

Proceso No 18987

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta No. 046

Bogotá D.C., junio dos (2) de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 25 de abril de 2001, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a JUAN CARLOS APONTE ORDÓÑEZ como autor responsable del delito de acto sexual violento agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Entre los días 25 y 26 de abril de 1998 JUAN CARLOS APONTE ORDÓÑEZ sometió al menor Fredy Steven Hernández Soacha, quien para ese momento contaba con dos años de edad, a actos de orden erótico sexual, dejándole huellas de violencia en su cuerpo tales como equimosis en área perital, pene y área escrotal, al igual que en la cara interna de los muslos. También presentó el menor equimosis en dorso, región escapular izquierda y pómulo izquierdo y equimosis en área frontal izquierda, lesiones que, según dictamen médico-legal, le dejaron una incapacidad de diez días.

El menor permaneció ese fin de semana en el apartamento del imputado, quien era su padrino, el cual le solicitó a su empleada del servicio y madre del infante, Betty Soacha Herrera, que le diera permiso para cuidarlo.

2. Dispuesta la apertura de investigación el 29 de abril de 1998 y vinculado mediante indagatoria el inculpado, la Fiscalía 230 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Libertad y el Pudor Sexual le definió la situación jurídica el 30 de abril siguiente con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de acto sexual con menor de catorce años agravado, decisión que la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores modificó en el sentido de que la medida procedía por el delito de acto sexual violento¹.

3. La calificación del mérito del sumario se produjo el 11 de septiembre de 1998 con preclusión de la instrucción a favor del implicado y ordenó compulsar copias para que se investigara el delito de lesiones personales en que éste pudo haber incurrido. La decisión fue revocada el 21 de junio de 1999 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, al conocer de la apelación interpuesta por el Ministerio Público, salvo lo relacionado con la compulsas de copias y, en su lugar, profirió resolución acusatoria contra APONTE ORDÓÑEZ por el delito de acto sexual violento agravado².

4. El Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del proceso el 9 de julio de 1999, celebró la diligencia de audiencia pública y en providencia del 3 de marzo de 2000 decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria por errónea calificación jurídica, decisión que el Tribunal Superior de Bogotá revocó por considerar acertada la calificación contenida en la resolución acusatoria. En consecuencia, dispuso que se continuara con el juzgamiento³.

El juzgado de conocimiento dictó la sentencia de primera instancia el 17 de julio de 2000, mediante la cual condenó al procesado como autor responsable del delito de acto

sexual violento agravado y le impuso la pena principal de setenta y ocho (78) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de cinco (5) años y el pago de los perjuicios morales causados con la infracción⁴.

5. El Tribunal Superior de Bogotá reformó la decisión del a quo, en el sentido de condenar a JUAN CARLOS APONTE ORDÓÑEZ a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, en providencia que el defensor del procesado recurrió en casación⁵

.

LA DEMANDA:

Dos cargos formula el recurrente, con fundamento en las causales tercera y primera de casación respectivamente.

Primero (principal).

La sentencia recurrida fue dictada en un juicio viciado de nulidad por haberse desconocido el principio del non bis in ídem, con lo cual se vulneró el artículo 29 de la Carta Política y 6º de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Argumenta el demandante que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá revocó el calificadorio de primera instancia y, en su lugar, profirió contra su representado resolución de acusación por el presunto delito de acto sexual violento, agravado por recaer en persona menor de edad. Sin embargo, sobre un mismo supuesto fáctico rompió la unidad procesal y dio lugar a un proceso contravencional por el delito de lesiones personales, al tiempo que promovió un juicio donde se reprocha la misma violencia, con idénticas características, bajo la denominación de acto sexual violento agravado.

Aspira a que se reconozca la irregularidad procesal planteada y se subsane el vicio mediante la declaratoria de nulidad a partir de la resolución de acusación, para que el instructor adopte las determinaciones que correspondan, con pleno respeto de la prohibición de la doble incriminación.

Para demostrar la supuesta violación al debido proceso y su trascendencia señala, luego de transcribir los apartes pertinentes de las providencias de fondo, que la Fiscalía de primera instancia desestimó la responsabilidad penal de JUAN CARLOS APONTE al considerar que no era posible el despliegue de violencia en un supuesto acto libidinoso que no ofrecía resistencia por parte de la víctima. Con ese fundamento, estimó pertinente compulsar copias para la correspondiente investigación de las lesiones personales que había sufrido el infante.

A su turno, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, pese a considerar el factor violencia como integrante del hecho punible de mayor entidad – acto sexual violento – hace referencia a la necesidad de procesar la violencia manifestada a través de las lesiones personales infligidas a la víctima como una infracción menor.

Para el Tribunal, el factor violento desplegado sobre la humanidad de Fredy Steven Hernández está íntimamente relacionado con la exigencia típica del artículo 206 del Código Penal, anteriormente 299, pero igualmente estima que las lesiones personales por las cuales se fijaron diez días de incapacidad desbordaron los parámetros de comisión propios de la conducta punible por la que se condenó a su representado.

De esa manera se desatendió la orden de cesación de procedimiento dictada por el Juzgado 78 Penal Municipal a favor del procesado, al aceptar la solicitud de desistimiento promovida por la madre del menor respecto de las lesiones.

A juicio del recurrente el Tribunal, así no lo diga expresamente, acoge la ocurrencia de un concurso ideal de hechos punibles al adecuar la misma conducta objeto de estudio a

dos tipos que en apariencia no se excluyen y que mantienen una misma entidad en relación con los sujetos activo y pasivo.

Esa óptica de juzgamiento, agrega, exagera el contexto de la actuación del agresor frente a su víctima, pues en el despliegue de actos sexuales diferentes al acceso carnal debe valerse de la violencia como medio facilitador al propósito del sujeto. Es decir, que ese elemento era necesario para vencer la resistencia que opone el sujeto pasivo de la acción a los requerimientos sexuales del victimario, porque de lo contrario el comportamiento observado, o bien se ajusta a otra figura penal, o bien debe reputarse atípico.

En nuestro medio, según la doctrina, el concurso entre actos sexuales violentos y lesiones personales sólo es predicable cuando las últimas son ocasionadas excediendo la violencia necesaria para vencer la oposición que presenta la víctima ante la agresión sexual, lo cual define el límite entre uno y otro injusto típico.

Ese fue el criterio adoptado por el instructor de primera instancia para precluir la investigación contra APONTE ORDÓÑEZ en relación con el atentado sexual y romper la unidad procesal para que se adelantara por separado la investigación por la contravención de lesiones personales.

El despliegue libidinoso, característico del punible contemplado en el artículo 206 del Código Penal, no corresponde con la condición personal del menor agredido, quien no podía oponer resistencia al propósito que se le atribuye al procesado, pues aún dando por sentado que su ánimo era el de abusar sexualmente del infante, el ataque violento para lograr tal propósito era innecesario y denotaba, en el peor de los casos, la realización de un acto sexual abusivo. Sólo así, los rastros lesivos encontrados en el cuerpo de Fredy Steven implicarían la existencia de un concurso entre el acto sexual no violento

y la entonces contravención de lesiones personales.

Frente a esta hipótesis, al haberse cesado procedimiento respecto de la infracción contravencional, restaría por definirse lo concerniente al acto sexual, lo cual obligaría a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria para permitirle al procesado defenderse de un cargo sobre el cual no ha tenido oportunidad de pronunciarse.

La relación de causalidad entre la violencia desplegada para el sometimiento sexual y este, es un elemento descriptivo del delito atribuido al procesado y respecto del cual la resolución de acusación y la sentencia hacen caso omiso, evadiendo de esa manera un aspecto fundamental de la conducta que había sido objeto de ruptura de la unidad procesal y del pronunciamiento emitido por el despacho judicial que conoció de la contravención de lesiones personales.

A causa de esa omisión, se incurrió en grave error de calificación jurídica, al adecuar los hechos materia de debate como un acto sexual violento, sin tener en cuenta que lógica y jurídicamente ese señalamiento no se ajustaba a la denominación que correspondía, conforme a los elementos de prueba obrantes en el expediente.

Además, al tramitarse el proceso contravencional por lesiones personales, con aquél donde se reprochaba la misma violencia que le dio origen, pero vertida en un punible atentatorio contra la libertad sexual, se violó el principio del non bis in ídem, que es parte esencial del debido proceso.

Segundo (subsidiario).

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, dado que

por errores de hecho y de derecho ocurridos en la valoración probatoria, se aplicó indebidamente el artículo 299 del Código Penal derogado - hoy 206 - y la agravante contenida en el artículo 306-5 anterior - actual 211-4 - y se dejaron de aplicar los artículos 2º y 445 del Decreto 2700 de 1991 - 9º y 10 del Estatuto Penal vigente -.

1. Error de derecho por falso juicio de legalidad en relación con el testimonio del menor Fredy Steven Hernández Soacha, al cual se le atribuyó valor probatorio pese a que en su práctica se desconocieron las reglas básicas de la prueba testimonial.

Frente al testimonio de los menores de edad, tanto el anterior estatuto procesal penal como el actual consagran como única excepción que no se les tome juramento y siempre estén acompañados de su representante legal o de un pariente mayor de edad. Pero las reglas que prohíben insinuar las respuestas y el deber de transcribirlas textualmente rigen para estos testigos.

Observa el demandante, del contenido de la declaración rendida por el menor, que el funcionario instructor le formuló preguntas que entrañan una respuesta, de las cuales da por sentado que “el doctor” es el procesado y más adelante ya no solo insinúa las respuestas sino que omite transcribirlas textualmente.

Si bien la legislación no establece límites mínimos en la edad de los testigos, no puede perderse de vista que dada la naturaleza de la prueba testimonial, a lo mínimo que puede aspirarse es a que el testigo tenga la capacidad de relatar, por sus propios medios, aquello que le consta de manera personal. Y, si el objetivo es obtener un perfil psicológico acompañado de valoraciones serias, debe acudirse a una prueba pericial de psicología o psiquiatría forense, pues además resulta contrario al sentido común y a la seriedad de la justicia, hacer comparecer a un menor de dos años como testigo en un proceso judicial.

Sin embargo, a “este remedio” de prueba testimonial, a la que no asistió el Ministerio Público, se le otorgó valor probatorio en las distintas etapas procesales,

incluyendo la sentencia condenatoria, pues aún cuando este fallador pone de presente la posibilidad de restarle valor probatorio no lo hace expresamente, sino que implícitamente la acoge, advirtiéndole que aquello susceptible de demostrarse con la declaración del menor también puede establecerse con el testimonio de la madre del menor y el dictamen pericial forense.

En conclusión, de acuerdo por el artículo 29 de la Carta Política, el testimonio del menor Fredy Steven Hernández Soacha es inexistente por haberse practicado con violación de las normas que regulan su aducción al proceso.

2. Error de derecho por falso juicio de identidad respecto de la prueba pericial. Aduce el demandante que aún cuando podría afirmarse la inexistencia jurídica de esta prueba, por no cumplir con los requisitos contenidos en los artículos 267 y 270 el Código de Procedimiento Penal derogado y reproducidos en el actual, prefiere abstenerse de invocar tal formalismo dado que durante la audiencia pública compareció el perito médico y permitió la controversia de la prueba, por lo cual se entiende que son jurídicamente existentes. Sin embargo, su contenido fáctico fue tergiversado por el fallador, quien dedujo de ellos conclusiones manifiestamente improcedentes que contribuyeron a la formación de una indebida valoración probatoria.

Al respecto, señala que la responsabilidad penal del procesado se apoyó de manera relevante en los dictámenes médico legales, a través de los cuales se identifican las huellas violentas dejadas en el cuerpo del menor Fredy Steven, donde se relaciona la presencia de equimosis en el área perineal, pene, escroto, espalda, omóplato izquierdo y parte de su rostro.

No obstante tratarse de valoraciones médicas desprovistas de subjetividad, los diferentes funcionarios han pretendido, en su mayoría, apoyarse en ellas para atribuir a la conducta desplegada por APONTE ORDÓÑEZ particulares contenidos libidinosos

descargados sobre el menor.

Así, en la resolución de la situación jurídica se valoró equivocadamente el relato de la madre del menor y el dictamen pericial donde se mencionan las consecuencias físicas dejadas en el cuerpo del niño, para desembocar en la desviada motivación sexual del procesado, materializada y enfocada en el área genital del ofendido, cuando este significado de conducta no puede concluirse de su contenido.

Por su parte, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales, al desatar el recurso de apelación contra la citada providencia, le confirió al dictamen médico legal un significado diferente al de su propia naturaleza, al afirmar que dicha prueba “lo único que hace es confirmar lo que el conocimiento y buen juicio de quienes conocieron esos resultados en el cuerpo del menor ya habían concluido”, buscando refrendar, por medio de una falsa significación, las conjeturas que comprensiblemente pudieron haber preocupado a la madre del menor, al percatarse del grado de maltrato del cual había sido objeto en partes tan delicadas de su anatomía. Tanto así, que a renglón seguido sostiene que no podía inferirse cosa distinta a la ejecución de actos sexuales violentos sobre Fredy Steven.

La misma Fiscalía, al resolver el recurso de alzada que atacó la preclusión dispuesta por el a quo a favor del procesado, se apoyó en los dictámenes periciales para dar por demostrada la objetividad de la agresión sexual y la motivación subjetiva del procesado.

En los pronunciamientos que el juzgado de conocimiento y el Tribunal realizaron en torno a la nulidad decretada por el primero, al igual que en los anteriores proveídos se vincula a los resultados de los pronunciamientos médicos una circunstancia adicional, equívocamente configurativa de los elementos típicos propios del punible de acto sexual violento.

En la sentencia de primera instancia, es tal la trascendencia que se le otorga a los

exámenes médicos que para zanjar cualquier duda sobre el contenido volitivo de APONTE ORDÓÑEZ trata de reafirmar su equivocada valoración a través del contexto parcial que deduce de la declaración del médico Erick Torres Moreno, cuando confirmó que algunos de los maltratos ocasionados a la víctima se presentaron en su zona genital.

Si bien se trata de un testimonio, el mismo recae sobre el dictamen médico que él mismo suscribió como perito y que el fallador utiliza para inferir la mencionada manipulación genital como resultante de una acción morbosa desplegada por el enjuiciado, obviando el contexto explicativo que el declarante adoptó para esclarecer el sentido y alcance de su experticia.

El Tribunal en su fallo no le atribuye al dictamen pericial la calidad de prueba única, pero de manera evidente la considera demostrativa de la materialidad de un atentado contra la libertad sexual y de la motivación subjetiva del procesado.

Si el restante caudal probatorio con incidencia en el resultado final del proceso se reduce a la denuncia presentada por la madre del menor, la versión del sindicado y las experticias médicas, es fácil establecer que la prueba pericial fue el elemento de juicio objetivo con que se nutrió la investigación y las conclusiones a las que llegó el fallador de segunda instancia en relación con la materialización de un acto sexual violento.

De esa misma prueba se estableció que las afecciones encontradas en la zona genital del infante fueron originadas por un elemento causal contundente, y este aspecto del dictamen no fue valorado en su verdadera dimensión.

Entonces, para el casacionista, el falso juicio de identidad consistió “en entender que una lesión compatible con manipulación genital, es sinónimo de manipulación genital, asociación conceptual equivocada que tergiversa el contenido de la prueba pericial y que lleva a conclusiones manifiestamente equivocadas”.

En otras palabras, al valorar una aparente y fragmentaria conclusión del dictamen – algunas lesiones son compatibles con manipulación genital – en punto de los elementos causales de las lesiones, se asumió como cierta la intención lasciva del enjuiciado a partir de la subjetiva tergiversación del estudio médico, tomando como punto de referencia el relato contenido en la denuncia y las circunstancias fácticas puestas de presente por el procesado.

Tanto el juez de primera instancia, como el Tribunal, hicieron caso omiso de la explicación brindada por el perito médico en cuanto a los elementos integrantes de su valoración científica, variando el significado propio de la prueba y realizando inferencias equivocadas, generando consecuencias negativas para el procesado.

Lo anterior porque el término ‘manipulación’ en el argot médico no sólo hace referencia a la utilización de las manos sobre un objeto determinado, sino también al encuentro brusco entre estas o cualquier objeto con el receptor de la acción. Así, el significado de las lesiones descritas en el dictamen no se reduce a la exclusiva posibilidad aducida por los juzgadores, sino que permite atribuir la ocurrencia de estas dentro del marco de un actuar violento, a la contundencia de golpes propinados con las extremidades superiores o artefactos blandidos sobre un objetivo corporal.

A manera de conclusión, aduce que del contenido de algunos apartes de la declaración del médico Erick Torres Moreno y la versión que desde un comienzo dio el procesado, la conclusión necesaria, dando aplicación al in dubio pro reo, es la absolución de JUAN CARLOS APONTE ORDÓÑEZ, porque además de las subjetivas apreciaciones de la denunciante y la irrelevante entidad de la declaración tomada al menor, no existen elementos de juicio demostrativos de un actuar como el que se le atribuye al procesado.

3. Error de hecho por falso juicio de identidad en la construcción de la prueba

indiciaria.

Argumenta el demandante que en las construcciones indiciarias que se elaboran al momento de decidir la responsabilidad de su representado, los falladores incurren en serias falencias de orden valorativo que no se ajustan a las reglas de la sana crítica.

En efecto, el ánimo libidinoso que se le atribuye a JUAN CARLOS APONTE se ha dado por demostrado a partir de la prueba indiciaria que, aún cuando parte de hechos reconocidos por el procesado, arriba a conclusiones en torno al contenido volitivo de su conducta a través de procesos de raciocinio fundados, en su mayoría, en suposiciones personales del funcionario que si bien están dentro del campo de la posibilidad, no dejan de concretarse en circunstancias que evidencian un margen de duda e impiden consolidar una declaración de responsabilidad como la que se ataca, en desconocimiento del in dubio pro reo.

Luego de transcribir algunos apartes de la providencia calificatoria de segunda instancia, en la que considera se respaldan los fallos de primer y segundo grado, aduce que la construcción indiciaria se constituye en factor determinante del juicio de reproche elevado contra JUAN CARLOS APONTE, cuando la misma está plagada de vicios de valoración que comportan significados equívocos e influyentes en la definición jurídica de los hechos.

La ausencia de fundamento lógico y científico en la inferencia realizada por el Tribunal, se hace manifiesta al confrontar la opinión de la psicóloga Carmen Serrano Navarro, acerca de la normalidad en materia sexual del procesado, y la inferencia construida por los funcionarios judiciales, lo cual pone de presente el falso juicio de identidad en que se incurrió y su notoria incidencia en la estructuración de la tipicidad y de la culpabilidad dolosa que se le atribuye a APONTE ORDÓÑEZ.

Agrega el demandante que ninguna de las demás pruebas dejadas de cuestionar

en este cargo podría servir de fundamento para afirmar la existencia objetiva de un agravio sexual al menor Fredy Stiven Hernández o una motivación libidinosa en las lesiones causadas por el procesado, quien debe ser absuelto en aplicación del in dubio pro reo.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

Primer cargo.

Comienza el Ministerio Público por realizar algunas precisiones en torno a la causal que ha de plantearse en casación frente al desconocimiento del principio constitucional del non bis in ídem, así como lo relacionado con los elementos que estructuran el injusto de acto sexual violento, para concluir que en el caso materia de estudio es fácil advertir su concurrencia con el de lesiones personales, ante algunas evidencias en la integridad personal del niño que nada tienen que ver con el acto sexual del que fue víctima, sin que la ruptura de la actuación procesal implique nulidad.

En efecto, tal como se desprende de los reconocimientos médico-legales efectuados, se trata de lesiones en las que se advierte la intención de causar daño al cuerpo o la salud del menor sin relación alguna con el menoscabo a su integridad sexual, tales como las infligidas en su rostro, la región malar y las mejillas, una de las cuales fue a causa de un mordisco. En consecuencia, se vulneraron bienes jurídicos distintos que hacen improcedente el reclamo por desconocimiento al principio del non bis in ídem.

A juicio del Delegado, no se puede considerar que como la víctima en este caso no podía ejercer oposición desaparece el factor violencia, pues en este caso surgieron por parte del menor manifestaciones de rechazo, que es suficiente para tener por configurado dicho elemento.

Concluye que el cargo no debe prosperar.

Segundo Cargo (subsidiario).

1. Frente al error de derecho por falso juicio de legalidad en el testimonio del menor Fredy Steven Hernández Soacha opina que resulta inaceptable la insistencia de la defensa en cuanto a la credibilidad que se le otorgó al contenido de la referida declaración, no tanto porque le falte razón, sino porque no incidió frente a la responsabilidad de su defendido, como expresamente lo consignaron los falladores, cuyos apartes transcribe.

Por lo tanto, no hay lugar a ocuparse de los yerros que endilga el casacionista.

2. En lo atinente al error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de los dictámenes periciales por haberse tergiversado su contenido, aduce el Ministerio Público que esas pruebas no fueron el único fundamento del fallador para extraer el “ánimo libidinoso” en el comportamiento del sindicado, con el objeto de estructurar la conducta sexual por la que fue condenado.

Del texto de la sentencia de segundo grado advierte que para inferir esa conducta del procesado se llegó gracias a otros medios de prueba y además que la crítica del demandante no refleja la realidad del fallo recurrido. Por lo tanto, el ataque a las pericias resulta completamente intrascendente si se tiene en cuenta que otros elementos de juicio también sirvieron para llegar a la conclusión de que se estaba en presencia de un delito sexual.

En todo caso el propósito del actor es que se aprecien los peritajes de acuerdo con su particular punto de vista sin mirar otros medios de prueba, en aras de que se admita que la manipulación genital fue la consecuencia de la intención de lesionar y no de atacar sexualmente al menor, planteamiento que no tiene abrigo en sede de casación donde los criterios subjetivos no tienen la entidad de desvirtuar el fallo de instancia.

3. En cuanto al error de hecho que promueve el casacionista en relación con la prueba indiciaria, si bien en este reproche atina a incluir otros medios de prueba como la denuncia formulada por la madre del menor, en todo caso no abordó el conjunto probatorio en que se respaldó el Tribunal y dejó intacta la declaración de la madre del menor, que se constituye en la otra piedra angular de las decisiones cuestionadas.

La crítica tampoco prospera porque el actor incurre en el desacierto técnico de confundir el tipo de yerro que invoca contra la apreciación probatoria de la sentencia impugnada sin tener en cuenta que el falso juicio de identidad no tiene relación alguna con el desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Además, se sustrajo del deber de concretar cuáles fueron esas pautas que se desconocieron y nuevamente se limita a presentar una discusión personal sin indicar que de los comportamientos desplegados para su representado, tomados como hechos indicadores, no surgía ningún indicio de responsabilidad en su contra pero precisando las reglas científicas, lógicas y de la experiencia desconocidas.

Concluye que el cargo no debe prosperar y solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES:

Primero (principal).

Acude el casacionista a la causal tercera de casación para postular un posible desconocimiento al principio del non bis in ídem, con fundamento en que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal profirió contra su representado resolución de acusación por el delito de acto sexual violento, agravado por recaer en persona menor de edad, y sobre el mismo supuesto fáctico rompió la unidad procesal para dar lugar a un proceso contravencional por lesiones personales, donde se reprocha la misma violencia

ejercida por el procesado.

Si resulta claro que esta garantía fundamental, que hace parte del debido proceso, implica una limitación a la acción punitiva del Estado en cuanto a la imposibilidad de juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, es decir, que se adelante nuevo juzgamiento cuando este ha sido materia de un pronunciamiento definitivo, advierte la Sala que el reproche promovido por el demandante no acredita que se haya consolidado esta situación en contra de su representado.

Lo anterior, porque la circunstancia de haberse tramitado por separado investigación por las lesiones perpetradas al menor, que a la postre terminó en preclusión por reparación integral del daño ocasionado, obedeció a la existencia de huellas físicas de violencia en el cuerpo del menor que le produjeron una incapacidad definitiva de diez (10) días, según el respectivo dictamen legal.

El infante no sólo presentaba huellas de violencia en sus genitales, sino en otras partes del cuerpo como muslos, región frontal, región malar y mejilla izquierda con huellas de arcada dental, así como equimosis, excoriaciones y hematomas, sin que resulte acertado pregonar, como lo hace el casacionista, que la misma violencia reprochada a su defendido fue la misma que dio origen al trámite contravencional por lesiones personales.

Al respecto conviene precisar que la conducta descrita en el artículo 299 del Código Penal de 1980 – hoy 206 – implica la presencia del factor violencia como elemento estructurante del tipo, que se constituye en el medio para lograr la ejecución del acto sexual. Por lo tanto, es apenas obvio que el sujeto pasivo de la acción delictiva presente los rastros de violencia que son inherentes a esa clase de atentados. Sin embargo, cuando se causan lesiones a la víctima que no son propias del acto sexual en comento, es evidente que su ejecución configura una infracción contra la integridad física y, por tanto, delito

autónomo.

De esa manera, la decisión de romper la unidad procesal para que se investigue por separado la conducta de APONTE ORDÓÑEZ, no desconoce el principio de non bis in ídem precisamente porque no se enmarca en el mismo supuesto de hecho y vulnera un bien jurídico distinto al que la ley penal protege cuando se atenta contra la integridad sexual.

En ese contexto, el argumento relativo a que la violencia en este caso era innecesaria por la condición personal del menor, quien no podía oponer resistencia, es tanto como afirmar que los infantes no pueden ser objeto de actos sexuales violentos. Si la víctima no estaba en capacidad física de oponer resistencia a su agresor por su minoría de edad, es un argumento inaceptable porque la edad no forma parte de los elementos integrantes de la conducta.

Expresiones como el llanto de los niños son la muestra palpable del rechazo a situaciones extrañas, desagradables e incomprensibles, como las que fueron desplegadas sobre Fredy Steven Hernández, en cuya humanidad quedaron evidentemente registradas las huellas de violencia, según los dictámenes que se le practicaron.

Por tanto, predicar que solo se trató de un acto sexual abusivo, como genéricamente lo insinúa el demandante, es desconocer la irrefragable realidad probatoria en torno a las lesiones encontradas al menor también en sus genitales que, según la opinión del experto forense, resultaron compatibles con manipulación genital reciente, lo cual, en una apreciación conjunta con el restante acervo probatorio, conducen a señalar que fue víctima del acto sexual violento que se le imputa a JUAN CARLOS APONTE ORDÓÑEZ.

El cargo no prospera.

Segundo (subsidiario).

Por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, postula el casacionista la ocurrencia de errores de hecho y de derecho ocurridos en la valoración probatoria, que llevaron al fallador a la aplicación indebida del artículo 299 del Código Penal derogado y a la agravante consagrada en el artículo 306-5 ibídem.

1. Error de derecho por falso juicio de legalidad.

En relación con el testimonio del menor Fredy Steven Hernández, reprocha el desconocimiento de las reglas básicas para su recepción, como la prohibición de insinuarle las respuestas y el deber de transcribirlas textualmente.

Debe señalarse que esta clase de vicio in iudicando se configura cuando el juzgador le otorga valor probatorio a un elemento de convicción irregularmente aducido al proceso y con capacidad de cambiar el sentido de la decisión recurrida, siempre que el restante material probatorio no sea suficiente para sustentarla.

Significa lo anterior que para la prosperidad del reproche es indispensable concretar cuáles fueron los presupuestos y formalidades omitidos por el funcionario judicial en el proceso de formación de la prueba y cómo, a consecuencia de la apreciación de ese determinado medio de persuasión, se plasmaron conclusiones en el fallo que no corresponden a la realidad procesal.

En cuanto a la primera fase de la censura, señala el demandante que el funcionario instructor le formuló preguntas al menor que entrañan una respuesta, de las cuales da por sentado que “el doctor” es el procesado y más adelante ya no sólo insinúa las respuestas sino que omite transcribirlas textualmente.

Respecto de la segunda parte del reproche asegura que el Tribunal le otorgó valor probatorio, pues aún cuando pretendió demeritarlo no lo hizo expresamente y lo acogió implícitamente al señalar que aquello susceptible de mostrarse con la declaración del menor, también podía establecerse con el testimonio de la progenitora.

Este señalamiento del demandante obliga, primordialmente, a revisar el pronunciamiento que al respecto hizo el Tribunal:

“A la proposición de los apelantes, se replica: aunque sus argumentos llegaran a resultar válidos y, por lo tanto, se tuviera que excluir de la valoración probatoria la declaración del menor, tal situación no tendría influencia en el sentido del fallo, por cuanto, al contrario de lo esbozado por los sujetos procesales en mención, no es ese el único o prevalente medio de prueba en el que se sustentó la condena.

Más aún, en el fallo sólo se hizo una fugaz referencia a esa prueba cuando se dijo ‘lo que corroboró (el menor) en la declaración vertida en la Fiscalía’ escueto enunciado con el que se concluyó el análisis de un aspecto verdaderamente significativo para el fallador, la evaluación y mérito asignado al testimonio de la señora BETTY SOACHA HERRERA.

Ciertamente, la declaración de la denunciante ha sido uno de los elementos puntuales de la condena impuesta contra el procesado, al estimarse digna de credibilidad.

Dentro de ese contexto, en realidad el funcionario juzgó verosímil lo expresado por el menor en relación con el episodio. Pero, téngase bien en cuenta, no refiriéndose a lo consignado en el acta de la declaración rendida ante la Fiscalía, objeto de severo cuestionamiento por los impugnantes, sino a lo que le indicara en privado a la denunciante, transmitido por esta al ente investigador en sus intervenciones procesales.

Apreciación perfectamente razonable, pues para ese entonces el ofendido contaba con

una edad en la cual, por lo general, ya se tiene la capacidad de manifestarse a través del lenguaje oral, no fluidamente desde luego, pero sí con monosílabos o frases balbuceantes cuya comprensión no resulta fácil a las personas sin ningún vínculo estrecho con el niño, pero sí inteligibles o descifrables para alguien que, como la madre, es el paradigma de protección cotidiana y la mayor dispensadora de afecto, cariño, seguridad y confianza”⁶ (subraya la Sala).

De lo transcrito emerge con claridad que el planteamiento del demandante resulta equivocado porque evidentemente el juzgador no valoró el testimonio del menor rendido ante la Fiscalía, pero sí le asignó mérito probatorio a la declaración de su progenitora, quien a la postre hizo referencia a las manifestaciones de su hijo cuando ésta le preguntó sobre lo ocurrido, todo lo cual encontró ajustado a la verdad, sin que esto signifique una implícita valoración de la prueba cuestionada, ni ese es el significado del siguiente razonamiento con el que concluye el ad quem:

“La Sala comparte el juicio emitido por el a quo, en el sentido de darle plena credibilidad al testimonio de la denunciante y, bajo esas condiciones, hallar ajustada a la verdad la aseveración de las manifestaciones que le hiciera su hijo en torno a los hechos investigados”⁷.

En esas condiciones resulta plenamente intrascendente el reclamo del casacionista, al cuestionar la inexistencia jurídica de una prueba que, en últimas, no tuvo ninguna incidencia en la sentencia recurrida.

El cargo no prospera.

1. Error de hecho por falso juicio de identidad.

Argumenta el demandante que el fallador tergiversó el contenido fáctico de la prueba pericial, al atribuir a la conducta de su representado particulares contenidos libidinosos descargados sobre el menor. En otras palabras: al concluir el dictamen que algunas lesiones son compatibles con manipulación genital, se asumió como cierta la intención lasciva del enjuiciado, a partir de la subjetiva tergiversación de su contenido.

Pese a los esfuerzos realizados por el demandante para tratar de acreditar la pretendida desfiguración de la prueba técnica, es evidente que no atendió a los parámetros técnicos que a través de la jurisprudencia se han precisado para la demostración de esta clase de errores, pues no basta con afirmar que determinado elemento de juicio fue falseado en su expresión fáctica sino que es necesario demostrarlo, confrontando el texto de la prueba con lo que se dijo de ella en la sentencia e identificando las nocivas consecuencias de ese proceder en la decisión recurrida.

El demandante redujo su discurso a discrepar de la credibilidad que le fue asignada al dictamen pericial referido en el cargo, lo cual no configura motivo demandable en sede de casación, porque en materia de apreciación probatoria el fallador solamente se encuentra limitado por los postulados de la sana crítica.

Como el casacionista se sustrajo del deber de realizar los cotejos en la forma acá precisada, es necesario que la Corte asuma la tarea, pero sólo para demostrar el desacierto de sus planteamientos.

Los juzgadores de instancia se apoyaron en los siguientes dictámenes médicos practicados por el Instituto de Medicina Legal a Fredy Steven Hernández:

“...presenta: Esfínter anal con tono y forma normales, equimosis en área perital, pene y área escrotal, al igual que en cara interna de muslos, compatibles con manipulación genital, equimosis en dorso, región escapular izquierda y pómulo izquierdo, equimosis en área frontal izquierda, mecanismo causal contundente, se fija incapacidad

medicolegal definitiva de diez (10) días, sin secuelas, debe ser remitido a neuropsiquiatría forense...”⁸.

“EXAMEN SEXOLÓGICO:

PRESENTA: Esfínter anal con tono normal y forma normal, hallazgos clínicos compatibles con manipulación genital reciente. No hay signos clínicos de contaminación venérea. Anatomía genital externa normal masculina para edad del paciente, equimosis en área genital, en muslos, zona escrotal, glúteos, ano normal. Debe ser remitido a Neuropsiquiatría forense...”⁹

Una de las consideraciones hechas por el Tribunal, es del siguiente tenor:

“Es incuestionable que la atestación plasmada en el dictamen, sobre la compatibilidad de las lesiones con manipulación genital reciente, es la que ha producido mayor escozor a los impugnantes, llegándosele a catalogar inclusive como una formulación proscrita por la ley.

Analizado con sana reflexión dicho concepto, es dable concluir que no encierra un juicio de responsabilidad, pues no se está afirmando categóricamente que las lesiones presentadas por el menor en sus partes bajas fueron el resultado de una agresión sexual.

Cuando se hace referencia a la compatibilidad de las lesiones con manipulación genital reciente, se deja entrever como una probabilidad el ataque de tal índole. Así lo reafirmó el perito, Dr. ERIC TORRES, al ser interrogado en la audiencia pública, en la respuesta transcrita por el defensor en el escrito de sustentación: no puede afirmar con seguridad si se presentó un ataque sexual, pero tampoco lo descarta. Por consiguiente, no existe la contradicción que la defensa ha pretendido atribuirle al galeno”¹⁰.

Hasta este momento se puede observar que el contenido de los dictámenes fue apreciado en su exacta dimensión por el juzgador quien, precisamente para evitar malos entendidos, aclaró que el ataque o agresión sexual es una de las hipótesis susceptible de postular a causa de la advertida compatibilidad de las lesiones con manipulación genital, sin que sea dable reprochar que se está variando su significación objetiva y que, como consecuencia, se arribó a conclusiones manifiestamente equivocadas.

Distinta es la situación si, como en efecto aquí ocurre, el demandante pretende que se acojan sus particulares apreciaciones frente al análisis elaborado en torno al concepto del médico forense, so pretexto de que los juzgadores hicieron caso omiso de las explicaciones brindadas por el perito en torno al término “manipulación”, destacando que este no se reduce únicamente a la posibilidad aducida en los fallos, sino que también puede obedecer a la ocurrencia de un actuar violento, a la contundencia de golpes propinados con las extremidades superiores o a artefactos blandidos sobre un objetivo corporal.

Es decir, pretende que se deseche la hipótesis de la agresión sexual y se reduzca el asunto a una simple intención de lesionar, lo cual no causa ningún efecto en la sentencia dictada conforme a los parámetros legales, donde el criterio del fallador se prefiere a cualquier otro, por estar amparado de las presunciones de acierto y legalidad.

Además, de los fallos de instancia se advierte que el ánimo libidinoso que tanto cuestiona el demandante no se dedujo exclusivamente de los dictámenes periciales y así el cargo queda incompleto por no haberse desvirtuado la totalidad de los medios de persuasión en los que se soporta el criterio del sentenciador.

De otro extremo, en la petición final de la censura añade otra inconsistencia, cual es la solicitud de que se absuelva a su representado en aplicación al principio del in dubio pro

reo, que tampoco puede hacerse sin apego a la técnica y simplemente desacreditando las demás pruebas que sirvieron de soporte a la decisión de condena. Su existencia se debe demostrar, a través de los errores de juicio que llevaron a que se profiriera fallo de condena.

No le asiste razón al casacionista en la formulación de este reproche.

3. Error de hecho por falso juicio de identidad en la construcción de la prueba indiciaria.

El libelista orienta este reproche a demostrar supuestas falencias de orden valorativo respecto de las construcciones indiciarias elaboradas al momento de decidir acerca de la responsabilidad de su representado. Sin embargo, debe anticiparse la Sala a decir que el censor dejó de lado las pautas de orden técnico que de tiempo atrás viene señalando la jurisprudencia.

El indicio como tal, presupone la existencia de un hecho indicador que debe estar probado a través de los elementos de convicción autorizados por la ley, del cual se deduce la existencia de otro hecho, mediante el proceso de la inferencia lógica. Por tanto, si lo que se pretende es atacar la prueba del hecho indicador, es preciso concretar si el yerro se produjo por error de hecho a causa de un falso juicio de existencia, por omisión o suposición, o de identidad, por distorsión de su contenido fáctico, o por falso raciocinio, por haberse desconocido las pautas de la sana crítica en su estimación probatoria, o de derecho por falso juicio de legalidad, cuando se pretenda acreditar que la prueba del hecho indicador fue irregularmente aducida al proceso.

Ahora, si el yerro se predica de la inferencia lógica, lo que presupone que sobre el hecho indicador no debe haber ningún reparo, es necesario demostrar que en el proceso de asignación del mérito probatorio, el juzgador desconoció las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, y que llegó a una conclusión

totalmente alejada de la lógica y la razón.

Determinado uno de tales aspectos sobre los cuales se pretende el ataque, cuya elaboración exige la debida claridad y precisión, es necesario demostrar también su trascendencia en la decisión recurrida, pues no debe olvidarse que las presunciones de legalidad y mérito de los fallos de instancia, sólo puede desvirtuarse mediante la demostración de aquéllos yerros que los tornen ilegales.

Inclusive, si el desacierto radica en la valoración individual o en conjunto del poder persuasivo del indicio, el libelista debe demostrar los yerros del juzgador al apartarse de las pautas que rigen el método de la sana crítica.

En el ataque que emprende el recurrente, no tuvo en cuenta ninguna de las pautas señaladas, sino que se limitó a sustentarlo con argumentos que sólo reflejan una simple disparidad de criterios, cuando las apreciaciones subjetivas del impugnante, no son el camino para incursionar en la demostración de los yerros que pueden cometer los juzgadores.

Súmese a lo anterior que el demandante elabora una lectura desacertada del fallo del Tribunal, pues no repara en el verdadero fundamento probatorio en que se respaldó para concluir, luego de un detenido análisis del acervo probatorio, en la existencia del atentado contra la libertad sexual del menor y su responsabilidad.

Efectivamente, el reproche se reduce a enfrentar el criterio subjetivo del libelista, con el del sentenciador, pues aparte de esbozar genéricas críticas a la valoración efectuada, según él, sin ningún fundamento lógico y científico que no concreta, en últimas su desacuerdo radica en habersele atribuido la voluntad de realizar actos sexuales sobre el menor, cuando debió consultarse la opinión de la psicóloga Carmen Serrano Navarro acerca de la normalidad en materia sexual del procesado, pues en cuanto a las demás pruebas analizadas en el fallo, se limita a señalar que no sirven para soportarlo.

Observa la Sala, muy a pesar de las inconsistencias técnicas del cargo, que tampoco surge ningún motivo para reprochar el análisis del conjunto probatorio ni las conclusiones a las que llegó el sentenciador, en cuanto a la conducta desplegada por el procesado JUAN CARLOS APONTE ORDÓÑEZ, quien siempre se ha negado a aceptar la responsabilidad por los ataques sexuales de que fue víctima el menor Fredy Steven Hernández, tratando de encuadrar su comportamiento en una simple agresión física, ocasionado por un estado de irascibilidad y no por ánimo libidinoso, como acertadamente concluyó el Tribunal.

En efecto, la hipótesis defensiva resultó plenamente desvirtuada, porque no guarda ninguna correspondencia con la pretendida irritación de APONTE ORDÓÑEZ frente al llanto del menor, el hecho de que hubiese sido él precisamente quien le solicitó a su empleada del servicio que le dejara a su hijo el fin de semana, para cuidarlo con su compañera Claudia Patricia Sánchez Camacho, si era de esperarse que, por su corta edad y la ausencia de su progenitora, Fredy Steven presentara molestias que por lo mismo requerían de paciencia y entendimiento y no de una reacción violenta que ha pretendido evidenciar el encausado.

El hecho de haberse ido del apartamento a ver una obra de teatro y luego a comer, dejando solo al menor, no demuestra precisamente ese interés de JUAN CARLOS APONTE y su compañera por compartir el fin de semana con el infante, pues ni siquiera repararon en los peligros que implica el dejar a una criatura indefensa abandonada, en una edad en la que requiere de toda la atención.

La evidencia no puede ser más contundente, cuando a la hora en que deciden acostarse optan por pasar Fredy Steven a la cama del procesado, dizque por ser más amplia, y justo al otro día aparece con las lesiones ya descritas, y no resultándole suficiente al procesado vuelve y pasa con él la noche del domingo, muy a pesar de la pretendida irritabilidad que la noche anterior le produjo el llanto del bebé.

Las agresiones ocasionadas al menor le fueron escondidas a su progenitora, quien el día anterior había llamado a preguntar por su hijo y el lunes cuando llegó a trabajar apenas se percató de las huellas de violencia que presentaba en la cara.

Gracias a que la profesora del jardín al que asistía Fredy Steven observó que el niño caminaba con las piernas abiertas, que orinaba mucho y que se comportaba agresivo con sus compañeros, pudieron detectarse las lesiones de que había sido víctima.

El sentenciador, entonces, no podía llegar a conclusión diferente del agravio sexual ocasionado al menor, motivado por un propósito libidinoso.

Frente a ese razonamiento el libelista, sin ningún apego a la técnica, desprovisto de toda la lógica que debe imperar en esta clase de censuras, orienta sus argumentos a sugerir otras formas de resolver el asunto, antes que demostrar el error de apreciación pregonado.

Una tal alegación no sirve para acreditar el desapego a las reglas de la sana crítica, pues ningún reparo hizo a la ponderación, a la experiencia o a los conocimientos y todo aquello que condujo al fallador a la convicción que le arrojó el análisis y evaluación de los medios de prueba.

La falta de demostración de los yerros atribuidos al fallador y el desconocimiento de las normas que se mencionaron como vulneradas, lo cual es evidente en todos los cargos, impiden la prosperidad del libelo.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 11, 24, 28, 44 C.1 y 22.C Segunda Instancia.

2 Folio 182 C.1. y 51 C. Segunda Instancia.

3 Folios 163 C.2. y 2 C. Tribunal.

4 Folios 5, 60 y 190 C.2.

5 Folios 68 y 102.

6 Folios 36 y 37 C. Tribunal.

7 Folio 37 ib.

8 Folio 8 C.1.

9 Folio 10 ib.

10 Folio 40 C. Tribunal.