobre el particular puede consultarse, entre otros, Rad. 34102, auto de 17 de junio de 2010

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Lo anterior permite anunciar la **inadmisión** del **cargo único** de la demanda, toda vez que carece tanto de la lógica requerida para la presentación del error propuesto, como de un soporte argumentativo idóneo que de cabida a la intervención de la Sala.

2. Aunque el reproche no hace mención expresa de la causal de casación que lo ampara, se colige que es la prevista en el artículo 181, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, al mencionarse la presunta ocurrencia de un error de hecho por falso juicio de identidad. Este, se ha dicho, se concreta respecto de determinado medio de prueba legal y regularmente aportado cuando el juzgador hace atribuciones fácticas trascendentes que no corresponden a su contenido (falso juicio de identidad por adición), o porque recorta aspectos sustanciales de su texto (falso juicio de identidad por cercenamiento o supresión), o porque muda o cambia el sentido de su expresión literal (falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación), eventos en los cuales se pone a decir a la prueba lo que no expresa materialmente:

“Cuando se alega esta especie de vicio, se exige al demandante identificar inequívocamente la prueba sobre la cual recae la incorrección que se denuncia, asistiéndole primero el deber de revelar lo que fidedignamente dimana de ella de acuerdo con su estricto contenido material, y luego la obligación de precisar en qué aspecto radicó la desfiguración de su literalidad, bien por supresión, ya por adición, ora por tergiversación, ejercicio que se lleva a cabo mediante una elemental confrontación de las precisiones hechas en el fallo acerca de su tenor, con lo que en realidad enseña ésta”.⁴

Se aduce en el libelo que el sentenciador cercenó y a la vez distorsionó los dictámenes periciales allegados a la actuación, pero además de

⁴ Ver, entre otras, Rad. 23667, sentencia de 11 de abril de 2007

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

subsumirse en un solo reproche respecto de las mismas pruebas dos aristas del falso juicio de identidad diversas en su contenido, conforme se aprecia según la reseña efectuada en el acápite precedente, no se confronta en su materialidad objetiva en qué consistió una u otra, afincándose el supuesto error de esta naturaleza, exclusivamente, en la valoración probatoria que de los mismos efectuó el Tribunal, Corporación que al analizar el particular en ningún momento incurrió en la tergiversación endilgada:

“En primer lugar la inconformidad del recurrente se refiere a que el Juzgado al valorar los dictámenes que emitieron los profesionales del área de la salud que entrevistaron a la víctima, les otorgó el suficiente grado de certeza que lo llevó a establecer que la mujer agredida padecía retardo mental leve, lo que en su sentir no corresponde a la realidad ya que dichos dictámenes se muestran incompletos y que no están soportados en las pruebas pertinentes para establecerlo sin duda alguna; la Sala considera que las conclusiones a las que llegaron los profesionales que rindieron su dictamen, en ningún momento han sido desvirtuadas por lo expuesto por el sicólogo clínico que acompañó a la defensa en la audiencia de juicio oral, experto que ratifica que el siquiatra y el psicólogo pueden establecer el retardo mental en una persona, pero que es diferente determinar el grado de retardo mental y para ello sí es indispensable acudir a otros recursos clínicos y pruebas como las que menciona el experto, por tanto el retardo mental observado en la víctima por los profesionales de la salud se encuentra establecido sin duda alguna.”⁵

Nótese, entonces, que el prurito del censor fue auscultado en debida forma al desatarse la apelación y ahora, bajo el tamiz de una infracción susceptible de ser denunciada en casación, replica de nuevo su inconformidad, pese a que, como se dijo, el debate sobre el particular ya culminó en la fase correspondiente, máxime cuando a dicha conclusión no le opone una argumentación encaminada a acreditar un error trascendente

⁵ Fl. 9 sentencia segunda instancia / Fl. 13 Cuaderno Tribunal

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

que amerite la intervención de la Corte sino la simple divergencia de criterios. Lo anterior porque no se señala en la demanda siquiera qué parte, acápite o extracto de los dictámenes fue suprimido o alterado, en condiciones tales que den lugar a colegir la existencia de un proceder de este talante, como tampoco se demuestra la capacidad que tendría la corrección del eventual vicio para desvirtuar el sentido del fallo atacado.

En consecuencia, puede afirmarse que la materialidad de los medios de conocimiento citados no se modificó, y el que no se le haya dado a estos el alcance probatorio pretendido por el recurrente, no puede ni llega a configurar el error planteado.

3. Ahora bien, para la defensa era imprescindible acreditar una situación de inimputabilidad como elemento del injusto previsto en el artículo 210 del Código Penal y, para el efecto, cita la decisión de la Sala proferida el 6 de mayo de 2009, radicado 24055. Pero tal apreciación corresponde a una interpretación equivocada de dicha determinación, ya que aunque se menciona en la providencia que la condición de trastorno mental prevista en el tipo se asemeja a la de inimputabilidad, no se puede equipar en condiciones jurídicas idénticas tales categorías para la configuración del delito y mucho menos demandarse una tarifa legal probatoria con ese propósito.

La mencionada conducta punible protege la libertad sexual y sanciona la conculcación a la misma si se comete acceso carnal o actos sexuales en tres hipótesis: i) Con persona en estado de inconciencia, ii) Que padezca trastorno mental, o, iii) Si está en incapacidad de resistir.

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Así las cosas, la esencia del injusto no reposa basilarmente en la capacidad de la persona para comprender la conducta sexual, sino en la trasgresión de las condiciones normales en las que puede dar su aquiescencia para la misma, ya que es esta última esfera ontológica el objeto de custodia del bien jurídico tutelado en esta clase de ilícitos, pues un aspecto esencial de la dignidad humana es el respeto y la protección de la libre expresión de la voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir, decidir libremente, externa e internamente, entre actuar o no hacerlo⁶.

En otras palabras, si bien es cierto la Corte, cuando hace referencia a la hipótesis de trastorno mental, vincula tal condición a la inimputabilidad, no puede restringirse el concepto a la capacidad de comprensión de la realidad, como lo hace el casacionista, sino que este se conjuga necesariamente con las facultades volitivas, se reitera, con la libre autodeterminación:

“De lo anterior se deduce que para efectos de la estructuración de la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, en cuanto al trastorno mental atañe, solo basta que esté acreditado pericialmente en el proceso ese estado psíquico, sin que se precise de alguna exigencia adicional, como la planteada por el defensor, quien considera que este presenta varios grados y que solo el más grave de ellos permitiría tipificar el delito.

En este orden de ideas, que el trastorno mental sea grave o leve es intrascendente para efectos del juicio de adecuación típica, pues lo cierto es que esas condiciones psíquicas que se pregonan de la víctima, son suficientes para impedirle determinar el alcance de sus actos.”⁷

⁶ Cfr. Rad. 30546, auto de 25 de noviembre de 2008

⁷ Rad. 32604, auto de 11 de noviembre de 2009

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Bajo ese entendido, resulta inane que el retardo mental de LINA ANGELA TRIVIÑO DORADO sea leve y que le permita una percepción limitada de la realidad, porque lo cierto es que dicha condición le impide el ejercicio de su racionalidad en términos de completa comprensión, autonomía e independencia, al punto que su personalidad se equiparó por los expertos que la valoraron, al unísono, a la de un niño.

Precisamente en tal coyuntura descansa el juicio de reproche y por eso es indiferente la especie, el grado o la intensidad del trastorno mental, basta acreditarlo con la correspondiente pericia y así se estableció, de conformidad con el principio de libertad probatoria⁸, mediante las pruebas que infundadamente se catalogan como tergiversadas, siendo superfluas las probanzas adicionales demandadas por el recurrente y así lo dedujo el juez *a quo* en decisión que constituye una unidad jurídica inescindible con el fallo de segunda instancia:

“En el caso subjudice, no puede pasar inadvertida la condición física y síquica de la agredida, en especial su retardo mental, el cual está plenamente corroborado, sin adentrarnos en discusiones intrascendentes respecto de si se trata de una enfermedad o solo es una condición, pues lo relevante aquí es que el inculpado se aprovechó de dicha circunstancia y de la debilidad mental de la señorita... Por otra parte, aunque exista discusión entre los psiquiatras y el psicólogo en cuanto a si el retardo es una enfermedad o una condición, esa discusión es irrelevante en este punto, toda vez que desde la óptica de lo jurídico no necesariamente el concepto médico de trastorno mental debe coincidir con el concepto jurídico... así dentro del concepto de trastorno mental están incluidas todas las alteraciones sicosomáticas que tiene la capacidad de comprometer las esferas intelectivas, volitivas o afectivas del individuo, la cual puede derivarse de una anomalía bio síquica con base clínica o incluso de eventos como la embriaguez patológica, la dependencia a sustancias psicoactivas, o estados emocionales producidos por ira, miedo, etc. Entonces

⁸ Cfr. Rad. 35668, sentencia de 18 de mayo de 2011

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

como se ve, el concepto de trastorno mental que maneja nuestro derecho penal incluye todos estos aspectos, dentro de los cuales desde luego también encaja el retardo mental, sin importar que este sea leve o de otro grado.”⁹

4. De este modo, surge claro que el demandante no agotó la lógica formal que orienta la exposición del yerro denunciado, como tampoco en su discurso acierta en la presentación adecuada de un error trascendente que de lugar a desquiciar las conclusiones del fallo.

Además, muestra adicional de la impropiedad con la que se presentó la censura es la mezcla de aspectos que no corresponden a la causal de casación invocada, como es la pregonada omisión de pruebas y la solicitud de declarar la nulidad de la actuación, lo que desconoce el principio de autonomía de las causales, aunado a que no contiene la proposición jurídica completa porque deja de lado la consideración de las otras pruebas sobre las cuales no se efectuó crítica alguna y que concurren a robustecer el sentido de la sentencia emitida, diverso al que aspira el demandante, para lo cual basta referirse, entre otros, a la declaración de la progenitora de la afectada que dio cuenta de la actitud asumida por aquella luego de la ocurrencia de los hechos, reveladora de un cambio drástico de actitud e indicativa de la conducta de abuso a la que fue sometida.

5. En fin, el censor se aparta de la lógica propia del recurso extraordinario y pretende hacer prevalecer su inconformidad asimilando que la casación es una especie de tercera instancia en la cual, a través de un escrito de libre confección, puede cuestionar de cualquier modo las decisiones judiciales

⁹ Fl. 30 sentencia Juzgado Promiscuo del Circuito de Sibundoy / Fl. 239 c.a 2

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

producto de un proceso penal cuando ello no es así, atendiendo que se trata, por su naturaleza, de un juicio lógico-jurídico a la sentencia.

Por lo expuesto, al carecer la demanda del sustento conceptual, lógico y argumentativo propio de esta sede extraordinaria, será **inadmitida**, además de que, del estudio del proceso no se vislumbra violación de derechos fundamentales o garantías de los sujetos procesales que den lugar al ejercicio de la facultad oficiosa de índole constitucional y legal que al respecto le asiste a la Sala para asegurar su protección.

6. Cuestión adicional

Toda vez que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia según lo establece el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, es necesario precisar que como dicha legislación no regula el trámite que ha de regir ese instituto procesal, la jurisprudencia de la Sala ha fijado los siguientes lineamientos¹⁰:

a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto por medio del cual la Sala inadmite la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser promovido oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

¹⁰ Rad. 24322, auto de 12 de diciembre de 2005

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

- b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda, o bien ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
- c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, someter el asunto a consideración de la Sala o no hacerlo, evento este último que se informará al peticionario en un plazo de quince días.
- d) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

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

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de **ANDRÉS CHINDOY JAMIOY.**

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la presentación del mecanismo de insistencia.

Comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria