

Proceso No 26128

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 049

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil siete (2007).

V I S T O S

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de JUAN CARLOS ARISTIZÁBAL OSPINA contra el fallo proferido el 5 de abril de 2006 por el Tribunal Superior de Armenia que al revocar la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, lo condenó a las penas principales de 10 años y 8 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, como autor del delito de acceso carnal violento.

H E C H O S

El juzgador de segunda instancia los sintetizó de la siguiente manera:

“Ocurrieron el once (11) de agosto de dos mil cinco (2005). En horas del medio día de esa fecha, la joven P..., quien tenía, para esa época, quince años de edad, llegó hasta el gimnasio donde laboraba JUAN CARLOS ARISTIZÁBAL OSPINA, ubicado en la calle 21

número 26-17 de Armenia, con el fin de entregarle un dinero que le enviaba la madre de la menor. El hombre tomó por la fuerza a la adolescente y la accedió carnalmente”.

## ACTUACIÓN PROCESAL

La audiencia preliminar se llevó a cabo el 23 de agosto de 2005, acto en el cual la fiscalía formuló imputación jurídica en contra de Juan Carlos Aristizábal Ospina por la presunta comisión del delito de acceso carnal violento y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión.

El 4 de octubre del citado año, la fiscalía presentó escrito de acusación contra el imputado y el 10 de octubre siguiente, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito realizó la audiencia de formulación de acusación, la cual se concretó por el mismo delito que sustentó la medida de aseguramiento.

Ante el mismo estrado judicial se llevó a cabo, el 5 de diciembre de 2005, la audiencia preparatoria y, el 29 del mismo mes y año se dio inicio a la audiencia del juicio oral, diligencia que culminó el 9 de febrero de 2006.

El 2 de marzo siguiente, el despacho de conocimiento profirió fallo de primera instancia, por cuyo medio absolvió al procesado del delito por el cual fue acusado.

Apelado el fallo por la fiscalía, el Tribunal Superior de Armenia, el 5 de abril de 2006, lo revocó y, en su lugar, condenó al acusado Aristizábal Ospina a la pena principal de 10 años y 8 meses de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena privativa de la libertad, como autor del delito de acceso carnal violento.

Contra esta determinación, el defensor del procesado interpuso recurso extraordinario de casación.

## L A D E M A N D A

El defensor del acusado con base en las causales segunda y tercera presenta dos cargos contra la sentencia de la siguiente manera:

### Primer cargo

Con fundamento en la causal segunda prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor acusa la sentencia de segundo grado de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por desconocimiento del debido proceso “o de la garantía debida a cualquiera de las partes”.

Afirma que el fiscal que impugnó el fallo de primera instancia, al motivar el recurso, simplemente se limitó a señalar que el testimonio de la víctima era coherente y claro y que las contradicciones en que incurrió no tenían la virtud de resquebrajar la solidez de su credibilidad, consistiendo en ello el motivo de su inconformidad.

No obstante, dice que el Tribunal optó por dirimir el recurso en lugar de declararlo desierto por “la que considero malograda sustentación, y lo que es peor aún es que el Tribunal suplió esta falencia de la impugnante sin que su decisión tocara punto medular alguno postulado por la recurrente, en vez de lo cual, haciendo las veces de Juez y Parte, sustentó y a su turno decidió el recurso, es decir, ante la omisión de la Fiscalía de pretender el resquebrajamiento del fallo de segundo grado con argumentos de peso, el Tribunal se arrogó esta facultad y simplemente, dejando de lado lo precisado por la recurrente, procedió a desatar el recurso con sus propias motivaciones, con su particular análisis, entre otras palabras, desarrolló y pulió todo el discurso que la Fiscalía obligatoriamente debió haber plasmado al sustentar el recurso en procura de la degradación del fallo”.

Estima que el proceder del ad quem atentó contra el debido proceso “en su faceta de

impugnación” y, de contera, contra el derecho de defensa de su procurado, toda vez que “profirió un pronunciamiento sin tener competencia” por cuanto que no la había adquirido “atendidas las falencias de una supuesta motivación de la impugnación que a la postre no lo es y que tiene los mismos efectos de la conducta de no sustentar, reviviendo con tal proceder la figura de la consulta al examinar la actuación en su totalidad sin considerar la limitada sustentación presentada por la Fiscalía, en especial su carencia de motivación”.

Recuerda que dentro de las formas propias del juicio como faceta del debido proceso, la debida sustentación del recurso de apelación se constituye en presupuesto ineludible para que la segunda instancia adquiera competencia, según así lo ordena el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, manteniéndose igualmente el principio de limitación, es decir, que la determinación del juez de segundo grado sólo versará sobre los puntos materia de impugnación “siempre que el apelante motive la sustentación”.

Reitera que el hecho de que en este evento el Tribunal haya considerado sustentado el recurso de apelación y sobre él hubiese dictado sentencia de segundo grado, “desconoce esa regla de oro en materia de impugnación, conforme a la cual, incumbe y corresponde a la parte recurrente motivar debidamente su distanciamiento so pena de que el superior no lo dirima o simplemente lo declare desierto”, como así hace tiempo lo ha precisado la jurisprudencia penal.

Estima que la inconformidad de la fiscalía no contiene “el más mínimo reparo motivado contra la decisión” absolutoria de primera instancia, pues simplemente la “recurrente se limita a señalar de manera reiterada que no está de acuerdo con la Juez de primer grado, que ella se equivocó al no darle credibilidad a los dichos de la menor y a renglón seguido se apoya en jurisprudencia y doctrina sobre el papel que juega el testimonio de las víctimas de violación, la naturaleza de los violadores, etc.”.

Asevera que en la decisión del Tribunal Superior de Armenia no tuvo ninguna incidencia la sustentación presentada, pues luego de simplemente mencionarla, procedió a construir “sus propios argumentos que nunca fueron plasmados por la impugnante. En otras palabras, el Tribunal justificó su pronunciamiento sin considerar los argumentos de la apelación”, la cual careció de la debida sustentación.

Por consiguiente, afirma que el juzgador de segunda instancia incurrió en dos yerros, a saber: haber tenido como sustentado el recurso cuando en realidad no lo estaba y haber dirimido la impugnación “pese a lo cual no tuvo en cuenta para nada los argumentos expuestos por el apelante, en vez de lo cual revisó la sentencia de primer grado sin limitación alguna”, transgrediendo de esa manera los artículos 29 de la Carta y 179 del Código de Procedimiento Penal, irregularidades que condujeron al proferimiento de sentencia condenatoria en contra de su procurado.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada decretando su nulidad y, en su lugar, declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía.

## Segundo cargo

Con base en la causal tercera prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, acusa al sentenciador de segunda instancia de haber incurrido en violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho y de hecho, el primero por falso juicio de legalidad y el segundo por falso raciocinio.

Afirma que dentro del proceso de apreciación probatoria cumplido por el Tribunal, a través del cual concluyó en la revocatoria de la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenó a su defendido no sólo excluyó una prueba legalmente aducida al juicio y correctamente valorada por el a quo, sino que también al apreciar otra vulneró la sana crítica, en particular los criterios de la lógica y de las reglas de la experiencia,

yerros que de no haberse cometido otra distinta hubiese sido la decisión de segundo grado.

En el subtítulo que denominó “DEL FALSO JUICIO DE LEGALIDAD, QUÉ DICE OBJETIVAMENTE LA PRUEBA EXCLUIDA POR EL TRIBUNAL”, afirma que se trata del testimonio rendido en el juicio oral por el médico especialista José Fernando Celades, “excluido de la actuación por decisión del Juez de segundo grado, a simple pedido de la recurrente, pues nunca sustentó las razones de peso salvo que recibió la base de opinión pericial tan solo tres días antes del juicio”.

Asevera que dicho especialista aseguró que los dictámenes sexológicos de Medicina Legal “lucen insuficientes para considerarlos como prueba de una violación, que el practicado a la menor, además de presentar esta misma falencia, al no haber encontrado huellas de lesión extragenital, tal dictamen no puede servir de soporte probatorio para deducir violación; y que, generalmente, en los casos de violación, suelen quedar huellas a la víctima, en particular en sus extremidades inferiores y la región de los muslos, los cuales echa de menos en el dictamen de Medicina Legal”.

Recuerda que el Tribunal, apoyado en el artículo 29 de la Constitución Política, decidió “motu proprio, considerando el solo pedido de la fiscal recurrente, que dicha prueba debía excluirse dado que fue ordenada en términos de testimonio de perito, siendo necesaria la presentación previa de una base de opinión pericial que la contraparte debe conocer cuando menos en el término de cinco días con antelación al juicio; como en esta oportunidad la fiscalía sólo la conoció tres días, bastó esa mera comprobación objetiva para excluir el testimonio del citado especialista”.

Estima que el Tribunal no debió excluir esta prueba, toda vez que la fiscalía no motivó debidamente su petición, como tampoco demostró la trascendencia del supuesto error en que incurrió el juzgador de primer grado, olvidándose que estamos ante un derecho

procesal penal de carácter rogado, donde los jueces, dentro del principio de imparcialidad, solamente deben pronunciarse en torno a lo pedido de manera motivada por las partes.

Dice que el Tribunal ignoró un aspecto puntual que tornaba en simple irritualidad formal la no entrega a tiempo de “la base de opinión pericial”, como es que la misma no se incorporó como prueba al juicio, como tampoco se allegó el testimonio del doctor Celades como perito, sino que se optó por presentarlo como “testigo técnico, al cual se le dio cabida tangencialmente en la Ley 600 de 2000 por el artículo 276 en su penúltimo inciso -y no definido y clasificado por esta normatividad como lo entendió el Tribunal-, en términos de que la práctica del interrogatorio a todo testigo ‘se permitirá provocar conceptos del declarante cuando sea una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”, sin que ello signifique, a falta de regulación en la Ley 906 de 2004, que haya desaparecido tal testigo y ya no se considere su nombre e importancia en la actual legislación.

Le parece curioso que el Tribunal haya citado el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, norma que permite su aducción aún en los casos en los cuales “no hay base de opinión pericial”, preceptiva que en concordancia con el artículo 416 permite concluir que nada impide la práctica de un testimonio de un perito “aún sin base de opinión”.

“Por manera que, si la base de opinión pericial presentada a la Fiscalía lo fue sólo tres días antes de la iniciación del juicio oral, si dicha base de opinión no fue considerada en el juicio, si el testigo anunciado como perito al fin de cuentas declaró como tal o como testigo técnico permitiéndole a la Fiscalía el respectivo contrainterrogatorio, no luce entonces apegado a la legalidad su exclusión, sólo por la simple irritualidad de que la base de la opinión pericial, repito a la postre no incorporada, se entregó extemporáneamente, con mayor razón si la parte que solicita la exclusión se limitó simplemente a que se considerara su inexistencia sin planteo adicional alguno”.

Luego de recordar cuándo se presenta el falso juicio de legalidad, sostiene que en este caso acusa al fallador de segundo grado por haber excluido un medio de convicción que fue aducido y practicado con apego a la legalidad, “salvo por la entrega extemporánea de la base de opinión pericial”, aspecto que, en su criterio, no tuvo trascendencia alguna, ya que además de no haberse incorporado como prueba, de todos modos el perito fue contrainterrogado, situación que conlleva a concluir que el ad quem se equivocó al calificar de ilegal tal elemento de convicción, razón por la cual solicita a la Corte considerar y valorar ese testimonio, el cual jurídicamente existe, y, por ende, casar el fallo impugnado absolviendo a su defendido.

Como normas medio vulneradas cita los artículos 372, 373, 380 y 381 del Código de Procedimiento Penal, y como normas fin los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 6°, 10, 11, 12 y 205 del Código Penal.

En el acápite que llamó “DEL FALSO JUICIO DE RACIOCINIO”, asevera que este error recayó sobre el testimonio de la menor víctima, P..., quien rindió su versión en el juicio oral, toda vez que fue apreciada con menoscabo de las reglas de la sana crítica, lo que condujo a la infracción medio de los artículos 7°, 381 y 404 de la Ley 906 de 2004, como también a la trasgresión de los artículos 10°, 11, 12, 22, 29 y 205 del Código Penal.

Después de recordar el análisis que el Tribunal hizo sobre el citado testimonio, para lo cual transcribe varios párrafos del fallo de segundo grado, y de referirse sobre la técnica casacional que rige el citado error de hecho, sostiene que el juzgador de segundo grado asignó fuerza de convicción en grado de certeza a dicha declaración con desconocimiento de las reglas de la experiencia al “igual que de los principios de la lógica”.

Asevera que desde la óptica de la común ocurrencia de los hechos, en atención a las reglas

generales de la experiencia y de la lógica, se torna determinable y verificable, como lo sostiene el Tribunal, que no en toda violación quedan huellas de violencia en la víctima, bien porque sea moral o síquica, que no es este caso, o porque el agresor puede doblegar la resistencia de la víctima.

“Empece a ello, lo que sí no puede sostener con sustrato en esas reglas de la experiencia, como algo que es verificable y determinable, es que una persona de baja estatura y contextura pequeña, como lo hizo ver el Tribunal, que es literalmente ‘cogida de sus cabellos’ y lanzada en contra de un aparato, no le quede en su cuerpo ninguna huella o vestigio que permita inferir que efectivamente se le obligó a sostener la relación sexual; carece de toda lógica y riñe contra los postulados de la sana crítica, que alguien en esas condiciones no experimente dolor, sangrado, laceraciones, equimosis, en fin, cualquier vestigio de lesión a consecuencia de un proceder de tal naturaleza”.

Considera que en estos casos la regla de experiencia enseña que una persona cuando es doblegada en su resistencia, tomada por el cabello con violencia, lanzada contra “un aparato que no se pudo identificar pero que para efectos del Tribunal tiene la virtud de soportar el peso de un gimnasta”, necesariamente debe experimentar lesiones de alguna naturaleza en su cuerpo. “De lo contrario, esto es, si no se presentan esos vestigios o huellas en su humanidad, amerite o no incapacidad, es porque quien así testifique, por ilógica y contradictoria con las reglas de experiencia, miente en ese apartado de su testimonio”.

Así mismo, dice que resulta inverosímil y, por ende, contrario a las reglas de la experiencia, que en desarrollo de una violación que, según la testigo, duró 15 o 20 minutos, “que si bien no opuso resistencia según sus dichos es apenas obvio colegir que impedía el coito con sus extremidades, no le aparezca ninguna lesión extragenital que necesariamente debe aparecer en este tipo de eventos, lo cual es contestable y

verificable, pues ordinariamente en estas situaciones..., surgen lesiones a nivel de los muslos y los glúteos como evidencia de que fue una relación sexual no consentida”.

De igual manera, afirma que en aplicación de las reglas de la experiencia y de la lógica, resulta inadmisibile e inverosímil, “que atendido el modo de proceder que recreó dentro de los pormenores de su relato, esto es, que el agresor con una sola mano le junto sus dos manos para taparle la boca mientras que con la otra la desvistió, le quitó sus prendas..., luego de lo cual se desabrochó y bajó sus pantalones, al igual que sus propios interiores, en un lapso de 15 a 20 minutos, pues de acuerdo con esas reglas de la experiencia, con la dificultad de actuar con una sola mano es imposible que el agresor logre controlar a su víctima y a la par cristalice su empeño”.

En fin, considera que el Tribunal desatendió las mencionadas reglas y, por lo mismo, resulta evidente que su defendido no puede considerarse, más allá de toda duda, autor del delito de acceso carnal violento, máxime cuando el testimonio de la menor es contradictorio “en su mismo contexto, así como con otras pruebas de singular importancia como el dictamen y el testimonio del perito médico legista, al igual que el vertido por el también médico especialista José Fernando Celades, si es que logro persuadir a la Sala de que fue excluido de manera irregular”.

Agrega que de haberse apreciado el mencionado testimonio dentro de los parámetros de la experiencia y de la lógica, no se le hubiese otorgado al mismo la fuerza de convicción en grado de certeza dado por el Tribunal y, por lo mismo, otra hubiera sido la conclusión adoptada en el fallo.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a su defendido del cargo imputado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

## El defensor

Inicialmente reafirma los cargos postulados contra la sentencia de segunda instancia, sosteniendo que el Tribunal se apartó de los postulados de la sana crítica al valorar las probanzas de manera subjetiva, sin que de sus conclusiones se advierta la certeza requerida para dictar fallo de condena.

Destaca que en el proceso quedó establecido que las prendas que lucían el procesado y la presunta víctima no sufrieron ningún deterioro que permita inferir la real ocurrencia del acceso carnal violento, máxime cuando el legista no halló lesión alguna.

## La Fiscalía

En lo atinente al primer reparo acota que la sustentación por parte de la señora Fiscal del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, la impugnante hizo alusión a cada uno de los temas que abordó el Tribunal, puesto que analizó cada uno los razonamientos de la juez de primera instancia expuestos para absolver al acusado.

Luego de resaltar los argumentos exhibidos por la fiscalía en la diligencia de sustentación oral, manifiesta igualmente que la conducta punible se cometió en los términos narrados por la víctima.

Destaca que si bien el testimonio de la menor presenta algunas contradicciones las mismas resultan intrascendentes, puesto que no desdibujan el hecho central objeto del proceso.

Respecto al falso juicio de legalidad que presuntamente incurrió el sentenciador, en tanto excluyó de la actividad probatoria el testimonio del médico José Fernando Celades, la considera acertada, máxime cuando éste nunca acreditó su especialidad.

Por lo expuesto, depreca a la Corte no casar la sentencia impugnada.

El Procurador Delegado

Asevera que la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación era el estadio procesal procedente para alegar la falta de sustentación. Así mismo, advierte que el Tribunal tuvo en cuenta solamente los argumentos expuesto por la recurrente, al punto que se le dio credibilidad.

Frente a los demás cargos anota que no cuesta mayor trabajo para advertir que el testimonio del médico legista y del especialista coinciden en lo atinente a que no se puede descartar la violación carnal. De igual manera, asevera que no se advierte ninguna trascendencia con la exclusión del testimonio del referenciado especialista.

Luego de señalar que en el proceso se discriminó el testimonio de la mujer víctima, en tanto se exigió un examen siquiátrico para dejar establecida su capacidad moral o que no es proclive a mentir de manera patológica, para lo cual presenta una serie de apreciaciones en torno a los efectos psicológicos que causa una agresión sexual en el sujeto pasivo de la infracción, señala que el argumento del censor está centrado en que el coito no fue precedido de violencia como lo relata la menor, pero el recurrente no objetó dicha declaración mediante el procedimiento de impugnación a la credibilidad del testigo.

Además, dice que el contrainterrogatorio no se puede utilizar para humillar a la mujer víctima de ultraje sexual. En el caso en comento la víctima declaró en presencia de su agresor y no dudó en señalarlo como el autor del delito.

Reconoce que si bien el dictamen no deja entrever una posible violencia en la zona de los genitales, de todos modos tal circunstancia no permite inferir seguidamente que no hubo violación, situación que aquí ocurrió, habida cuenta que se puede emplear la fuerza muscular que aunado al miedo permitió al sujeto culminar con la agresión.

Anota que tampoco podía esperarse de la menor un relato completamente coherente y absolutamente responsivo sin el más mínimo error, pues postura en contrario contrariaría los principios de la sicología.

En esas condiciones, sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### Primer cargo

1. El defensor de Juan Carlos Aristizábal Ospina, con base en la causal segunda de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por desconocimiento del debido proceso y, consecuentemente, del derecho de defensa, por cuanto la sustentación del recurso de apelación hecha por la fiscal fue insuficiente, al limitar la misma al argumento que el testimonio de la menor fue claro y contundente en cuanto a los cargos realizados al procesado, que las presuntas contradicciones que presenta su versión y las aludidas en la decisión de primera instancia no son suficientes para resquebrajar la poca credibilidad de su dicho.

2. Teniendo en cuenta los argumentos del libelista y de acuerdo con lo reglado por el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, la Sala concluye en los siguientes aspectos:

a) El recurso de apelación contra la sentencia de primer grado se interpone y se concede en la misma audiencia de su lectura, para lo cual la parte interesada solicitará los apartes pertinentes de los registros que a su juicio guarden relación con las inconformidades planteadas.

b) Recibido el fallo en la secretaria de la correspondiente Sala Penal del Tribunal

Superior, ésta deberá acreditar la entrega de los aludidos registros.

c) Cumplido con el anterior presupuesto, el Magistrado Ponente convocará a audiencia de debate oral, que se celebrará dentro del lapso de diez (10) días siguientes, en la que la parte sustentará el recurso y, así mismo, se escucharán los alegatos de los intervinientes no recurrentes que estén presentes en dicho acto.

d) Agotado lo anterior, el Magistrado Ponente convocará para audiencia de lectura de fallo, que se cumplirá dentro de los diez (10) días siguientes.

Ahora bien, resulta igualmente claro que el compromiso del sentenciador al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder cada uno de los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación.

Frente a este último punto, recuérdese que si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la Constitución Política, que consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente

ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.

Ahora bien, el hecho de que al sentenciador de segunda instancia se le plantee en la impugnación una inconformidad relacionada con la valoración de una prueba específica, ello no significa que el ad quem no pueda, en aras de su labor constitucional y legal, evaluar el conjunto probatorio para lograr, dentro del marco de la legalidad, adoptar sus conclusiones.

En otros términos, en tratándose de inconformidades que radiquen sobre el grado de persuasión otorgado a un elemento de juicio, tal aspecto no puede ser analizado de manera insular frente a las demás conclusiones probatorias, habida cuenta que las pruebas deben ser valoradas con estrictez a las reglas de la sana crítica, es decir, que las probanzas deben ser apreciadas de manera individual y mancomunada con el fin de declarar como probados o no los hechos que se discuten al interior del proceso.

De ahí que en lo atinente al punto de discusión probatoria, tal situación debe ser examinada por la instancia de manera particular respecto de la ocurrencia del defecto invocado y socialmente en torno con los demás elementos de juicio, a efecto de verificar si el yerro de apreciación probatoria resultó trascendente frente a la masa probatoria.

Dicho de otra manera, el yerro de apreciación probatoria demandado se debe cotejar con las demás probanzas que se consideran como bien apreciadas con el objeto de establecer su trascendencia, puesto que puede ocurrir que el error de derecho o de hecho denunciado sobre el medio de prueba existe; no obstante, tal circunstancia no lleva fatalmente a concluir que le asista razón al impugnante, toda vez que si el mismo no logra modificar las circunstancias fácticas declaradas como probadas en la sentencia, las

decisiones adoptadas en el fallo recurrido permanecen incólumes.

3. Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, resulta claro que la sustentación del recurso de apelación se hace ante la correspondiente sala del tribunal superior, situación que implica que las partes deben estar atentas a efecto de indicar si la misma resulta clara y coherente frente al motivo escogido o, por el contrario resultan contradictorias e insuficientes que impiden conocer el alcance de su inconformidad.

En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el defensor del acusado contó con la posibilidad de solicitar que el recurso interpuesto resultaba inadmisibile por ausencia de sustanciación y, consecuentemente, se debía declarar desierto; sin embargo no lo hizo.

Del mismo modo, tampoco advierte la Corte que la sustentación del recurso de apelación por parte de la fiscal hubiese sido confusa o incoherente, al punto que no se pueda inferir el motivo de inconformidad frente a las consideraciones de la sentencia de primera instancia.

En efecto, en primer término valga recordar que el juzgador de primer grado consideró que no hubo violencia en el acto sexual, sustentando la decisión en que el testimonio de la víctima resultaba contradictorio, motivo por el cual se imponía absolver al procesado.

Consecuente con dicha premisa, la fiscal interpuso el recurso de apelación, con los siguientes argumentos:

1. Que si bien la menor agredida tenía 15 años de edad, de todos modos en su testimonio expuso todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el acceso carnal, en el sentido de que fue sometida por la fuerza física por parte de una persona de quien no esperaba esa agresión, acto sorpresivo que mermó su posibilidad de

resistencia y de reacción.

2. Que la experiencia judicial enseña que no resulta extraño que las mujeres agredidas no presenten signos de lesiones en su integridad física, máxime cuando las víctimas ni los violadores reaccionan de la misma forma.
3. Que la doctrina también enseña que hay violadores que actúan con coraje degradando y lastimando a la víctima; y que otros se caracterizan porque son conocidos por las ultrajadas y que rara vez las lastiman al pretender demostrar poder y virilidad, siendo este el perfil del acusado, toda vez que el perito no halló lesiones extragenitales pero no descartó que se hubiera ejercido violencia.
4. Que las presuntas contradicciones sobre el testimonio de la víctima no restan su credibilidad, ya que el hecho central de la agresión tienen soporte.
5. Que el sentenciador de primer grado descartó el testimonio de la menor y la conclusión del perito en cuanto a que la agredida no tenía desgarramiento antiguo, aspecto que permite inferir que no tenía experiencia sobre actividades sexuales.
6. Que no comparte la manera como se allegaron los testimonios de los peritos.

De esa manera, la Corte advierte que los argumentos expuestos por la recurrente resultan claros y que no se avizora que los mismos sean insuficientes, al punto que no se entiendan cuáles son los argumentos de inconformidad con la sentencia de primera instancia. Todo lo contrario, de ellos se concluye que la representante de la parte acusadora no comparte las conclusiones del juzgador de primera instancia en cuanto a que la víctima presentaba contradicciones en su versión, situación que no permitía dársele credibilidad respecto del señalamiento de autoría que hizo del acusado, que no necesariamente la persona agredida sexualmente debe presentar lesiones, que se desconocieron otros medios de prueba que confirmaban el dicho de la menor y que los

testimonios de los peritos no cumplieron con los requisitos de validez para haber sido correctamente apreciados por el sentenciador.

El Tribunal, también de manera consecuente con los argumentos expuestos por la recurrente, desató el recurso de apelación. Respecto de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del acusado textualmente anotó:

“En este proceso no se ha negado que la menor fue sujeto pasiva de acceso carnal. El tema de debate se refiere a la identidad de quien la accedió y a las circunstancias del hecho, concretamente, si se produjo o no con violencia.

“Al escuchar el testimonio de la afectada, la Sala lo encuentra creíble. Declaró en forma clara, coherente, detallada, con indicación de lo que pudo percibir como víctima de la agresión a la que fue sometida. Se muestra orientada en sitio, fecha y hora, es insistente en las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a los hechos y, además, espontánea.

“Indicó de manera concreta la razón por la cual fue hasta el sitio donde estaba su agresor. Explicó que su señora madre la envió a entregar un dinero al acusado; que, como iba tarde para el colegio, se dirigió primero a dicho establecimiento y luego volvió al sector para cumplir con la encomienda de su progenitora. En ese momento, Juan Carlos Aristizábal Ospina estaba cerrando la puerta del gimnasio, la invitó a entrar y seguidamente procedió a atacarla; la tomó de su cabello, la lanzó contra un mueble y allí, usando su fuerza física, superior a la de ella, la accedió carnalmente contra su voluntad. Culminado el acto, él la amenazó, recordándole que tenía hermanas. La ofendida se marchó, buscó apoyo en uno de sus amigos del colegio, quien la llevó a su casa, desde donde le avisaron a su mamá. Más tarde, acudieron a formular la denuncia.

“La razón por la cual la menor fue hasta ese lugar aparece probada también con el testimonio de la señora Francened Castrillón, madre de la víctima, quien, bajo juramento,

aseguró que, efectivamente, envió a su hija al gimnasio para que entregara un dinero a Juan Carlos, quien le había prestado plata. Este hecho no fue desvirtuado.

“La menor también explicó que, a pesar que el gimnasio quedaba cerca de su casa, camino a su colegio, no cumplió con la orden de su ascendiente antes, porque iba retardada para sus clases. Al local se acercó después de estudiar. Esta razón es lógica, pues, para los jóvenes es importante llegar a tiempo a su escuela, con el fin de evitar las consecuencias disciplinarias que su retardo acarrea y los correlativos problemas que con sus padres tendrían por los llamados de atención.

“Una primera conclusión se obtiene en este momento: El encuentro entre víctima y victimario no fue concertado.

“Ministerio Público y Defensa han puesto en duda la veracidad de los dichos de la agredida, entre otras cosas, porque, según ellos, se contradijo sobre su concurrencia al sitio donde se produjeron los hechos con anterioridad a los mismos. Sin embargo, una atenta revisión de su declaración, permite observar que ella no fue contradictoria y que sus respuestas fueron coherentes con las preguntas que al respecto le formularon. La Fiscalía le preguntó si visitaba al acusado y ella contestó que nunca lo visitó, ni en el gimnasio, ni en su casa. La Defensa le indagó si ella había entrado antes al gimnasio y respondió que sí; que en una oportunidad lo hizo con su señora madre. Entrar a un sitio es diferente a visitar a una determinada persona en ese lugar. Quien entra a un almacén a observar la vitrina y saluda a alguna de las personas que allí atienden, no está haciendo una visita. Esta diferencia, elemental, la entiende perfectamente la adolescente, quien así lo manifestó en el contrainterrogatorio.

“La afectada señaló de manera contundente a su agresor. Durante su testimonio indicó claramente de quién se trataba. Era para ella conocido, su vecino, con quien ningún

problema tenía, como para siquiera sospechar que la joven lo incrimina falsamente por perversidad. Por el contrario, lo probado es que el señor Aristizábal sacaba de apuros económicos a la madre de la niña y su familia de escasos ingresos, al prestarle dinero, situación que, lógicamente, genera sentimientos de gratitud y no de odio.

“Mencionó sin vacilaciones el sitio de los hechos: el gimnasio donde laboraba el enjuiciado. No se desvirtuó la afirmación de la menor en el sentido que el señor Aristizábal trabajaba en ese lugar.

“También se ha criticado su declaración porque ella no ha señalado el sitio exacto, dentro del inmueble, en el que fue violada. Igualmente, porque no supo explicar sobre qué clase de mueble se produjo ese hecho.

“Entre los aspectos que deben tenerse en cuenta al valorar un testimonio, se encuentran las condiciones de percepción del testigo y su posibilidad de relacionarse con el objeto percibido. Si se analizan las particularidades de la narración, se entenderá en qué situación se encontraba el declarante en el momento en que sus sentidos conocieron lo que estaba sucediendo y, por ende, la posibilidad que tenía de enterarse de un sinnúmero de detalles o de no poder fijarlos en su memoria.

“No se necesita ser sicólogo para comprender que quien es sometido a una agresión sexual entra en conmoción; mucho más cuando se trata de una dama y, con mayor razón, cuando es apenas una adolescente, sin experiencia en esos aspectos. Como lo advirtió la Fiscalía, la menor fue sorprendida por una persona de quien ella no esperaba un ataque; fue asaltada por quien servía a su familia, por su vecino. El llanto en que irrumpió mientras vertía su testimonio, demuestra su sensibilidad frente a este tema. Por tanto, no es difícil inferir que su estado emocional, en el momento de los hechos, era de choque. Ella cuenta cómo su única reacción fue llorar.

“En tales condiciones, es imposible exigir a una persona que describa con detalle

circunstancias o situaciones que para ella, en el momento de los sucesos, carecían de relevancia. Lo importante era que estaba siendo violada, que era atacada; carecía de trascendencia la distancia exacta entre la puerta y el sitio de la violación; si el mueble sobre el cual fue arrojada era metálico o de material sintético, cuál era su longitud o su altura; si estaba fabricado con espuma o con plumas. Su mente estaba concentrada en lo principal: en el agresivo comportamiento de su conocido y en su propia desgracia.

“¿Cómo exigir a una persona que, en medio de esas condiciones, sea capaz de calcular si un objeto está levantado del piso diez, quince o veinte centímetros? ¿Cómo pedirle que describa exactamente el material del que estaba hecho? La víctima no estaba interesada en ello. Sólo quería que terminara el violento episodio, ““para salir del lugar.

“Es que ni siquiera a una persona que esté en plenas condiciones de normalidad se le puede pedir precisión sobre las medidas de un objeto en el que no está interesado. A la menor se le criticó porque no fue capaz de mencionar la longitud o la altura de un mueble. En la audiencia pública hizo un esfuerzo por calcular una de tales medidas y la señora Juez dejó constancia que indicó entre 60 y 70 centímetros. Una persona adulta, con formación profesional, que estaba pendiente de esa medición, no pudo dar su resultado con exactitud y tuvo que dejar un margen de error de 10 centímetros, importante cuando se trata de tan poca longitud.

“No pueden pasarse por alto las condiciones personales y profesionales de un testigo al momento de exigirle cierto grado de precisión en sus respuestas. La menor respondió que sí ha recibido clases sobre medidas de longitud; pero que no podía calcularlas, “porque es diferente”. Y tiene razón: No es lo mismo pedir a un albañil que calcule una distancia o una altura, que preguntárselo a quien se dedica a escribir en una oficina. Aquél tiene como parte de su oficio la toma de medidas y la experiencia le permite adquirir habilidad en los cálculos; éste tendría que tomar un metro para poder responder.

“Lo mismo sucede con el tiempo. Si a un árbitro profesional de fútbol se le pide que calcule los 45 minutos que dura una de las fases de un partido, con seguridad tendrá éxito y será muy aproximado en su respuesta. Otra persona, que no esté interesada en el tiempo, no podrá suministrar el mismo resultado. Un estudiante no tiene que hacer cuentas del tiempo que dura una clase, salvo que esté pendiente del reloj, porque al final de la misma una sirena, un timbre o una campana, se lo anunciará.

“Por ello, tampoco se puede exigir precisión a la víctima sobre el tiempo que duró el ataque al que fue sometida. Unos pocos minutos pudieron convertirse para ella en una eternidad; no estaba pendiente del tiempo; apenas hace un cálculo; ni siquiera se sabe si usaba reloj o si en la pared del gimnasio había uno y si ella tenía posibilidades de haber mirado la hora en que empezó la agresión y la hora en punto en que cesó.

“Quien haya entrado a un gimnasio se habrá dado cuenta que en tales establecimientos existen varias clases de muebles en los cuales las personas se pueden acostar para hacer ejercicios. Dichos objetos están diseñados para que, a pesar de sus estrechas dimensiones, puedan soportar el peso y los movimientos de quienes a ellos suben y su estructura permite que los usuarios no pierdan el equilibrio mientras hacen esfuerzo físico. De otra manera, nadie los usaría, ante el inminente riesgo de caer y causarse una lesión.

“En consecuencia, no es ilógico que la violación haya ocurrido sobre uno de tales aparatos; que el mismo soportara el peso y los movimientos y que quienes sobre él estaban no hubiesen perdido el equilibrio.

“Curiosamente, una de las supuestas contradicciones sobre la forma del objeto en el cual se consumó el delito, no se origina en el testimonio de la menor en el juicio oral, sino en una entrevista que suministró la señora madre de la ofendida al investigador Ricardo Barco, en la que, según éste, le contó que su hija fue violada sobre una colchoneta. El

informe ejecutivo rendido al respecto fue introducido y admitido como prueba en el juicio.

“Esa contradicción, construida de esa manera, carece de relevancia para valorar el testimonio de la joven; no sólo porque la entrevistada no vivió ni presenció los hechos, sino porque, además, a pesar de haber concurrido al juicio, la señora Castrillón no fue interrogada sobre el particular, pues, como se sabe, estando la testigo directa de los hechos, no es admisible la prueba de referencia.

“Para la Sala, el tiempo transcurrido y la identificación exacta y detallada del lugar, dentro del gimnasio, donde fue violada, son circunstancias secundarias frente a la entidad de los hechos. Sobre ellas la menor no se contradijo, sino que incurrió en imprecisiones cuya explicación ya ha sido encontrada.

“El principal punto de debate se presenta en relación con la existencia de la violencia por parte del señor Aristizábal para acceder carnalmente a la víctima. El Juzgado del conocimiento, acogiendo la tesis de Ministerio Público y Defensa, concluyó que, no se probó la violencia, pues, al no haberse presentado en el cuerpo de la menor lesiones extragenitales, se genera duda sobre el particular.

“A pesar que durante la audiencia se repitió constantemente por las mencionadas partes, al final, ellas mismas olvidaron que para que se deduzca la existencia de violencia no es necesario que la persona afectada presente lesiones.

“El señor médico legista aseguró en su testimonio que al examinar a la joven no encontró lesiones en áreas por fuera de los genitales. Indicó que sólo observó las señales propias en una mujer de su primer acceso carnal; pero también fue claro cuando expuso que de la ausencia de esos daños en el cuerpo no se puede inferir la ocurrencia o inexistencia de violencia.

“En este caso particular, la fuerza física sí fue utilizada para violentar la voluntad de la menor. La atacada es una adolescente de 15 años, de 1,59 metros de estatura (según el dictamen médico legal aportado al juicio y admitido como prueba); sorprendida por un hombre de superior estatura (como se evidencia al observar; los videos de las audiencias), de 38 años de edad y de contextura atlética, dedicado a la actividad física, por razón de su oficio. La superioridad del agresor es evidente; sus características, enfrentadas a las de la joven, le permitieron dominarla.

“La afectada en su declaración también explicó satisfactoriamente que no podía defenderse, porque la sorprendió, porque su reacción fue llorar, porque él tenía más fuerza que ella y era muy pesado. Así la pudo inmovilizar rápidamente y, en poco tiempo, lograr su cometido.

“En esas condiciones, Juan Carlos no necesitó lastimar más a su víctima. Le bastó con imponer su fortaleza física, sin tener que golpearla, para dominarla. Por ello, para la Sala sí es posible, en este caso, que él, prevalido de su superioridad corporal y aprovechando el estado de conmoción que sufrió la agredida, la haya sometido con una sola de sus manos, mientras con la otra mano lograba bajar sus prendas y facilitar el acceso carnal.

“No todas las personas reaccionan igual. En muchas ocasiones una persona calmada se torna violenta frente a una agresión, mientras que alguien que presume de ser valiente actúa temerosamente ante un repentino suceso. No puede exigirse de otro la reacción que el intérprete considera que debió asumir.

“La situación de choque no le permitió a la joven pedir auxilio. No pudo actuar de esa manera; sólo alcanzó a balbucear lo que ella ha calificado como un grito. Esto no es ilógico, no contraría lo que se observa en la vida diaria, ni lo que se refleja en los expedientes judiciales.

“No acudió a la Policía inmediatamente, lo que tampoco resta credibilidad a sus

dichos. No puede pasarse por alto que se trata de una menor que no había sostenido aún su primera relación sexual con acceso carnal; que fue ultrajada; que sintió un temor normal de contar su intimidad; que, como lo expresó, se sintió confundida pensando en la reacción de su padre. Por ello, ella misma explicó que después de un rato acudió a un amigo, quien la llevó a su casa, desde donde le avisaron a su señora madre. Horas después, en esa misma tarde, denunciaron lo ocurrido.

“Si hubiese sido voluntaria su relación sexual, no habría acudido a denunciar en la misma tarde. No tendría razón para ello.

“Como puede verse, las supuestas incoherencias y contradicciones en que incurre la menor (las cuales han encontrado explicación satisfactoria) son sobre aspectos secundarios. En lo trascendental de los hechos su versión es firme. Por ello, se reitera, para este Tribunal, la prueba testimonial analizada es suficiente para concluir, más allá de toda duda razonable, que el señor Juan Carlos Aristizábal Ospina sí accedió carnalmente, mediante violencia, a la menor de edad, comportamiento que está descrito como delito y sancionado en el artículo 205 del Código Penal.

“Tal conducta fue antijurídica, porque con ella se vulneró, sin justa causa, la libertad sexual de la víctima. Principios como la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, manifestada en el libre desarrollo de la personalidad, consagrados en los artículos 1° y 16 de la [Constitución Política](#), sirven como fundamento para que el legislador haya tipificado esta clase de acciones como delitos. La joven afectada tenía derecho a decidir cuándo, con quién y en qué forma iniciaría activamente su vida sexual. Esa decisión no podía ser forzada por nadie, mucho menos cuando la norma superior establece una especial protección para los menores de edad frente al abuso sexual (artículo 44).

“No se alegó siquiera la existencia de justa causa para el proceder del procesado.

“La acción del señor Aristizábal fue dolosa. Es persona mayor de edad y, según informó

la defensa en el interrogatorio a la menor, con una familia conformada. Su experiencia en la vida le permite, por tanto, comprender que forzar a otra persona para que sostenga relaciones sexuales es un comportamiento ilícito. Además, por todos los medios de comunicación se conoce que la ley sanciona esta clase de actuaciones. A pesar de ese conocimiento, decidió actuar contra la prohibición legal.

La anterior transcripción se hizo necesaria, toda vez que de ella se aprecia que ningún yerro contra el debido proceso cometió el Tribunal. Por el contrario, el juzgador de segundo grado ocupó la mayoría de su atención en analizar el testimonio de la víctima, como así lo reclamó a través del recurso de apelación la Fiscalía, labor que hizo conforme a los presupuestos que la ley señala para la apreciación de los medios de convicción, lo que le permitió concluir en su credibilidad y, por lo mismo, en su acogibilidad para efecto de colegir la autoría y responsabilidad del acusado.

Por manera que en el trámite del recurso apelación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia no se transgredió el debido proceso ni tampoco se tuvieron en cuenta argumentos distintos a los esgrimidos por la recurrente como motivo de inconformidad.

Por lo expuesto, el cargo no está llamado a prosperar.

#### Segundo cargo

1. El defensor del acusado, basado en la causal tercera de casación, acusa al Tribunal de haber incurrido en violación, de manera indirecta, de la ley sustancial por errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas.

Respecto del error de derecho por falso juicio de legalidad, sostiene que el juzgador incurrió en el yerro invocado al excluir dentro de la actividad probatoria el testimonio que rindió el médico José Fernando Celades en el juicio oral.

Y en lo atinente al error de hecho por falso raciocinio, aduce que el Tribunal transgredió la sana crítica al valorar los testimonios recibidos en el juicio oral, en especial el de la menor agredida.

2. Recuérdese que el juzgador incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad cuando al valorar las pruebas allegadas al juicio oral excluye una que cumple con los requisitos que condicionan su validez y/o aprecia un medio de convicción allegado de manera irregular, esto es, con violación de los derechos fundamentales (prueba ilícita) o con transgresión del rito establecido en la ley para su producción y aducción (prueba ilegal).

En esas condiciones, resulta acertada la formulación del cargo presentado por el censor a través del error de derecho determinado por el falso juicio de legalidad.

Ahora bien, en lo atinente al fondo de la censura se advierte que no le asiste razón al censor, puesto que la exclusión del testimonio de los profesionales de la medicina se soportó en la ausencia de los presupuestos formales que condicionan la validez para haber sido tenido como perito. Veamos:

Recuérdese que la actividad probatoria en el sistema de procesamiento plasmado por el legislador en la Ley 906 de 2004, comporta tres etapas a saber:

a) Descubrimiento

b) Producción y aducción

c) Valoración.

En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a) Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, “El descubrimiento de las pruebas”, que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía “o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...”. (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de “copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”. (Artículo 344)

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad “en cualquiera de su variantes” deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado”. (Artículo 344)

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado “el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio”. (Artículo 344).

f) Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: “Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física” y “Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público” (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes “los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados”.

Débase igualmente resaltar que de acuerdo con lo preceptuado por el 345 de la Ley 906 de 2004, el legislador estableció restricciones al descubrimiento de prueba, tales son:

“Restricciones al descubrimiento de prueba. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

“1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.

“2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.

“3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.

“4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.

“5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

“Parágrafo. En los casos contemplados en los numerales 4 y 5 del presente artículo, se procederá como se indica en el inciso 2º del artículo 383 pero a las partes se les impondrá reserva sobre lo escuchado y discutido”.

De todos modos, la audiencia preparatoria se erige en la etapa en la cual el juez competente resuelve sobre la práctica de las pruebas solicitadas, para lo cual, en aras de su admisibilidad, deberá tener en cuenta los principios de pertinencia, conducencia y utilidad para con el objeto del proceso y el convencimiento del sentenciador, máxime cuando el artículo 357, textualmente dispone: “...El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”.

Frente al tema de la admisibilidad valga destacar que el artículo 376 de la Ley 906 de 2004, consagra limitantes a dicho concepto. La norma reza:

“Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- “a) Que existe peligro de causar grave perjuicio indebido;
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y,
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

Finalmente, no sobra recalcar que la ley prevé sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. En efecto, el

artículo 346 dice: “Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”.

La segunda etapa de la actividad probatoria, esto es, la producción y aducción de los medios de prueba, necesariamente se cumple en el juicio y una vez que las parte hayan presentado su teoría del caso. En efecto, el artículo 371 de la Ley 906 de 2004, señala que “Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio. Al proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este código”.

Salvo lo atinente a la prueba anticipada, resulta claro como desarrollo del principio de inmediación que el juzgador no solo tiene una relación directa con los intervinientes sino también con los expertos, testigos y demás medios de prueba y, por lo mismo, con el objeto del juicio, lo que sin duda le va otorgar un grado de conocimiento más certero, justo y equitativo, en cuanto al acontecer fáctico y a la responsabilidad penal, máxime cuando en este sistema también impera el principio de prueba preparatoria, es decir, que los elementos materiales probatorios recaudados en la fase de investigación, deben repetirse, en algunos eventos, en la audiencia oral, para asegurar la oralidad, la publicidad, la controversia y la defensa.

De la misma manera, el proceso de producción y aducción en el juicio oral conlleva el acatamiento de los postulados de concentración, publicidad y contradicción. El primero en cuanto a que los actos procesales de adquisición de prueba deben cumplirse en el juicio oral con el objeto que el juzgador pueda conservar en su memoria lo ocurrido en

ese lapso y, así, la decisión que se adopte cumpla con los fines previstos en la Constitución Política y en los tratados internacionales.

Respecto del segundo, es claro que el proceso penal no puede ser secreto. De ahí que este postulado vela para que los intervinientes conozcan todos los medios de prueba que las partes pretendan hacer valer en el juicio con el ánimo de soportar la correspondiente teoría del caso, salvo algunas excepciones, como por ejemplo, en “los casos en los cuales el juez considera que la publicidad de los procedimientos ponen en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación” (artículo 18).

Finalmente, el principio de contradicción ofrece la oportunidad procesal de ejercer el contradictorio de las pruebas que se presenten, con claro desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política y del llamado bloque de constitucionalidad, participando en el proceso de producción y aducción de las pruebas que desfilan en el debate oral.

Así mismo, las partes, para ejercitar el contradictorio, pueden presentar las pruebas que estimen necesarias para controvertir los cargos y, por ende, apoyar su pretensiones.

La etapa de la valoración, que corresponde al sentenciador, una vez que las partes han presentado sus argumentos y su personal apreciación en cuanto al mérito que se le debe otorgar a la masa probatoria, obviamente desde la perspectiva de la teoría del caso.

Dicho de otra manera, en esta etapa el juzgador procede a realizar la correspondiente reconstrucción fáctica (juicio de hecho) y jurídica (juicio de derecho), en cuanto a la comisión de la conducta punible y la participación y responsabilidad penal del acusado, lo cual deberá concluir sobre el grado de conocimiento de “más allá de toda duda” y con base en los precisos criterios de valoración señalados en el respectivo capítulo de la

citada Ley 906 de 2004.

De esa manera, sólo puede ser objeto de apreciación aquellos medios de prueba en cuyo proceso de producción y aducción se respetaron los derechos fundamentales y los requisitos formales que establece la ley como condición de su validez.

Así, resulta claro para la Corte que en este supuesto los testimonios rendidos por los profesionales de la medicina fueron excluidos en el acto de valoración de la prueba, por cuanto no fueron incorporados con estricta a las normas procesales.

En efecto, tal como se señaló en el fallo impugnado, cuando en el juicio se pretenda incorporar la prueba pericial, al requerirse conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, debe cumplirse con lo estatuido en las normas procesales.

En primer lugar, de acuerdo con lo reglado por el artículo 415 de la citada Ley 906, toda declaración de perito debe “estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación”.

La misma norma es tajante es sostener que “en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”.

De acuerdo con las constancias procesales se advierte que la fiscalía anexó con el escrito de acusación, la petición del testimonio de la sicóloga Sandra Bibiana Aranzu Jinete, versión que le serviría de soporte para introducir la valoración psicológica realizada a la menor, petición que fue ratificada en la audiencia preparatoria.

Por su parte, la defensa en el trámite de la audiencia preparatoria, pidió el testimonio “como perito” del médico José Fernando Celades Hernández y anotó que en cumplimiento con lo preceptuado por el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, cinco días antes del juicio oral presentaría la opinión pericial.

Los anteriores medios de pruebas fueron declarados como admisibles. Sin embargo, como lo recuerda el juzgador de segundo grado, “en la audiencia de juicio oral fueron escuchados los dos, como “testigos técnicos”, sin analizar su procedencia a la luz de la normativa del sistema acusatorio (artículos 373 y 405), y con el argumento que así lo permite la ley 600 de 2000, “por ser más favorable”, en una indebida aplicación ultractiva de la ley. La señora sicóloga declaró sobre la percepción que tuvo, desde el punto de vista profesional, del estado en que acudió la menor ante la Policía Judicial y el señor médico declaró sobre lo dictaminado por el forense, mencionando falencias que, en su concepto, tuvo ese dictamen, para lo cual se basó en un documento que le fue entregado, en ese acto, por el señor defensor suplente.

“De acuerdo con lo anotado hasta este momento, los dos mencionados ciudadanos resultaron rindiendo sus versiones sobre análisis hechos por ellos con anterioridad, los cuales debieron ser puestos en conocimiento de las partes en el término señalado en el artículo 415 de la ley 906 de 2004. Como se conoció en la audiencia de juicio oral, la fiscalía no presentó la valoración psicológica y la defensa entregó la base de la opinión de su perito vencido el término legal, tanto que el señor agente del Ministerio Público informó que lo recibió una hora antes de escucharse dicho testimonio”.

En consecuencia, para la Sala es nítido que el sentenciador de primer grado permitió el testimonio de los peritos aludidos, sin que la representante de la fiscalía y el apoderado del acusado cumplieran con la carga, según la cual, la declaración de los expertos debe estar precedida de un informe donde conste la opinión pericial, que en aras del derecho de contradicción debe ser puesta en conocimiento de las partes “al menos

con cinco (5) días de anticipación a la celebración” del juicio oral, situación que aquí no se cumplió.

De otro lado, es verdad que el artículo 412 de la Ley 906 contempla que “Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia”. No obstante, en el evento que ocupa la atención de la Corte, sí era necesario que las partes conocieran con anticipación las opiniones periciales, puesto que dichas probanzas fueron declaradas admisibles en la audiencia preparatoria y las partes se comprometieron a dar cabal cumplimiento con lo preceptuado por el artículo 415 de la pluricitada ley.

Por manera que la exclusión probatoria hecha por el Tribunal respecto de los testimonios de los peritos deprecados por la fiscalía y por la defensa resulta ajustada a la legalidad, puesto que no se cumplió con el trámite previsto para el proceso de producción y aducción de este medio de prueba.

Así mismo, no se puede confundir, como lo hace el defensor, la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.

Finalmente, no sobra recalcar que en el evento en que se hubiese cumplido con el rito establecido para el proceso de producción y aducción del testimonio de peritos a que se

hace referencia en la demanda, de todos modos la citada exclusión no fue trascendente, máxime cuando el sentenciador de segunda instancia llegó al grado de conocimiento para condenar mas allá de toda duda, con base en otros medios de prueba, entre ellos, el testimonio de la menor agredida y descartó los hechos que se pretendían introducir con dichos testimonios, esto es, que hubo violencia en el acceso carnal.

Por consiguiente, este reparo no está llamado a prosperar.

En lo que respecta al error de hecho por falso raciocinio presuntamente cometido sobre el testimonio de la menor, tampoco tiene vocación de éxito por las siguientes razones:

Recuérdese que cuando se ataca la sentencia por la vía del error de hecho por falso raciocinio, corresponde al casacionista señalar cuál fue el medio de prueba incorrectamente apreciado, el principio de la sana crítica vulnerado y su incidencia frente a la parte resolutive de la sentencia.

En este supuesto, el libelista parte de la premisa de que el sentenciador de segundo grado avasalló la regla de la experiencia en el acto de apreciación del testimonio de la menor, luego de examinarlo de manera individual y en conjunto con los demás elementos de juicio.

Recuérdese que la regla de la experiencia es “una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que se llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.

“Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo

conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

“Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida con el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquellas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, por que lo que pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.

“Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta generalización, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar cierta reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y factibilidad, en un contexto socio histórico específico.

“En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre se da A, entonces sucede B”.<sup>1</sup>

Como lo ha dicho la Corte, en los procesos que cursan por la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana, por regla general, no existe prueba de carácter directa sino que la reconstrucción del acontecer fáctico se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que correlacionados entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan señalado ciertas pautas para llegar al

grado de conocimiento de certeza en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor. Tales son:

- a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.
- b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y
- c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.

Precisamente para el Tribunal el testimonio de la menor sí resultó creíble en cuanto al señalamiento que hizo del agresor y de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, habida cuenta que las contradicciones que presuntamente contiene son sobre aspectos secundarios que en nada desdibuja el aspecto central del debate.

Para el casacionista el aludido testimonio no fue correctamente apreciado en cuanto a que la menor no presenta lesiones en su cuerpo y en la región extragenital, puesto que las reglas de la experiencia enseñan que si una persona no presenta “vestigios o huellas en su humanidad, amerite o no incapacidad, es porque quien así testifique, por ilógica y contradictoria con las reglas de experiencia, miente en ese apartado de su testimonio”, esto es, que no fue objeto de agresiones; que las relaciones sexuales no consentidas dejan huella en la víctima y que no es posible que el agresor con una sola mano hubiese controlado “a su víctima y a la par cristalice su empeño”.

Con base en los citados argumentos, la Corte advierte que no hay ningún tipo de yerro en las conclusiones probatorias del juzgador en cuanto a la violencia utilizada por el atacante.

En primer lugar, el juzgador de segundo grado consideró, de acuerdo con el dictamen médico forense, que en la parte genital de la menor hay “señales propias de una mujer que indica que tuvo su primer acceso”. Así mismo resaltó el ad quem la conclusión de aquél perito cuando dijo que “de la ausencia de esos daños en el cuerpo no se puede inferir la ocurrencia o inexistencia de violencia”.

Así mismo, el Tribunal analizó todas las circunstancias del acontecer fáctico y el dicho de la víctima para seguidamente concluir que, dada la contextura física del atacante y su condición atlética, sin duda éste utilizó la fuerza física para doblegar a la menor, puesto que “la superioridad del agresor es evidente; sus características enfrentadas a las de la joven, le permitieron dominarla”.

Además, advirtió que de acuerdo con las anteriores características el acusado no necesitó lastimar “más a su víctima. Le bastó con imponer su fortaleza física, sin tener que golpearla, para dominarla. Por ello, para la Sala sí es posible, en este caso, que él, prevalido de su superioridad corporal y aprovechando el estado de conmoción que sufrió la agredida, la haya sometido con una sola de sus manos, mientras con la otra mano lograba bajar sus prendas y facilitar el acceso carnal”.

Finalmente acotó que la reacción frente a un hecho imprevisto el ser humano reacciona de distintas maneras; por ejemplo, “en muchas ocasiones una persona calmada se torna violenta frente a una agresión, mientras que alguien que presume de ser valiente actúa temerosamente ante un repentino suceso. No puede exigirse de otros la reacción que el intérprete considera que debió asumir”.

Por consiguiente, manifestó que “la situación de choque no le permitió a la joven pedir auxilio. No pudo actuar de esa manera; sólo alcanzó a balbucear lo que ella ha calificado como un grito. Esto no es ilógico, no contraría lo que se observa en la vida diaria, ni lo que se refleja en los expedientes judiciales”.

Así, entonces, la Sala advierte con claridad que las anteriores consideraciones no son fruto del capricho del funcionario judicial sino que fueron objeto de un estudio individual del testimonio de la menor que, confrontado con las demás probanzas, llevó al Tribunal a colegir que no se trató de una relación sexual consentida sino, por el contrario, violenta. O como en sus propias palabras lo dice: “No puede pasarse por alto que se trata de una menor que no se había sometido aún a su primera relación sexual con acceso carnal; que fue ultrajada; que sintió temor normal de contar su intimidad; que, como lo expresó, se sintió confundida pensando en la reacción de su padre. Por ello, ella misma explicó después de un rato acudió a un amigo, quien la llevó a su casa, desde donde le avisaron a su señora madre. Horas después, esa misma tarde, denunciaron lo ocurrido”.

De esa manera, no se puede predicar que las conclusiones del sentenciador de segundo grado se sustentaron en meras precisiones personales y contrariando los postulados de la sana crítica, en especial, las reglas de la experiencia y de la lógica.

A más de lo anterior, no se puede sostener igualmente que en el ánimo de la agredida persistía la intención de perjudicar al acusado. Todo lo contrario, en el proceso se acreditó que la menor fue al lugar en donde se hallaba el acusado a petición de su progenitora con el fin de entregarle un dinero que días anteriores les había prestado, hecho que se estableció con el testimonio de la madre de la víctima.

En síntesis, se puede concluir que en la menor no había la intención de inculpar a una persona que le prestaba dinero a su familia para su subsistencia; tal situación, por el contrario, genera sentimientos de gratitud y no de odio.

Además, la señora Franced Castrillón, madre de la víctima, confirmó el dicho de su hija en el sentido de que ella la envió al gimnasio para que entregara un dinero a Arsitizábal Ospina, tarea que cumplió luego de las labores estudiantiles.

En consecuencia, el relato de la menor no resulta contradictorio ni mucho menos que no encuentre sustento en otras pruebas, razón por la cual la Sala no advierte la trasgresión de la ley sustancial, tal como se propone en el cargo de la demanda.

Por lo expuesto, este reparo tampoco está llamado a prosperar.

En síntesis, los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal no tienen vocación de éxito.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Permiso

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS  
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 21 de noviembre de 2002.